TJDFT
Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

102
MAI ◆ AGO
2013

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

ISSN 0101-8868

TJDFT
Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Revista de Doutrina e Jurisprudência 102

maio a agosto de 2013

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Revista de Doutrina e Jurisprudência nº 102

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Des. Romeu Gonzaga Neiva – Presidente

Desa. Sandra De Santis Mendes de Farias Mello

Desa. Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias

Desa. Vera Lúcia Andrighi
Suplente

REDAÇÃO

Des. Sérgio Bittencourt
1º Vice-Presidente do TJDFT

Renata de Paula Oliveira Caçador Carvalho
Subsecretária de Doutrina e Jurisprudência

Ellen Cristina Lima Carneiro
Secretária de Jurisprudência e Biblioteca

Fernanda Freire Falcão
Supervisora do Serviço de Revista e Ementário

EXPEDIENTE

Produção Gráfica
Subsecretaria de Serviços Gráficos

Encadernação
Serviço de Encadernação e Restauração

Projeto Gráfico, Arte da Capa* e Diagramação
Serviço de Editoração e Composição

Acabamento
Serviço de Acabamento

Impressão
Serviço de Impressão

Pede-se permuta

On demande de l´échange

We ask for exchange

Man bittet um austausch

Pídese canje

Si richiede lo scambio

* A capa reproduz, em ilustração vetorial, o painel existente na sala de sessões do Tribunal Pleno do TJDFT. A obra sem título é de autoria de Hermano Montenegro e traz em sua composição duas imagens que se complementam. A cidade representa a população, enquanto as chamas representam a justiça do DF. Na íntegra, a obra representa a justiça alcançando a população do DF.

Revista de Doutrina e Jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. – vol. 1, nº 1 (1966) – Brasília: O Tribunal, 1994.
Quadrimestral
ISSN 0101-8868
1. Direito – Periódicos. 2. Direito – Jurisprudência.I. Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
CDD 340.05

SIG Quadra 04, Lote 417, Subsolo, Sala S25 / CEP: 70610-440, Brasília-DF / Fone: (61) 3103-4642

COMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA TJDFT

Dácio Vieira
Des. Presidente

Sérgio Bittencourt
Des. 1º Vice-Presidente

Romeu Gonzaga Neiva
Des. 2º Vice-Presidente

Lecir Manoel da Luz
Des. Corregedor da Justiça

Charleston Reis Coutinho
Secretário-Geral

CÂMARAS E TURMAS TJDFT

CÂMARA CRIMINAL

Presidente *Des. Romão C. Oliveira*

Composição *Des. Mario Machado*
Des. George Lopes Leite
Desa. Sandra De Santis
Des. Roberval Casemiro Belinati
Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Des. João Timóteo de Oliveira
Des. Souza e Avila
Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Desa. Nilsoni de Freitas Custódio
Des. João Batista Teixeira
Des. Jesuino Rissato

PRIMEIRA TURMA CRIMINAL

Presidente *Des. George Lopes Leite*

Composição *Des. Mario Machado*
Desa. Sandra De Santis
Des. Romão C. Oliveira

SEGUNDA TURMA CRIMINAL

Presidente *Des. João Timóteo de Oliveira*

Composição *Des. Roberval Casemiro Belinati*
Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Des. Souza e Avila

TERCEIRA TURMA CRIMINAL

Presidente *Desa. Nilsoni de Freitas Custódio*

Composição *Des. Humberto Adjuto Ulhôa*
Des. João Batista Teixeira
Des. Jesuino Rissato

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente *Des. Mário-Zam Belmiro*

Composição *Des. Getúlio de Moraes Oliveira*
Des. Flavio Rostirola
Desa. Nídia Corrêa Lima
Des. Angelo Passareli
Des. João Egmont
Des. Luciano Moreira Vasconcellos
Des. Teófilo Caetano
Des. Otávio Augusto
Desa. Simone Lucindo
Des. Alfeu Machado
Des. Sebastião Coelho

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Presidente *Des. Cruz Macedo*

Composição *Desa. Carmelita Brasil*
Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior
Des. J. J. Costa Carvalho
Desa. Ana Maria D. Amarante Brito
Des. Jair Soares
Desa. Vera Andrighi
Des. José Divino de Oliveira
Des. Sérgio Rocha
Des. Arnoldo Camanho
Des. Fernando Habibe
Des. Antoninho Lopes

PRIMEIRA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. Teófilo Caetano*

Composição *Des. Flavio Rostirola*
Desa. Simone Lucindo
Des. Alfeu Machado

SEGUNDA TURMA CÍVEL

Presidente *Desa. Carmelita Brasil*

Composição *Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior*
Des. J. J. Costa Carvalho
Des. Sérgio Rocha

TERCEIRA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. Otávio Augusto*

Composição *Des. Mário-Zam Belmiro*
Desa. Nídia Corrêa Lima
Des. Getúlio de Moraes Oliveira

QUARTA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. Cruz Macedo*

Composição *Des. Fernando Habibe*
Des. Arnoldo Camanho de Assis
Des. Antoninho Lopes

QUINTA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. Luciano Vasconcellos*

Composição *Des. Angelo Passareli*
Des. João Egmont
Des. Sebastião Coelho

SEXTA TURMA CÍVEL

Presidente *Desa. Ana Maria D. Amarante Brito*

Composição *Des. Jair Soares*
Des. José Divino de Oliveira
Desa. Vera Andrighi

LISTA DE ANTIGUIDADE TJDFT*

Des. Otávio Augusto Barbosa	27/08/1992
Des. Getúlio Vargas de Moraes Oliveira	24/09/1992
Des. Romão Cícero de Oliveira	12/05/1994
Des. Dácio Vieira	12/05/1994
Des. Mario Machado Vieira Netto	18/09/1997
Des. Sérgio Bittencourt	17/04/1998
Des. Lecir Manoel da Luz	17/04/1998
Des. Romeu Gonzaga Neiva	16/12/1998
Desa. Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias	27/06/2002
Des. José Cruz Macedo	14/10/2002
Des. Waldir Leôncio Cordeiro Lopes Júnior	22/08/2003
Des. Humberto Adjuto Ulhôa	19/09/2003
Des. José Jacinto Costa Carvalho	19/02/2004
Desa. Sandra De Santis Mendes de Farias Mello	19/02/2004
Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito	19/02/2004
Des. Jair Oliveira Soares	19/02/2004
Desa. Vera Lúcia Andrighi	19/02/2004
Des. Mário-Zam Belmiro Rosa	19/11/2004

Des. Flavio Renato Jaquet Rostirola	29/04/2005
Desa. Nídia Corrêa Lima	19/08/2005
Des. George Lopes Leite	26/10/2006
Des. Angelo Canducci Passareli	19/12/2006
Des. José Divino de Oliveira	21/06/2007
Des. Roberval Casemiro Belinati	07/03/2008
Des. Silvanio Barbosa dos Santos	23/06/2008
Des. Sérgio Xavier de Souza Rocha	19/09/2008
Des. Arnoldo Camanho de Assis	24/10/2008
Des. Fernando Antonio Habibe Pereira	13/03/2009
Des. João Timóteo de Oliveira	06/11/2009
Des. Antoninho Lopes	09/04/2010
Des. João Egmont Leôncio Lopes	09/07/2010
Des. Luciano Moreira Vasconcellos	25/03/2011
Des. José Carlos Souza e Avila	27/05/2011
Des. Teófilo Rodrigues Caetano Neto	27/05/2011
Desa. Nilsoni de Freitas Custódio	16/12/2011
Des. João Batista Teixeira	16/12/2011
Des. Jesuino Aparecido Rissato	16/12/2011
Desa. Simone Costa Lucindo Ferreira	22/06/2012
Des. Alfeu Gonzaga Machado	21/09/2012
Des. Sebastião Coelho da Silva	24/05/2013

* Lista de antiguidade das autoridades judiciárias do Distrito Federal até 31 de agosto de 2013, organizada de acordo com o art. 47, incisos de I a VII, e § 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.185, 14 de maio de 1991 e de acordo com o art. 45 da Lei 8.407 de 10 de janeiro de 1992.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Diferenças étnicas, direito e retórica: o julgamento da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal na PET 3388/RO 11
Marília de Ávila e Silva Sampaio

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios 31

ÍNDICES

Numérico dos Acórdãos 552

Alfabético 557

DIFERENÇAS ÉTNICAS, DIREITO E RETÓRICA: O JULGAMENTO DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PET 3388/RO

Marília de Ávila e Silva Sampaio[1]

APRESENTAÇÃO DO TEMA

A Constituição brasileira, em seu art. 1º, define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político. Entre os objetivos fundamentais da República destaca-se o propósito de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preceitua o art. 3º, IV.

Já o art. 231 da Constituição reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Assim, estabelece o texto constitucional necessidade de convivência entre culturas com valores e visões de mundo diferentes dos índios e não índios, implantando, em nível normativo, os parâmetros de convivência entre essas diversas culturas. Isso significou uma clivagem em relação ao sistema constitucional anterior, marcado por forte influência do positivismo jurídico e pela confusão dos "diferentes grupos sociais minoritários no interior da nação com uma idéia totalizante de povo homogeneamente pensado, sem contemplar quaisquer especificidades", consoante afirma René Marc da Costa Silva. (SILVA, 2009, p. 23)

Entretanto, o que se verifica na prática é a grande dificuldade de compatibilização entre o respeito dos desiguais e a salvaguarda e implementação de direitos relativos aos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecidos por

1 Juíza de Direito do TJDFT.

quem não pertence aos grupos indígenas. Sobretudo no campo dos julgamentos de questões judicializadas referentes à demarcação das terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal, o que se verifica é que o texto usado como parâmetro de reconhecimento dos direitos, não raras vezes estabelece o respeito à diferença somente em nível discursivo, retórico. Mas o que subjaz ao texto é a imposição da visão de mundo, valores e cultura majoritários, de "brancos de classe média" que tem a incumbência de decidir a questão, o que frequentemente é fruto de uma visão paternalista e assistencialista, reproduzindo, no mais das vezes, as tradicionais desigualdades da sociedade brasileira.

O que pretende o presente ensaio, então, é analisar se e como o direito pode dar conta de garantir o efetivo reconhecimento e o respeito ao outro, no caso o índio, numa sociedade com acentuadas diferenças étnicas e culturais, enfatizando a diversidade de valores e etnias, mas ao mesmo tempo, não permitindo que tais diferenças degenerem em conflitos destrutivos para os diversos grupos envolvidos. Como dar um tratamento normativo à diferença, sem que haja uma prevalência dos valores de determinados grupos nos procedimentos normogenéticos do direito no Estado Democrático de Direito? E por fim, pode o Estado Democrático de Direito dar respostas aos problemas de exclusão social e de intolerância à diferença, sem impor o fim dessa diferença?

Para a análise de tais questões foi escolhido o emblemático julgamento do STF na demarcação das terras da reserva indígena Raposa Serra do Sol, na PET 3388 Roraima, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, com a descrição do julgamento completo, incluindo os votos de todos os Ministro daquela Corte, que será apresentado a seguir, com vistas à definição dos contornos que irão balizar a discussão[2].

O JULGAMENTO DA PET 3.388

O STF, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente a ação popular ajuizada pelos Senadores Augusto Afonso Botelo e Mozarildo Cavalcanti, impugnando

2 A idéia do outro do poder dificilmente consegue vir sem uma grande narrativa dos contornos de apresentação da discussão proposta e no presente texto isso não será diferente. Este o método utilizado por Rene Marc da Costa Silva, que ao apresentar o propósito do texto Estado plurietnico, pluralismo juridico e pós-colonialistmo, afirma que o propósito da narrativa é o de tecer "algo mais do que uma arquitetura abstrata, coerente, mas vazia de implicações concretas." (Silva, 2009, p. 29)

o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Os autores tiveram como assistentes o Estado de Roraima e Lawrence Manly Harte e outros, representando os plantadores de arroz, já assentados no local desde 1992 e a ré, União Federal, teve como assistentes a Fundação Nacional do Índio – FUNAI e as comunidades indígenas Socó, Barro Maturuca, Jawari,Tamanduá, Jacarezinho e Manalai.

Os debates da ação popular giraram em torno dos vícios eventualmente existentes no processo de demarcação, que não teria respeitado as normas aplicáveis à espécie, bem como não teria ouvido todos os interessados na questão. Alegou-se ainda que a reserva da área de forma contínua traria consequências desastrosas para o Estado de Roraima, o qual seria mutilado em parte de seu território; que haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais, com a fixação da reserva em faixa de fronteira e que haveria prejuízo aos legítimos interesses dos "não-índios", que habitavam a região há muitas gerações tornado-a produtiva.

O voto do relator parte da fixação de um conceito constitucional de índio, a definição de terras indígenas e do parâmetro de um constitucionalismo fraternal, este como igualdade civil-moral das minorias. A definição de terras indígenas tem sentido sociocultural e não político e são terras que constituem propriedade física na União, mas nem por isso os índios deixam de manter vínculos jurídicos com os estados e municípios que os envolvem.

Ressaltou que o processo histórico de discriminação dos indígenas se deu não só pelos estados e municípios, que os veem como empecilho ao desenvolvimento extrativista e pela perda de território, mas também pela elite oligárquica que compõe o Estado-instituição.

Apontou o conteúdo positivo da demarcação: a) o marco temporal foi 5/10/1988; b) o marco da tradicionalidade da ocupação – transmissão da terra de geração em geração; c) correta abrangência fundiária à finalidade pratica da ocupação – a terra é possuída como parte elementar da personalidade do grupo e dos índios e d) o marco do conceito fundiariamente extensivo – principio da proporcionalidade: em matéria de terras indígenas, por aplicação da metodologia diatópica, a demarcação ganha contornos extensivos. "Se para os não índios as terras são somente

aquilo que os índios necessitam, para os índios elas representam tudo que for necessário ou imprescindível." (p. 305)

Quanto ao formato de demarcação, o relator definiu como sendo contínuo e monoétnico, sendo que os princípios federativos e da livre iniciativa só se aplicam a terras não contínuas indígenas.

Quanto à alegação dos assistentes da União no processo de que sua ocupação é um direito adquirido, o relator rebate, alegando que a própria Constituição desqualifica a alegação de direito adquirido dos não índios, impondo indenização às benfeitorias de boa-fé, em caso de ocupação.

O relator votou, em princípio, pela improcedência da ação popular sob julgamento, mas posteriormente, refez seu voto, para, aderindo o pronunciamento do Ministro Menezes Direito, estabelecer condições de usufruto das terras pelos índios.

Seguiu-se o voto do Ministro Menezes Direito, que apresentou um relatório mais detalhado do que o do relator. No mérito, apresentou o primeiro tema de debate como sendo a ausência de vícios no processo de demarcação que possibilitou a ampla manifestação dos interessados, incluindo as comunidades indígenas, bem como os Municípios e Estados Federados.

O segundo tema de debate no voto de Menezes Direito foi o que chamou de irregularidades materiais que dizem respeito à demarcação contínua e a extensão dessa demarcação: a) o conceito de terra indígena – utiliza o mesmo marco temporal do relator, 5/10/1988 e também a questão da tradição; b) substitui a teoria do indigenato pela teoria do fato indígena em 5/10/1988, considerando a presença indígena cientificamente comprovada na data da promulgação da Constituição; c) reconhece que os direitos dos índios são insuscetíveis de prescrição aquisitiva; d) as terras indígenas, uma vez demarcadas, sujeitam-se a um estatuto jurídico próprio (usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios, lagos, salvo quando houver interesse da União. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou qualquer outro negócio jurídico, que lhe restrinja o usufruto; é proibida a caça e a pesca ou coleta de frutos a não índios nas reservas; os direitos indígenas relativos à terra são imprescritíveis e suas terras inalienáveis e indisponíveis; a demarcação esgota a identificação das terras, nos termos constitucionais, não podendo ser objeto de posterior alteração pelo Ministro da Justiça).

Afirma que a Declaração dos povos indígenas não tem força normativa no direito interno.

No que tange à questão do equilíbrio com o meio ambiente e as zonas de fronteira, o Ministro afirma que a matéria deve ser resolvida a partir do principio da unidade da Constituição, reconhecendo a possibilidade de tripla afetação dessas áreas, como terras indígenas, como áreas de proteção ambiental e com a possibilidade de instalação de bases militares independente de consulta às comunidades indígenas do lugar.

A Ministra Carmem Lúcia começa seu voto com uma observação de caráter processual: o pedido da ação popular é tão somente a declaração de nulidade da portaria 534/2005, a qual estabeleceu o procedimento de demarcação viciado, lembrando que o voto do relator julgou improcedente o pedido com base nisso. Os demais pedidos relativos ao Parque Nacional Monte Roraima, a posse anterior a 1934, as terras do INCRA, exclusão das faixas de fronteira, plantações de arroz irrigadas e as demais benfeitorias construídas nas terras, são todos pedidos do Estado de Roraima, que os formulou na condição de litisconsorte, mas essa condição não foi aceita e o Estado foi admitido no processo como assistente e, nessa condição não poderia formular pedidos.

Neste ponto impende registrar que apesar da objeção da Ministra Carmem Lucia, ambos os Ministros que a antecederam, assim como o resultado final do julgamento, levaram em conta os pedidos formulados pelos assistentes, a despeito do fato de, processualmente, não poderem formular pedidos.

Aliás, chama ainda atenção o fato de que a jurisprudência consolidada do STF apontava no sentido de não ser possível o ajuizamento de ações populares no âmbito daquele Tribunal, mas o que foi objeto do julgamento na PET 3388 foi justamente a ação popular, admitida em nome da existência de um conflito federativo, envolvendo o Estado de Roraima. Ocorre que o Estado, além de não ter sido admitido como litisconsorte, mas tão somente como assistente, somente passou a integrar o processo no julgamento, com o pronunciamento oficial do relator.

O fato é digno de registro a partir do voto da Ministra Carmem Lucia, o qual chama atenção para a questão dos limites do julgamento pelo STF, mas as implicações

desse posicionamento do STF refogem aos limites do presente texto, razão por que não serão analisadas.

No mérito, a Ministra traçou um extenso apanhado histórico da demarcação das terras indígenas no Brasil, afirmando que a CF/88 inovou nos princípios e regras asseguradores dos direitos dos índios e indigenato. Ao final, concluiu pela não existência de nulidade no processo de demarcação das terras, pela não participação do Estado de Roraima, pois o processo de demarcação da área iniciou-se em 1975 com a FUNAI, sendo, portanto anterior a própria criação do Estado.

O Ministro Ricardo Lewandowiski afirmou que a parte relativa aos índios na Constituição Federal contou com a aprovação de 497 votos favoráveis dos constituintes e foi fruto de amplo acordo, que compreendeu diversos partidos e setores sociais, o que confirma a legitimidade do tratamento constitucional dado ao tema.

Quanto à alegação de afronta ao pacto federativo, afirmou o Ministro que o federalismo atual não corresponde mais à sua concepção clássica e dualista, típica do estado liberal, que preconizava o máximo de descentralização e mínimo de intervencionismo governamental. Hoje o federalismo é marcado pela cooperação e complementaridade nas ações dos atores do processo político institucional, o chamado federalismo cooperativo ou de integração.

Afirmou que quando o Estado de Roraima foi criado os índios já ocupavam o lugar, sendo certo que a demarcação não tem caráter constitutivo, mas tão somente declaratório, pendendo de reconhecimento tão somente a exata dimensão da área destinada à demarcação. Assim, não há afronta ao pacto federativo, quando o que está em jogo é o exercício de uma competência do Governo Central, delimitada na própria Constituição.

Já em relação ao pedido dos assistentes, decidiu que não há qualquer problema na existência de dupla afetação das áreas de fronteira existentes na faixa demarcada e que as terras indígenas são bens de uso especial.

Por determinação constitucional, as terras indígenas não podem ser objeto de posse legítima, a não ser pelos próprios índios e, como estes exercem uma composse, não poderia haver a demarcação em ilhas.

Ao final, aderiu o entendimento do Ministro Menezes Direito, afirmando que o STF com este julgamento está fixando o regime jurídico das terras indígenas.

Em seu voto o Ministro Eros Grau reconheceu que há compatibilidade plena entre soberania e reconhecimento dos direitos indígenas, que são originários. Na sua concepção, a utilização das terras por agentes econômicos privados constitui invasão de propriedade pública.

Afirmou que o interprete da Constituição Federal deve realizar sua tarefa atento aos movimentos reais de poder, compreendendo o momento histórico no qual as normas são produzidas, atentando-se para o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa, realizando uma interpretação autentica. Ocorre que toda interpretação autentica tem como limite o próprio texto, sob pena de tornar-se a prática jurisdicional um exercício de subjetivismo.

No mérito, acompanhou o voto do Ministro Menezes Direito.

Para o Ministro Joaquim Barbosa o procedimento de demarcação das terras foi regular, observando os limites da legislação aplicável ao caso. Concluiu também que não houve lesão ao patrimônio publico, assim como não há afronta à segurança e à defesa nacional, pois o Decreto 534/2005 exclui da demarcação o 6º Pelotão de Fronteira e os bens públicos até então existentes no local.

Concluiu que não existem efeitos deletérios para a economia do Estado de Roraima com a demarcação, pois a exploração da área pelos não índios representa apenas 1,75% do PIB do Estado e o arroz poderá ser cultivado em outras áreas.

Bem assim, no que concerne aos alegados danos ao meio ambiente pelos índios na demarcação, contra argumentou o Ministro que a exploração agrícola como vem sendo feita é que causa danos ao meio ambiente e que a demarcação é que vai efetivar a proteção ao meio ambiente.

Concluiu que não há risco ao equilíbrio federativo, pois a área demarcada corresponde a 7% do total da área do Estado.

Por fim, posicionou-se pela demarcação contínua e não por ilhas, ao argumento de que tal decisão é questão afeta ao âmbito discricionário do ente político ao qual a Constituição atribuiu a tarefa, não sendo assunto afeto ao Poder Judiciário.

Concluiu seu voto pelo julgamento de improcedência da ação popular.

O voto do Ministro Marco Aurélio começa por invocar imperfeições formais no processo, inclusive no que tange à composição do polo passivo da demanda, indicando a ausência das etnias indígenas interessadas, bem como a ausência do MPF. Aponta ainda a ausência da prova pericial judicial, pois não houve a realização dessa prova no âmbito do STF, concluindo pela necessidade de saneamento do processo para citação e intimação dos faltantes e produção de prova pericial e testemunhal.

No mérito o Ministro advertiu sobre o grave risco de criação de uma soberania paralela em relação aos indígenas, por conta do tratamento hipertrofiado da questão. Reconhece que existe o comando constitucional de demarcação da terra indígena, mas salienta que não existe um modelo demarcatório claramente definido, se em ilhas ou continuo.

Demais disso, no mérito, assevera que a propriedade privada é assegurada não só na Constituição Federal, como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – pacto de San José da Costa Rica.

Acresce que não é razoável a aplicação do fato indígena para a demarcação de uma área com 19 mil índios em um espaço 12 vezes maior do que o estado de São Paulo, onde vivem 11 milhões de pessoas. Segundo o Ministro:

> (...) somente em um passe de mágica se pode conciliar o ditame constitucional no sentido da preservação da posse indígena existente em 1988 – terras ocupadas – com a desproporcional demarcação continua. Os fenômenos se contrapõem. A lei do menor esforço, no que se deixou de levantar os espaços territoriais realmente ocupados pelos indígenas e protegidos, a partir de então, com a pecha de nulidade de atos de transferência subsequentes, mostra-se nefasta e não atende aos interesses maiores de nacionalidade, harmonizando-se, isto sim, com as diversas sinalizações internacionais de cunho separatista. Não se pode mesmo crer que em 1988, numero limitado de indígenas ocupasse, de forma contínua, área tão vasta.

Por fim, o voto do Ministro Gilmar Mendes ressalta o caráter propedêutico da decisão no caso vertente, em face de outros processos de demarcação futuras.

Chama atenção para o processo histórico de fixação do conceito de posse indígena, saindo da ação civil originária 278, onde se firmou o precedente de que a posse indígena deveria coincidir com a posse civil, até a revisão deste conceito pelo STF, em 1993.

No que tange à discussão acerca da regularidade do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas o Ministro listou precedentes do próprio STF, nos quais se reconheceu que não há afronta à ampla defesa e ao contraditório quando se estabelece um procedimento diferenciado nos processos de demarcação (MS 24045-8/DF; Rel. Min. Joaquim Barbosa e MS 25483-1/DF; Rel. Min. Carlos Brito).

No mérito o Ministro Gilmar trás um argumento não utilizado pelos demais, que diz respeito à coisa julgada administrativa no procedimento demarcatório. Diz o Ministro que terminado o procedimento demarcatório, sua revisão somente pode ser realizada por outro processo onde sejam observadas as mesas cautelas dos procedimentos anteriores, não sendo admissível sua revisão por questões de conveniência e oportunidade. Isso, argumenta, se deve em nome da segurança jurídica, resguardando-se a previsibilidade das relações jurídicas e a tranquilidade social nas áreas contíguas demarcadas. Assim, a revisão do procedimento administrativo demarcatório somente poderia acontecer em casos excepcionais de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo.

Ressaltou ainda que as terras ocupadas pelos índios não são de sua propriedade, mas da União, devendo haver a ocupação harmônica dos índios em consonância com a garantia da soberania e da defesa nacionais. Assim, o arcabouço jurídico já existente autoriza a conclusão de que não existe óbice para o ingresso, permanência e locomoção da Policia Federal e Forças Armadas na área demarcada, atendidas as exigências legais.

No que tange às questões ambientais, o Ministro ressaltou que deve haver cooperação entre órgãos ambientais, FUNAI e comunidades indígenas interessadas. As decisões não dependem da aceitação formal das comunidades, mas reconhece que sua participação potencializa a eficácia da conservação ambiental.

Por fim, argumenta que as áreas ocupadas por fazendas e plantações de arroz, com títulos conferidos pelo INCRA não prevalecem sobre o direito do índio à demar-

cação de sua terra. Assim, o direito de não índios, ainda que a ocupação se de há muitas décadas, não pode prevalecer sobre o direito dos índios.

O relator aderiu ao voto do Ministro Menezes Direito, para reconhecer os procedimentos administrativos serem observados, além do previsto na Lei 4.717/65.

DIÁLOGO, RETÓRICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO MULTICULTURALISMO

Apresentamos o resumo dos votos dos Ministros que participaram da decisão acerca da demarcação das terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol, pois diante do reconhecimento do caráter propedêutico da decisão, é imprescindível reconhecer-se quais os argumentos lançados no debate da questão. Entretanto, dentro da proposta do presente estudo, no sentido de verificar a possibilidade do direito de dar conta do reconhecimento e respeito à diferença a partir dos parâmetros normativos estabelecidos para a questão, impõem-se a necessidade de mais uma baliza na discussão, a qual diz respeito aos limites do diálogo ou da retórica numa decisão democrática.

Iris Marion Yong afirma que:

> (...) a comunicação entre perspectivas que transcendem umas às outras preserva a pluralidade que Hannah Arendt entendeu como condição de publicidade. A pluralidade de pontos de vista no público faz com que cada participante possa compreender melhor a sociedade pretende ou quais serão as possíveis consequências de uma política ao situar sua própria experiência e interesse num contexto mais amplo de entendimento de algo em situações sociais. (YOUNG, 2001, p. 377).

Ocorre que nem sempre é fácil estabelecer os limites entre o discurso racional e a retórica. Segundo Iris Young o discurso racional consiste em "fazer afirmações e apresentar motivos sóbrios para as mesmas, com conexões lógicas entre elas claramente explicitadas". (YOUNG, 2001, p. 382). Mas numa discussão em que pessoas diferentes, com objetivos, valores e interesses diferentes, tentam resolver problemas coletivos de maneira justa, não basta fazer afirmações e apresentar

motivos, sendo necessário saber escutar, o que raramente acontece nessas circunstâncias.

Daí a conclusão de que no mais das vezes a discussão acontece não no nível do discurso racional, mas no nível retórico. A mesma autora afirma que:

> (...) com figuras retóricas um discurso constrói a posição do orador em relação àqueles que o escutam. Por meio da retórica o orador apela aos atributos ou experiências de sua platéia e a sua localização em relação a ela. (...) A retórica constrói o orador, a platéia e a ocasião ao invocar ou criar significados, conotações ou símbolos específicos, e tem essa função de conexão tendo ou não a platéia e o orador significados compartilhados.

E conclui que:

> (...) uma das funções da retórica é atrair e manter a atenção. Os argumentos mais elegantes e verdadeiros podem ser incapazes de obter sanção se forem enfadonhos. (YOUNG, idem)

No mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos, em seu livro O discurso e o Poder, afirma que "a construção retórica do processo de decisão condiciona a própria decisão, mas esta, sem deixar de ser um produto do discurso, é também o discurso produzido; é simultaneamente a medida do discurso e o discurso medido." (SANTOS, 1988, p. 20). E concluiu Boaventura que

> (...) o discurso retórico, e, sobretudo o discurso jurídico, sendo simultaneamente dialógico e antitético, é também digressivo e lateralizado. Daí que o traçado da decisão entre por vezes em áreas que seriam consideradas proibidas, quer à luz dos critérios da lógica jurídico-sistemática, quer à luz das regras definidoras da competência e da jurisdição. A decisão tende a ser investida do propósito de contabilizar em pormenor os méritos relativos das diferentes pretensões, mesmo daquelas que à partida se situam fora do objecto da causa, mas de que os participantes têm conhecimento. (IDEM, p. 21)

De outra parte, Marcelo Neves adverte que valores étnicos e identidades étnicas excludentes de outros valores e identidades e que rejeitam ou negam a heterogeneidade cultural da sociedade, "são incompatíveis com o universalismo da justiça e da cidadania e, consequentemente, devem sofrer restrições da ordem jurídico-

-política."(NEVES, 2001, p. 343). E não raro a base normativa do reconhecimento das diferentes etnias e valores muitas vezes desconsidera o conflito que se estabelece no confronto com interesses antagônicos dos grupos e que este conflito pode ser prejudicial ou mesmo destrutivo para o Estado e para a sociedade.

Assim, o que se viu no julgamento da demarcação das terras indígenas da reserva Raposa Serra do Sol, mais do que um exercício de reconhecimento do direito à diferença cultural e étnica dos índicos ocupantes do local, foi o exercício retórico, típico do discurso de poder do direito. Apesar o moderno pluralismo jurídico, o STF no julgamento não reconheceu os índios como povo e rechaçou a subordinação da discussão aos tratados internacionais.

A despeito da legislação editada e das tentativas de implantação de um redirecionamento do modelo de relação do Estado brasileiro com os grupos étnicos minoritários, segundo observou Rene Marc Silva, "quanto mais tais redirecionamentos abriram espaço para uma gramática discursiva fortemente pautada pela necessidade de respeito, ações e medidas de promoção da igualdade e dignidade desses grupos sociais menos se conseguiu viabilizar no interior do poder público uma política étnica definida." (SILVA, 2009, p. 24).

Roberto Cardoso de Oliveira resume a discussão ora apresentada, afirmando que a maior necessidade na relação entre *nós* e os *outros* está na pretensão de reconhecimento de nós mesmos como pessoa, portanto como ser social. E explicita o autor, "todavia, haveria de considerar que além do reconhecimento jurídico essa pessoa deveria ser reconhecida como ente moral. Neste sentido, a manifestação mais geral do reconhecimento seria expresso como *respeito*; a rigor, uma expressão de relacionamento não abrangida pela esfera jurídica: como tornar o respeito parte da ordem jurídica?" (OLIVEIRA, 2006, p. 33).

Pelo menos no âmbito discursivo e normativo tal respeito foi incorporado ao ordenamento jurídico, principalmente após a CF/88. Mas há, de fato, um discurso ético subjacente ao discurso político? No caso em exame do julgamento da reserva indígena Raposa Serra do Sol a resposta parece ser negativa.

No item a seguir e com o intuito de pontuar que a decisão do STF se deu muito mais num nível discursivo retórico do que racional, passaremos a analisar as pe-

culiaridades dos votos dos ministros na aplicação do direito ao caso concreto da demarcação da reserva.

ANÁLISE DE PECULIARIDADES DOS VOTOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO AO CASO CONCRETO NO JULGAMENTO PELO STF DA DEMARCAÇÃO DA RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

Na visão do relator, Ministro Ayres Brito, o índio, tem a acepção de nativo, aborígene, autóctone, primitivo habitante do país, em diferenciação a outros contingentes humanos advindos de outros países ou continentes. Destaca ainda o relator que a Constituição usa o substantivo índios no plural para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias, definindo etnia como sendo grupos que se estruturam geograficamente, sob a forma de aldeias e vilarejos, em cujo interior constroem suas habitações e possuem uma linguagem comum.

No entanto, com base em diversos dispositivos constitucionais (art. 215, §§ 1º e 2º; art. 216, *caput* e § 1º do art. 242), afirma que a nação brasileira é formada por um povo que forma um só contingente humano de hoje, de ontem e de amanhã, "a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra".

Assim, o que existe são brasileiros índios e "nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém a estatura normativa para comparecer perante a ordem jurídica internacional como nação, pais, pátria, Território Nacional ou povo independente"[3]. As terras indígenas não detêm o status de entes federados, tendo uma feição sociocultural e não política no texto constitucional.

O Ministro Ayres Britto se insurge ainda contra a interpretação de que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual estabelece um direito a uma autodeterminação política, seria o marco positivo do reconhecimento da dignidade individual e coletiva juridicamente positivada dos índios brasileiros, pois "é a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reveren-

3 É salutar a critica lançada pelo por Rene Silva de que positivismo jurídico ao confundir, historicamente os diferentes grupos sociais minoritários no interior da nação com "uma idéia totalizante de povo homogeneamente pensado, sem contemplar quaisquer especificidades." (SILVA, 2009, p. 23) O Julgamento do STF, ao que parece, não conseguiu se libertar dos limites do positivismo jurídico, apesar de um discurso aparentemente legitimador dos direitos vindicados pelos índios do local.

ciar como sua carta de alforria no plano socioeconômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja", bastando para tanto que "o Magno Texto Brasileiro saia do papel e passe a se incorporar ao nosso cotidiano existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor experiência".[4]

O que mais chama atenção no voto do Ministro relator, a par da discussão antropológica da demarcação da terra, é, em primeiro lugar, a forma romantizada com que narra os índios e suas relações com os não índios, idealizando uma situação que nem sempre corresponde à verdade. Ou seja, se a premissa é falsa, a conclusão do julgado, por obvio também é falsa, pois nem sempre os índios são ingênuos em relação à convivência com os não índios, nem sempre a convivência entre ambos é pacífica. E essa visão romantizada do índio, habitante do "Jardim do éden" brasileiro, pode ser constatada em diversas passagens do voto, como se pode constatar dos trechos a seguir transcritos:

> No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasivamente quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto significa uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. (p. 286)
>
> (...) Ter a chance de demonstrar que o seu tradicional habitat ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida que é de ser aproveitada como um componente da mais atualizada ideia de desenvolvimento, que é o desenvolvimento como um crescer humanizado. (p. 289)
>
> (...) espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e suas terras

4 Aqui merece registro a observação feita por Rene Silva, apontando como novidade da convenção 169 da OIT, que trata diretamente sobre Povos Indígenas e Tribais em países Independentes e que foi ratificada pelo Brasil em 2002, a utilização do termo povo para caracterizar segmentos nacionais com identidade e organização próprias cosmovisão específica e o tipo de relação que possuem com a terra que habitam, termo este que, na visão do ministro Ayres Brito, não autoriza as comunidades indígenas a comparecer perante a ordem jurídica internacional como povo independente. (SILVA, 2009)

> enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por eles ocupadas. (p. 297)

> (...) seja como for, concentração indígena que se fez esse faz decisiva para a preservação da integridade territorial brasileira (esse elemento de soberania nacional), pois os nossos aborígenes, amantes e profundos conhecedores da nossa geografia, sempre souberam se opor com toda eficiência e bravura às tentativas de invasões estrangeiras em nosso país. (p. 324)

Mas na mesma proporção que o relator os representa como bravos, pacíficos e independentes, na mesma proporção estabelece que os índios devem ter na Constituição, um diploma normativo que em nada guarda correspondência com esses valores ancestrais que devem nortear o processo de demarcação das terras indígenas, a sua salvaguarda e não no seu isolamento belicoso.

Merece crítica o voto do relator, na medida em que apresenta a realidade indígena de forma distorcida e desvencilhada da realidade, chegando mesmo a impor um questionamento acerca de que índios e que realidade estamos tratando: seria mesmo a realidade brasileira? Mas a par disso, desse discurso fraternal e solidário, o voto deixa entrever uma visão preconceituosa e que permeia as discussões sobre o tema feitas da perspectiva do homem branco e de classe média, ou seja, a visão de que a Constituição brasileira busca integrar os nossos índios "para agregar valor à subjetividade deles (...) para que eles sejam ainda mais do que originalmente eram, beneficiando-se de um estilo de vida que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e ser votado marcadamente" (pp. 290/291).

E mesmos quando tenta apresentar uma visão positiva da convivência dos índios com os não índios o faz de uma perspectiva depreciativa do índio, afirmando que "as populações ditas civilizadas também tem a ganhar com a sua aproximação com os índios", o que se deve fazer com base na solidariedade, reconhecendo que os aborígenes precisam do convívio com os não índios e humildade para reconhecer uma verdadeira via de mão dupla no convívio.

Aqui merece registro que em nível discursivo o relator usa de elementos emotivos e estereótipos para caracterizar o outro, no caso os índios envolvidos no processo

de demarcação de terras, na tentativa de convencer acerca de um respeito à diferença, mas um respeito apenas retórico, sem reconhecer de fato a diferença.

Luis Alberto Warat define esse processo linguístico de uso de cargas emotivas com vistas a aproximar o receptor do campo das mensagens valorativas do emissor, encobrindo o elemento valorativo com uma roupagem descritiva para facilitar a aceitação. Assim, preleciona Warat, que existe um tipo de palavras com carga emotiva

> (...) são aquelas que ao nível da significação de base apresentam uma anemia significativa. Seu sentido designativo sempre é contextualmente construído. Estas expressões denominam-se estereótipos e cumprem um importante papel para a construção de discursos persuasivos. (WARAT, 1995, p. 70).

Ainda segundo Luis Alberto Warat os estereótipos são usados para travestir as legitimações e justificações travestidas de explicação, "quando intenta-se a perpetuação da ordem existente." (IDEM, p. 71)[5]. E neste contexto o estereótipo é um forte aliado da linguagem retórica.

No caso da linguagem utilizada pelo relator da PET 3388/RO verifica-se que a mesma se apresenta impregnada do estereótipo do "bom selvagem" e de que os índios, sempre bons, contribuíram e contribuem de maneira cordata e abnegada para a defesa do território nacional.

Diferentemente do relator, o Ministro Menezes Direito não romantiza a figura do indígena e trata da questão de forma mais realista ao reconhecer que em algumas circunstancias os próprios índios participam do desmatamento, segundo denuncias do IBAMA. Afirma que ao mesmo tempo em que não se pode generalizar a acusação quanto à conduta dos índios em suas reservas, tal realidade não pode ser desconsiderada. Para o controle da situação, propôs o Ministro que a fiscalização dessas áreas sujeitas a uma tripla afetação se de pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, podendo contar com a consultoria da FUNAI.

---

5 Segundo Warat os estereótipos constituem um elemento nuclear da transmissão de conteúdos ideológicos. São termos empregados para obter a consolidação e a aceitação dos valores dominantes da sociedade. Assim, ao se dizer que alguém tem um direito subjetivo, se está reconhecendo a esta pessoa um privilégio social valorizado positivamente. Desta forma, mediante a utilização de uma linguagem impregnada de significações estereotipadas, consegue-se introduzir, sob a suposta aparência de uma descrição objetiva, uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica. O objetivo central de uma expressão estereotipada é o de influenciar e determinar opiniões. Os estereótipos são palavras que apresentam uma carga conotativa provocadora de associações tão fortes que a simples evocação de seus significantes motiva comportamentos ou determina opiniões. (WARAT, 1995, pp. 71/72)

O que chama atenção é que este controle administrativo não está previsto em lei e tampouco foi objeto do pedido de qualquer das partes ou dos assistentes admitidos na lide. Aqui o ativismo judicial tomou proporções sem precedentes no STF, tendo em conta que não só propôs-se a atuação legislativa do Judiciário, como também a imposição de atribuição administrativa fiscalizadora da reserva indígena, criando regramentos não previstos pela lei 4.717/65 para a demarcação das terras indígenas.

O voto do Ministro Menezes Direito é um voto maximalista e consequencialista, inovando inclusive em relação aos limites do pedido da ação.

De maneira mais realista e ética, esta definida sob a perspectiva do respeito ao outro, a Ministra Carmem Lucia afirmou que a CF/88 garantiu aos índios o direito de não participação nas praticas civilizatórias ou sua participação se quiserem, garantindo a existência da diferença, reconhecendo que o índio é livre para escolher. Merece ser transcrito este excerto do voto da Ministra:

> Tal como posto na Constituição de 1988, os índios têm direito a participarem do progresso e do desenvolvimento das instituições, dos saberes, das praticas e dos costumes, se tanto e na medida em que tanto quiserem. Não se há de insular os índios, nem se há de a eles impor venham a crer no que crêem os demais brasileiros, a viver como vivemos que não estejam aldeados. Mas há de se lhes garantirem tais direitos, para que possam melhor viver, se tanto entenderem necessário, conveniente e na oportunidade que assim desejarem, sem que isso signifique abrir mão de suas crenças e de suas formas de ver o mundo e de viver o mundo. (p. 448)

E conclui a Ministra que "haverá de se abrir espaços para os índios e não obrigá-los às opções feitas por nos outros, como se fossemos os únicos a saber o que vale e o que não vale em toda a dimensão humana." (p. 449)

Ou seja, dos votos que a antecederam e dos que a sucederam, foi uma das poucas que tentou encarar a questão sob a perspectiva dos próprios índios, dando a possibilidade de que estes escolham, se quiserem o que fazer com sua essência.

Afirmou o Ministro Ricardo Lewandowiski que "respeitar o espírito que presidiu a elaboração das normas constitucionais e ordinárias que protegem o pluralismo

cultural e os direitos dos índios é o mínimo que o interprete pode fazer para resgatar a imensa dívida que a sociedade brasileira tem para com os povos autóctones, da qual falavam Cândido Rondon e Roquette Pinto." (p. 490)

No aspecto que nos interessa no presente estudo, verifica-se que o Ministro usa o argumento da maioria na democracia representativa para legitimar o tratamento constitucional do tema, fazendo alusão às escolhas do constituinte originário. Interessante observar que em outros tantos julgamento do Supremo Tribunal e sem que haja um parâmetro metodológico para tanto, o próprio STF solenemente desconsidera o limite do texto e as escolhas do legislador constituinte para dar interpretação e extensão diversa daquela inscrita no texto constitucional. Foi isso exatamente que aconteceu no julgamento relativo às uniões de pessoa do mesmo sexo.

Da perspectiva do discurso, a falta de um parâmetro metodológico pode aqui ser usada para justificar funções sociais específicas de controle e poder no que diz respeito à aceitação da diferença. Sob a roupagem do discurso jurídico-normativo de aceitação impera a dominação e o interesse na manutenção das relações como são.

Finalizando, Warat afirma que "uma análise política do conhecimento jurídico pode demonstrar como os pontos de vista imanentes e formais, que comandam a produção da cultura juridicista, não expressam insuficiências metodológicas, mas funções sociais específicas, contribuindo para um marco de coerção e controle "racional". Tal marco contribui de "forma" que materialize o encobrimento das relações sociais. Eis uma parte do poder da significação jurídica". (IDEM, pp.102/103)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extrai-se dos debates realizados no âmbito do julgamento da PET 3388/RO que, a despeito do texto constitucional, o qual reconhece os direitos indígenas, sobretudo no campo da demarcação das terras habitualmente e ancestralmente ocupadas pelos mesmos, o reconhecimento da diferença se faz do ponto de vista somente discursivo/retórico.

Em toda a discussão do julgamento da demarcação das terras indígenas da reserva Raposa Serra do Sol, percebe-se que o discurso retórico foi a tônica entre os Ministros participantes, negando aos índios o *status* de povo e impondo, como um direi-

to outorgado pelos brancos, uma necessidade de assunção dos valores chamados civilizados, sem perquirir se isso é ou não o anseio das comunidades envolvidas.

Observa-se ainda um discurso marcado por estereótipos, com a intenção de legitimar e justificar a noção de que a cultura de legitimar e justificar a noção de que a cultura mais avançada e superior, portanto uma análise valorativa, encoberta por uma linguagem emotiva e retórica.

Não se demonstrou durante os votos dos Ministros um verdadeiro respeito ao outro, suas particularidades e cultura.

O que se conclui é que a questão do reconhecimento da diferença e seu tratamento pelo Direito talvez não seja possível a partir de uma perspectiva puramente dogmática, diante do esgarçamento das estruturas tradicionais do direito para o enfrentamento desse tipo de questão, na medida em que não é possível e redução da experiência à dimensão estrita da norma.

É necessário então que as questões sejam enfrentadas por meio de análises multidisciplinares e não só pela perspectiva do direito posto.

Assim, ao invés de ver o índio como um ser inadaptado e em processo de incorporação à cultura nacional, ver os índios como detentores de uma história e cultura próprias, "nem superiores nem inferiores às da comunidade envolvente, cujas 'diferenças' devem ser respeitadas como limites da própria identidade étnica". (BARRETO, 2006, p. 121)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas*. Vetores constitucionais. Juruá. Curitiba. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 3388/RO.* DJe de 25/09/2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 23/04/2012.

NEVES, Marcelo. *Justiça e diferença numa sociedade global complexa*. Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jesse Souza (org.). Editora Universidade de Brasília. Brasília. 2001.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade*. Ensaios sobre a etnicidade e multiculturalismo. Editora UNESP. São Paulo. Paralelo 15. Brasília. 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder*. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 1988.

SILVA, Rene Marc da Costa. Estado pluriétnico, pluralismo jurídico e pós-colonialismo. Revista ação e debate político e gestão pública/Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Universidade do Parlamento. Ano 2. V. 2 (jan/ jun 2009) Fortaleza. INESP. 2009.

YOUNG, Iris Marion. *Comunicação e o outro:* além da democracia deliberativa. Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jesse Souza (org.). Editora Universidade de Brasília. Brasília. 2001. Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jesse Souza (org.). Editora Universidade de Brasília. Brasília. 2001.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2012002011239-4

Relator – Des. Lecir Manoel da Luz

Primeira Turma Cível

EMENTA

Agravo de instrumento. Constitucional e administrativo. Cumprimento de sentença cível. Fornecimento de medicamento. Epidermólise bolhosa congênita. Preliminar de ilegitimidade do Secretário de Saúde. Multa cominatória. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso parcialmente provido.

1. Como titular da pasta, o senhor Secretário de Saúde do Distrito Federal é parte legítima para figurar no polo passivo das ações que envolvam o serviço público de saúde, uma vez que detém o poder de adotar providências necessárias ao atendimento das demandas apresentadas.

2. É cediço que a multa cominatória (*astreintes*) tem nítido propósito de inibir, desestimular o devedor ao não cumprimento da obrigação. Portanto, ao contrário do sustentado pela agravante, não é necessário que se espere qualquer atitude volitiva do devedor apta a denotar a abstenção dolosa ao cumprimento da obrigação. Imposta uma obrigação de fazer, seja no início da lide ou na sentença, o magistrado se encontra autorizado a fixar multa para o caso de descumprimento do preceito judicial.

3. É possível a redução das *astreintes* quando o valor arbitrado mostra-se excessivo em relação à natureza e às circunstâncias da causa, inobservando os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

4. Decisão agravada parcialmente reformada.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1.ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Lecir Manoel da Luz – Relator, Gilberto Pereira

de Oliveira – Vogal, Flavio Rostirola – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer o recurso. Rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de junho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Distrito Federal contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6.ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal nos autos da ação de Execução de Sentença 2004 01 1 017742-6 ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, que determinou o bloqueio de valor na conta única da Secretaria da Fazenda, nos seguintes termos:

> Trata-se de procedimento de cumprimento de sentença proferida em sede de ACP instaurado pelo MPDFT.
>
> Já houve a fixação de multa (decisão de fl. 629) e a efetiva intimação do requerido, na pessoa do Secretário de Saúde do DF (fls. 735/736), para que houvesse o efetivo cumprimento do julgado, sendo que até a presente data não houve o cumprimento da determinação.
>
> Esclarece-se que a determinação é no sentido de "determinar que o réu forneça os medicamentos e suplementos alimentares aos pacientes portadores de Epidermólise Bolhosa Congênita, usuários do sistema público de saúde do Distrito Federal, submetidos a tratamento, conforme as prescrições emitidas pelos próprios médicos do sistema público de saúde do DF" (sentença de fls. 434)
>
> Portanto, é cabível a incidência da multa, assim como a sua exigência.
>
> Os cálculos apresentados pelo autor estão corretos.
>
> Ante o exposto, DEFIRO o pedido formulado às fls. 757/763 e DETERMINO:
>
> a) o bloqueio por meio do BACENJUD da quantia de 957.198,89 (novecentos e cinquenta e sete mil, cento e noventa e oito reais e oitenta e nove

> centavos), a ser efetivada da conta única da Secretaria da Fazenda (BRB, agência JK 100, conta 800108-0);
>
> b) proceda-se a expedição de mandado de intimação, conforme requerido no item "b" da petição de fl. 763.
>
> Intime-se, por meio de publicação.
>
> Após a publicação, proceda-se a consulta, conforme determinado no item "a", acima descrito.
>
> Cumpra-se.
>
> Preliminarmente, o agravante sustenta o desacerto da r. decisão *a quo*, haja vista que o Distrito Federal não fora devidamente intimado da decisão de que fixa a multa diária no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Alega que a intimação foi dirigida ao Senhor Secretário de Estado de Saúde e que este não é parte nos presentes autos, não sendo o legítimo representante judicial do Distrito Federal.

Assevera que a elevada multa diária fora fixada com fundamento em mera requisição do exequente, sem qualquer prova concreta que pudesse admitir a fixação de multa diária.

Enfatiza que o Distrito Federal, ao contrário do que menciona o exequente, vem realizando a entrega dos medicamentos e suplementos alimentares aos portadores de Epidermólise Bolhosa Congênita.

Alega que não há que se falar em descumprimento da sentença por parte do Distrito Federal.

Finalmente, insurge-se contra a multa fixada, asseverando ausência de razoabilidade, bem com o fato de que a aplicação da multa causará enorme prejuízo ao erário.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, o seu provimento para reduzir o valor da multa ao seu valor original, ou, alternativamente, que seja reduzida a um patamar razoável e proporcional.

Junta as peças de fls. 25/314.

Às fls. 318/319, suspendi os efeitos da decisão até final julgamento de mérito do recurso.

As informações foram prestadas à fl. 361, noticiando o cumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil, mantendo a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos e determinando a emenda da inicial para indicação da autoridade coatora.

A Agravada, em resposta, defende o acerto e manutenção da decisão guerreada.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça Cível, da lavra da il. Procuradora de Justiça, Dra. Arinda Fernandes, às fls. 363/369, oficiando pelo conhecimento do recurso, pela rejeição da preliminar suscitada e desprovimento do presente recurso.

Isento de preparo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) – Gostaria que a egrégia Turma também raciocinasse a respeito do tema. É uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público e a sentença já transitou em julgado, está em fase de execução. O Distrito Federal se insurge. O valor fixado foi de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia. Estou pensando em baixar esse valor para R$ 1.000,00 (mil reais), fixando um teto máximo de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – É muito.

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) – Digo isso porque ele não quer cumprir.

Des. Teófilo Caetano (Presidente) – Esse medicamento é caro?

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) – Sim, é caro e as doenças são complexas. Eles argumentam que estão fornecendo o medicamento, mas, no período em que foi determinado, não forneceu. Preciso discutir esse tema com a egrégia Turma, o valor, e fixar um teto máximo para isso. Pensei em R$ 1.000,00 (mil reais).

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Com teto de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Des. Teófilo Caetano (Presidente) – Acho que fica muito baixo.

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Quando analiso essa questão de fornecimento de medicamento, não vislumbro recalcitrância do estado no fornecimento. Em realidade, é que determinados medicamentos são extremamente difíceis de se adquirir, muitos até nem são registrados na ANVISA e há ainda, em determinados casos, ordem judicial que não obedece essa cautela. O estado também tem dificuldades conhecidos a cumprir, em especial a de legalidade de se adquirir com licitação e, mesmo sem licitação, ele tem que ter muita cautela em razão de supostas pretensões de superfaturamento, porque há interesses econômicos dos mais variados nessa questão de fornecimento de medicamento. Até mesmo, o Ministério Público vem constantemente investigando isso, porque pode até haver interesses escusos atrás dessa questão de fornecimento de medicamentos de forma inopinada. Isso está preocupante.

Des. Teófilo Caetano (Presidente) – Porque se fixarmos muito baixo, pode ser mais interessante pagar a multa do que fornecer e é uma doença grave, uma doença autoimune.

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) – E são vários, não é um só.

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Sim, mas o estado já está fornecendo.

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) – Agora eles confessam que estão fornecendo e o Ministério Público não se insurgiu. Houve época, inclusive, que raciocinamos de que a autoridade recalcitrante é que deveria pagar a multa e não o erário, porque ele deixa de tomar providência, mas essa matéria não está aqui.

Gostaria de sugerir a fixação de R$ 1.000,00 (mil reais) dia, com o teto máximo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – A multa inicial está de quanto?

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) – R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não haviam fixado o teto para chegar a tanto, seria paga eternamente. Estou sugerindo que diminua para R$ 1.000,00 (mil reais) dia e o teto máximo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – Acho que o prazo de vinte dias é muito curto, sou a favor, com a devida vênia do que o Desembargador Flavio Rostirola já disse, de manter o prazo de cem dias porque, para o governo, é muito fácil pagar R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e deixar alguém morrer, fica mais cômodo.

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Eles entregaram o medicamento, o estado não se nega.

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – Vemos, como público, não como desembargadores, diariamente, as evasivas do governo: não tem o remédio porque está sendo licitado. Por que não foi licitado ano passado se ia acabar esse ano?

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Porque remédio tem prazo de validade e esses remédios são de uso específico.

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – Sim, mas o governo sabe que tem prazo de validade. Os organizadores da farmácia do governo sabem que tem prazo de validade. Então, eles deveriam prever que, se esse remédio vai perder a validade daqui a seis meses, então, daqui a dois meses, já vamos fazer a compra da reposição.

Opino em aumentar o valor inicial da multa, manter em 5.000,00 (cinco mil reais), ou aumentar o prazo para caso de descumprimento.

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Tenho a convicção de que o estado não se nega a fornecer medicação, o que existem são alguns fatores legais, que impedem o estado de fornecer inopinadamente o medicamento para cumprir a legalidade do procedimento. Não vislumbro essa negativa estatal.

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – Esse fator é de gestão e a gestão é do estado.

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Sei das deficiências do estado, mas acho que não temos que penalizar tanto o estado com esse tipo de coisa. Acho que o estado forneceu, demorou, teve dificuldades, mas são remédios específicos, é um tipo de doença rara.

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – Essa multa já é pagamento, ou é fixação futura?

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Já é pagamento.

Acompanho o Relator, achando que já é muito, que R$ 1.000,00 (mil reais) ao limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). É um remédio para epiderme.

Entendo que esse valor já é elevado. Devemos considerar que tudo que se tira do estado na área de saúde, se tira dos outros cidadãos também, e que o estado vai pagar e vai ter que tirar do orçamento destinado aos demais.

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – Vamos aumentar um pouco.

Des. Flavio Rostirola (2º Vogal) – Não. Já aumentei de dez para vinte, já concordei.

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) – Concordei, fixamos multa diária de mil reais com teto de vinte. Preliminar de ilegitimidade do secretário rejeitada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado o Distrito Federal maneja agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a r. decisão *a quo* que determinou o bloqueio de valor na conta única da Secretaria da Fazenda.

Preliminarmente, sustenta, o Agravante, o desacerto da r. decisão *a quo*, haja vista que o Distrito Federal não fora devidamente intimado da decisão de que fixa a multa diária no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Alega que a intimação foi dirigida ao Senhor Secretário de Estado de Saúde e que este não é parte nos presentes autos, não sendo o legítimo representante judicial do Distrito Federal.

Assevera que a elevada multa diária fora fixada com fundamento em mera requisição do exequente, sem qualquer prova concreta que pudesse admitir a fixação de multa diária.

Enfatiza que o Distrito Federal, ao contrário do que menciona o exequente, vem realizando a entrega dos medicamentos e suplementos alimentares aos portadores de Epidermólise Bolhosa Congênita.

Alega que não há que se falar em descumprimento da sentença por parte do Distrito Federal.

Finalmente, insurge-se contra a multa fixada, asseverando ausência de razoabilidade, bem com o fato de que a aplicação da multa causará enorme prejuízo ao erário.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, o seu provimento para reduzir o valor da multa ao seu valor original, ou, alternativamente, que seja reduzida a um patamar razoável e proporcional.

É a breve suma dos fatos.

PRELIMINAR

A preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde do Distrito Federal não merece acolhimento, porquanto referida autoridade, como titular da pasta, é parte legítima para figurar no polo passivo das ações que envolvam o serviço público de saúde, uma vez que detém o poder de adotar providências necessárias ao atendimento das demandas apresentadas.

Ademais, nos termos do artigo 9º, inciso II, da Lei 8.080/90, compete à Secretaria de Saúde do Distrito Federal gerir o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito desta unidade da federação.

Bem, é de se ver, pois, que o ato ora recorrido espelha o entendimento já consagrado por esta egrégia Corte de Justiça.

Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O FÁRMACO PLEITEADO É O ÚNICO APLICÁVEL À ENFERMIDADE DO IMPETRANTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Conselho Especial do TJDFT firmou entendimento de que Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se pleiteia a entrega de medicamentos. 2. Não há que se falar em inadequação da via mandamental quando os autos encontram-se suficientemente instruídos, dispensando qualquer dilação probatória. 3. Se consta dos autos documento que atesta não haver outro medicamento indicado para o tratamento da patologia, tem-se como demonstrado que o fármaco pleiteado é o único aplicável à enfermidade do impetrante. 4. O direito à vida e à saúde é garantido a todas

> as pessoas, indistintamente, consoante se infere dos artigos 5º, *caput*, 6º e 196 da Constituição Federal c/c os artigos 204 e 207 da Lei Orgânica do Distrito Federal. (AGR/MSG 2011.00.2.004132-5, rel. Des. Romão Cícero de Oliveira, *in* DJ-e de 16/5/2011, p. 71)

Rejeito a preliminar suscitada.

No tocante ao mérito, consoante relatado, o recorrente deseja ver reformada a r. decisão que determinou o cumprimento de obrigação de fazer determinado em sentença, no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)

O agravante argumenta que a fixação de multa como meio coercitivo para o cumprimento da obrigação se justificaria somente no caso de mora injustificável, a denotar a abstenção dolosa ao cumprimento, o que não ocorre na espécie.

Sem razão, contudo.

É cediço que a multa cominatória (*astreintes*) tem nítido propósito de inibir, desestimular o devedor ao não cumprimento da obrigação. Portanto, ao contrário do sustentado pela agravante, não é necessário que se espere qualquer atitude volitiva do devedor apta a denotar a abstenção dolosa ao cumprimento da obrigação. Uma vez imposta uma obrigação de fazer, seja no início da lide ou na sentença, o magistrado se encontra autorizado a fixar multa para o caso de descumprimento do preceito judicial.

É, aliás, o que dispõe o §4º do art. 461 do Código de Processo Civil:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providência que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
>
> (...) §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

> Na situação concreta, estamos diante de uma sentença já transitada em julgado imputando à agravante obrigação de fazer, consistente no fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares aos pacientes portadores da Epidermólise Bolhosa Congênita, usuários do sistema público de saúde do Distrito Federal, submetidos a tratamento, conforme as prescrições emitidas pelos próprios médicos do sistema público de saúde do Distrito Federal, sob pena das cominações previstas em lei no caso de descumprimento de decisões judiciais.

Assim, a fixação de multa diária para o caso do não adimplemento da obrigação no prazo assinalado é medida revestida de legalidade, sobretudo porque inexistente qualquer dispositivo legal que proíba tal imposição inibitória em desfavor de pessoa jurídica de direito público.

Esse, aliás, é o mais recente posicionamento do Col. Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere dos arestos a seguir transcritos:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE ADEQUAÇÃO DO PRÉDIO DO FÓRUM DE SANTA FÉ DO SUL. ELIMINAÇÃO DE BARREIRAS DE ARQUITETÔNICAS. ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. *ASTREINTES*. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 461, §4, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. 1. É cabível a cominação de multa diária (*astreintes*) em face da Fazenda Pública, como meio de vencer a obstinação quanto ao cumprimento da obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1025234/SP, DJ de 11/09/2008; AgRg no Ag 1040411/RS, DJ de 19/12/2008; REsp 1067211/RS, DJ de 23/10/2008; REsp 973.647/RS, DJ de 29.10.2007; REsp 689.038/RJ, DJ de 03.08.2007: REsp 719.344/PE, DJ de 05.12.2006; e REsp 869.106/RS, DJ de 30.11.2006. 2. Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Estadual, objetivando a adequação do Prédio do Fórum de Santa Fé do Sul, para garantir acessibilidade aos portadores de deficiência física, no qual foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar que o demandado iniciasse as obras de adequação do prédio, no prazo de três meses, sob pena de pagamento de

> multa diária no valor de R$ 400,00, na hipótese de descumprimento. 3. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados (art. 12, §2º, da Lei 7.347/84; art. 84, §3º, da Lei 8.078/90; arts. 461, §4º; 273, §3º e 644, do CPC), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (Primeira Turma; REsp 987280/SP; Relator: Ministro Luiz Fux; DJe: 20/5/2009)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É entendimento pacificado nesta Corte que, nas obrigações de fazer, é cabível a fixação de **multa diária**, cominada ao devedor por dia de atraso, mesmo quando se tratar de obrigação imposta à **Fazenda Pública**. Precedentes. 2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 999812/PR; Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; DJe: 27/04/2009) Grifei.
>
> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AG. REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. INSS. ART. 644, DO CPC. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte já firmou o entendimento no sentido da possibilidade de fixar multa quando não cumprida a obrigação de fazer por pessoa de direito público (autarquia previdenciária), quando esta, uma vez compelida a implantar benefício a que foi condenada, permaneceu inerte. 2. Precedentes (REsp 451.109/RS e REsp 246.701/SP). 3. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido. (Quinta Turma; AgRg no Ag 388449/SP; Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI; DJ:19/12/2003; pág. 549)

Contudo, além de o legislador conceder ao Juiz de Direito a prerrogativa de impor a multa diária ao réu com vistas a assegurar o adimplemento da obrigação de fazer, autoriza-lhe, também, a faculdade de rever o seu valor, em qualquer tempo ou grau de jurisdição de modo a prevenir o enriquecimento sem causa, por força do art. 461, §6º, do Código de Processo Civil (§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.).

Nesse prisma, é possível a redução das *astreintes* quando o valor arbitrado mostra-se excessivo em relação à natureza e às circunstâncias da causa, inobservando os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Trago à colação arestos nesse sentido, *in verbis*:

> A Multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva. O dispositivo indica que o valor da *astreinte* não faz coisa julgada material, pois pode ser revisto mediante verificação de insuficiência ou excessividade. O excesso a que chegou a multa aplicada justifica a redução. (REsp 705.914, rel. o em. Min. Gomes de Barros, *apud* Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 39ª edição, atualizada até 16.1.2007, Saraiva, p. 552, nota 11c.)

Verifica-se, assim, que não houve imposição de limite na fixação da multa, em afronta aos citados princípios.

Confiram-se ementas de julgados sobre o tema em questão, *in verbis*:

> PROCESSO CIVIL. CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DEMONSTRAÇÃO DE RECUSA. DESNECESSIDADE. COMINAÇÃO E LIMITAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DOCUMENTO INCINERADO. ELISÃO DO DEVER DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE INFORMAR. INOCORRÊNCIA (SIC). APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A comprovação de recusa na apresentação dos documentos não é requisito necessário para a propositura da ação cautelar de exibição judicial, bastando, para tanto, a demonstração de vínculo jurídico entre as partes, assim como da necessidade e utilidade dos documentos pleiteados para a propositura de ação de cobrança. (...) 3. É possível a cominação de *astreintes* para o caso de descumprimento do dever de exibição de documentos. 4. A multa diária não deve ser fixada sem a imposição de limite, sob pena de desobediência ao princípio da razoabilidade. 5. O banco tem a obrigação de exibir em juízo a documentação que deve guardar, relacionada com o desempenho de sua atividade. Não há como admitir a recusa daquele que tem o dever legal de exibi-la ou mesmo quando o documento, por seu conteúdo, for comum às partes (art. 358, I e III, do CPC). 6. Impõe-se a

redução dos honorários advocatícios quando fixados em desconformidade com as disposições constantes do §4º do art. 20 do CPC, mormente quando a causa apresenta pouca complexidade. 7. Apelação conhecida e parcialmente provida. (2007.01.1.059190-9 APC, Relatora NÍDIA CORRÊA LIMA, 3.ª Turma Cível, julgado em 18/6/2007, DJ 5/8/2008, p. 50)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO EXECUTIVA. MULTA DIÁRIA (*ASTREINTES*). ALTERAÇÃO DO VALOR. DECISÃO MANTIDA. 1. A multa diária imposta para o cumprimento da ordem judicial deve atender aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não podendo servir como reparação por eventuais danos morais ou como modo de enriquecimento sem causa. 2. O Juiz pode, a teor do §6º do art. 461 do Código de Processo Civil, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que e tornou insuficiente ou excessiva, não havendo, por isso, diante da autorização legal, que se falar em preclusão. 3. Recurso desprovido. (Acórdão 317526, 2008.00.2.006329-7 AGI, Relator MÁRIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 16/7/2008, DJ 22/8/2008 p. 58)

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO. DEMORA. MULTA (*ASTREINTE*). ONEROSIDADE EXCESSIVA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Não pode a parte devedora tentar se eximir da responsabilidade pela demora no cumprimento da obrigação de restituição do veículo imposta na sentença, quando verificado pela documentação carreada aos autos que inúmeras foram as tentativas frustradas para localização do bem. 2. Nos termos do artigo 461, §6º, do Código de Processo Civil, "o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva". 3. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido. (Acórdão 298111, 2007.00.2.013265-8 AGI, Relatora NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, julgado em 12/3/2008, DJ 27/3/2008 p. 19)

Dessa forma, merece reparo a decisão agravada, haja vista que a multa arbitrada expressa valor exorbitante, além de não ter sido estipulado o limite máximo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, reduzo a multa diária para R$ 1.000,00 (mil reais), fixando-a ao limite máximo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

Des. Gilberto de Oliveira (1º Vogal) – Acompanho a Turma.

DECISÃO

Recurso conhecido. Rejeitada a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento, unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013002005509-0

Relator – Des. Luciano Moreira Vasconcellos

Quinta Turma Cível

EMENTA

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial. Prejudicial de prescrição. Não acolhimento. Preliminar de inadequação da via eleita. Não acolhimento. Competência do Ministério Público. Alegação de inexistência de justa causa. Desnecessidade de prévio inquérito civil. Análise dos pressupostos processuais e das condições da ação. Indícios de autoria e materialidade. Justa causa para o recebimento. Valoração acerca da regularidade do ato administrativo. Invasão do mérito da causa. Impossibilidade de emissão de juízo de valor na estreita via do AGI. Aplicação do princípio *in dubio pro societate.* Decisão mantida.

1. O art. 142, inciso I, da Lei 8.112/1990, à época dos fatos aplicável aos servidores públicos do Distrito Federal, diz que a ação disciplinar prescreverá em 05 (cinco) anos quanto à infração de demissão, sendo que "o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido" (art. 142, §1º, da Lei 8.112/1990) e "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente" (art. 142, §3º da Lei 8.112/1990).

2. Uma vez interrompido o curso do prazo prescricional pela abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar este recomeçará a partir do dia em que cessar a interrupção, ou seja, a partir do julgamento do procedimento (art. 142, §4º da Lei 8.112/1990).

3. O art. 17, *caput* e §§3º e 4º da Lei 8.429/1992 expressamente mencionam a competência do Ministério Público para a propositura da ação civil de improbidade administrativa, sendo esta a via adequada para a apuração e condenação pelos atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou

não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

4. Não existe obrigatoriedade de instauração prévia de inquérito civil posterior propositura de ação civil de improbidade administrativa, sobretudo quando já existem informações colhidas em processo administrativo e inquérito penal. Tal entendimento está assentado no §6º do art. 17 da Lei 8.429/1992, que determina que a ação deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade.

5. Conforme o disposto no artigo 17, §8º, da Lei 8.429/92, a inicial da ação de improbidade administrativa somente será rejeitada em sede de juízo de admissibilidade quando o magistrado se convença de inexistência do ato de improbidade, da improcedência do pedido deduzido na ação ou da inadequação da via eleita.

6. Para processamento da ação de improbidade, basta a verificação dos pressupostos processuais e das condições da ação e dos indícios mínimos de autoria e materialidade do ato de improbidade, sendo estes últimos justa causa para o recebimento da inicial.

7. O recebimento da petição inicial em ação de improbidade administrativa não é momento adequado para se aferir de forma completa e profunda a efetiva responsabilidade dos agentes envolvidos.

8. Vigora, nesta fase, o princípio do *in dubio pro societate,* no qual diante de eventual dúvida da existência do ato de improbidade, deve-se conhecer do mérito em favor do interesse público.

9. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Luciano Moreira Vasconcellos – Relator, Gis-

lene Pinheiro – Vogal, João Egmont – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Luciano Moreira Vasconcellos, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Recorre L.E.V.C. da decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível de Fazenda Pública, que após a apresentação de defesa prévia, determinou a sua citação na ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, na forma do §10 do artigo 17 da Lei 8.429/1992, arguindo prejudicial de prescrição em relação ao fato ocorrido em 03 de abril de 2007, suscitando preliminar de inadequação da via eleita e argumentando inexistir justa causa para a ação por não ter sido instaurado inquérito civil com a finalidade de trazer indícios de conduta ímproba, que os fatos relatados pelo Ministério Público envolvem apenas o exercício de atividade relativa ao cargo de médico com especialidade em ginecologia, não podendo haver punição em relação ao cargo público com especialidade em clínica médica; que a ação de improbidade não pode ser recebida sem que haja sentença penal condenatória, em virtude da presunção de inocência e das garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, e que as supostas vítimas dos fatos em apuração são pessoas físicas e o bem protegido é a liberdade sexual, não havendo que se falar em ato contra a Administração Pública.

Preparo às fls.142.

Às fls. 145/148 neguei a tutela recursal pretendida, dispensei a vinda de informações e tive por desnecessária a intimação da parte agravada por não ter ocorrido a citação.

Inexistindo revisão, nos termos do artigo 69 do Regimento Interno do TJDF, pedi dia para julgamento.

Este o relatório.

VOTOS

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Relator) – Analiso a prejudicial de prescrição.

Rejeito-a.

Dou os motivos.

Diz o inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992:

> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
>
> II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.
>
> A lei 8.112/1990, à época dos fatos aplicável aos servidores públicos do Distrito Federal, diz que a ação disciplinar prescreverá em 05 (cinco) anos quanto à infração de demissão.

Este o texto do seu o art. 142, inciso I:

> Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:
>
> I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
>
> O §1º do art. 142 da Lei 8.112/1990 diz que "o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido", sendo que "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente" (§3º do art. 142)
>
> Segundo consta na ação de improbidade administrativa a vítima, S. A. de S., noticiou o ocorrido, fato que se deu em 03 de abril de 2007, à Direção Regional de Saúde de São Sebastião, tendo a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal instaurado a sindicância que originou o Processo Administrativo Disciplinar 060.008.727/2007, que foi julgado em 22 de janeiro de 2009, conforme comprova o documento de fls. 40/41.

Diante do que dispõe o §4º do art. 142 da Lei 8.112/1990, após ser proferida a decisão final naquele procedimento administrativo, ou seja, em 22 de janeiro de 2009, o prazo prescricional começou novamente a correr.

Essa a redação da norma lembrada:

> §4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.
>
> Assim, tendo o prazo de 05 (cinco) anos recomeçado em 22 de janeiro de 2009 e tendo a ação de improbidade administrativa sido ajuizada em 02 de julho de 2012 resta claro que foi observado o prazo prescricional.

Passo à análise da preliminar de inadequação da via eleita.

Rejeito-a.

Diz o agravante que os argumentos levantados pelo Ministério Público, contemplados dentro dos dispositivos do art. 1º da Lei 7.347/85 e 6º, inciso VII, alínea "b", da Lei Complementar 75/1993, caracterizam a inadequação da via eleita.

Essas são as normas invocadas:

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
>
> I – ao meio ambiente;
>
> II – ao consumidor;
>
> III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
>
> V – por infração da ordem econômica;
>
> VI – à ordem urbanística.
>
> Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:
>
> (...) VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

> (...) b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Não prosperaram as alegações.

O art. 17, *caput* e §§3º e 4º da Lei 8.429/1992, expressamente mencionam a competência do Ministério Público para a propositura da ação civil de improbidade administrativa, sendo esta a via adequada para a apuração e condenação pelos atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Esta a redação da norma:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> §3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no §3º do art. 6o da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965.
>
> §4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

O agravante é servidor da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, na condição de médico, ocupando dois cargos públicos nessa entidade: um na especialidade de Clínica Médica e outro na especialidade de Gineco-Obstetrícia.

O que diz o Ministério Público é que durante o exercício de sua função pública como médico ginecologista da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal (SES/DF), o recorrente violou seu dever funcional de probidade administrativa, ferindo não só a dignidade da função pública que exerce, mas também a imagem da instituição pública em nome da qual atende as pacientes que vitimiza, valendo-se do exercício do cargo público e utilizando-se da estrutura disponibilizada pela Secretaria de Saúde para satisfazer sua própria lascívia, o que caracteriza evidente

desvio de finalidade da função pública em proveito próprio enquadrado no art. 11, *caput* e inciso I da Lei 8.429/1992.

Essa a redação da norma lembrada:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Assim, a preliminar de inadequação da via eleita não pode ser acolhida.

Passo ao mérito.

Correta a decisão.

Dou os motivos de meu convencimento.

O agravante argumenta inexistir justa causa para a ação por não ter sido instaurado inquérito civil com a finalidade de trazer indícios de conduta ímproba.

Tal alegação não condiz com a realidade, pois não existe obrigatoriedade de instauração prévia de inquérito civil, sobretudo quando já existem informações colhidas em processo administrativo e inquérito penal.

Esse entendimento está assentado no §6º do art. 17 da Lei 8.429/1992, que determina que a ação deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade, sendo que a presente ação contém a referida documentação.

Essa a redação da norma lembrada:

> §6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

> O agravante alega, ainda, que os fatos relatados pelo Ministério Público envolvem apenas o exercício de atividade relativa ao cargo de médico com especialidade em ginecologia, não podendo haver punição em relação ao cargo público com especialidade em clínica médica, que a ação de improbidade não pode ser recebida sem que haja sentença penal condenatória, em virtude da presunção de inocência e das garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, e que as supostas vítimas dos fatos em apuração são pessoas físicas e o bem protegido é a liberdade sexual, não havendo que se falar em ato contra a Administração Pública.

Novamente sem razão o agravante.

O juízo de admissibilidade, a ser feito para o recebimento da inicial de ação de improbidade administrativa, é sumário, não podendo ser confundido com exame do mérito, sendo a regra o recebimento, e a exceção o indeferimento.

Diz a Lei 8.429/1992:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Ensina Sérgio Monteiro Medeiros:

> Sem perder de vista que se trata de um juízo preliminar (embora adentrado apreciação de mérito), que provas mais consistentes poderão ser produzidas no curso da instrução processual, (...). (*In* Lei de Improbidade Administrativa, comentários e anotações jurisprudenciais, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, 1ª edição, pág.204)

Este o magistério de José Antonio Lisboa Neiva:

> A apreciação se efetiva em um juízo superficial, sendo certo que na dúvida prevalece a máxima: *in dubio por societate*. (*In* Improbidade Administrativa, Editora Impetus, Niterói, Rio de Janeiro, 2009, 205)

Não se vislumbra qualquer causa para rejeição liminar da ação civil por improbidade proposta pelo Ministério Público.

O §8º do art. 17 da Lei 8429/92 estabelece que o juiz deve rejeitar a ação somente quando convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Do contrário, detectando o magistrado indícios da existência do ato de improbidade praticado pelo requerido, deve receber a inicial.

Para a análise de existência do ato de improbidade, basta a verificação de indícios mínimos de autoria e materialidade do ato, não sendo a decisão que recebe a inicial sede adequada para aferição aprofundada da efetiva responsabilidade dos agentes, vigorando, nesta fase, o princípio *in dubio pro societate*.

Assim está fundamentada a decisão recorrida:

> INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA
>
> a) Inquérito civil prévio.
>
> Não há qualquer obrigatoriedade à instauração prévia de inquérito civil, sobretudo quando já existem informações colhidas em processo administrativo e inquérito penal.
>
> b) Extensão da pena ao cargo de médico, especialidade Clínica Médica.
>
> O reconhecimento da prática de um ato de improbidade tem reflexos em todos os cargos ocupados pelo servidor na Administração Pública.
>
> Não se conhece, sob a ótica da unidade do ordenamento, que um servidor inabilitado para o exercício de um cargo sob a pecha de um desvio moral e ético possa manter vínculo com o serviço público.
>
> c) Necessidade de prévia sentença condenatória.
>
> A independência das esferas implica na ausência de vinculação, em regra, das decisões na esfera penal em relação à responsabilização civil e administrativa.
>
> Assim, não há necessidade de se aguardar o desfecho das apurações criminais para prosseguimento da presente ação.
>
> d) Inexistência de dano ao patrimônio público.

Como já ressaltado, ainda que os delitos imputados ao requerido tenham como vítimas imediatas pessoas físicas, há evidente lesão aos princípios da Administração, à credibilidade da instituição pública e reflexamente ao patrimônio material, em virtude de possíveis ações de indenização.

Restam ultrapassadas, portanto, as alegações defensivas.

Ressalta-se, por fim, que a decisão pelo recebimento da ação de improbidade deve ser fundamentada, porém neste momento processual não se exige amplo e aprofundado exame dos elementos de prova, mas sim a constatação das condições da ação e dos pressupostos processuais, bem como indícios da conduta ímproba.

Reputo presentes tais pressupostos. O MP, na forma do art. 17, *caput*, da lei 8.429/92, é parte legítima para propor a ação de improbidade. O réu, por ostentar a qualidade de agente público é arte legítima para figurar no polo passivo da ação. O interesse de agir se faz presente, tendo em vista a lesão aos princípios da Administração e potenciais prejuízos para o erário público. O pedido, sem dúvidas, é juridicamente possível.

De outra parte, as representações das vítimas no âmbito administrativo, noticiando a conduta do requerido, bem como a colheita de informações nos inquéritos penais acostados aos autos, revelam indícios suficientes para o recebimento da presente ação.

Em face do exposto, mantenho a decisão de fls. 29/30, rejeito as preliminares e recebo a inicial da ação de improbidade, a fim de que o feito seja processado pelo rito ordinário.

Intime-se o MP pessoalmente e o réu mediante publicação, em face do que dispõe o art. 17, §10, da Lei de regência. Cite-se o requerido pelo rito ordinário para ofertar contestação.

Logo, é de se ter a decisão recorrida, que recebe a inicial e determina o processamento da ação, como correta.

Assim vem decidindo esta Casa:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. APRECIAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. ARTIGO 17, §8º, DA LEI FEDERAL 8.429/92. AFERIÇÃO DA REGULARIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Consoante disposto no artigo 17, §8º, da Lei Federal 8.429/92, a ação de improbidade somente será rejeitada em sede de juízo de admissibilidade acaso o magistrado se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência do pedido deduzido na ação ou da inadequação da via eleita. 2. Em termos de análise de existência do ato de improbidade, basta a verificação de indícios mínimos de autoria e materialidade do ato de improbidade, não sendo a decisão que recebe a inicial sede adequada para aferição aprofundada da efetiva responsabilidade dos agentes. 3. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (20090020029872AGI, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 22/07/2009, DJ 05/08/2009 p. 94)

> AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE RECEBE A INICIAL. NULIDADE. 1. A decisão que recebe a inicial de ação de improbidade administrativa não demanda fundamentação extensa. Basta que o juiz verifique a legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e, ainda, a existência de justa causa, consistente em indícios mínimos de autoria e materialidade do ato de improbidade, que justifique o prosseguimento da ação. 2. A rejeição, de plano, da inicial exige fundamentação pormenorizada, só se justificando quando demonstrada a inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita (L. 8.429/92, art. 17, §7º) 3. Agravo não provido.(20090020036966AGI, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 08/07/2009, DJ 15/07/2009 p. 49)

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA SÚMULA 7/STJ. 1. Com razão o agravante a respeito da dispensa da análise da violação ao art. 535 do CPC, pois esta não foi suscitada pelo nas razões do especial. 2. No entanto, não há decisão *extra petita*, pois em

nenhum momento a decisão agravada anunciou que o Tribunal *a quo* teria analisado a existência de indícios para o recebimento da ação de improbidade. Contrariamente ao que faz crer o agravante, esta Corte manifestou no seguinte sentido, "(a) instância ordinária, soberana para avaliar o caderno fático-probatório carreado aos autos, foi clara ao indicar a decisão proferida pela sentença de mérito que assegurou a presença de indícios veementes de cometimento de improbidade administrativa, dando, nesta esteira, continuidade à presente ação civil pública, em entendimento conforme ao desta Corte Superior, motivo pelo qual aplica-se a Súmula 83 do STJ" (fl. 1395) 3. Quanto ao mérito, é de se manter a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 4. O tema central discutido nos autos, trata-se de análise da existência ou de indícios para o conhecimento da petição inicial de ação de improbidade administrativa. 5. Sobre o tema, observa-se que a origem decidiu a controvérsia em observância a aspectos fáticos-probatórios. O que se nota é que, com a enumeração do dispositivo legal dito violado, a parte recorrente pretende provocar o enfrentamento direto de fatos e provas – na verdade, a simples leitura do especial revela que a fundamentação recursal é toda feita em cima dos fatos, narrados ao talante da parte interessada, mas sem confirmação pelos provimentos da origem – , o que atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte Superior. 6. Ademais, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/92, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. 7. A instância ordinária, soberana para avaliar o caderno fático-probatório carreado aos autos, foi clara ao indicar a decisão proferida pela sentença de mérito que assegurou a presença de indícios veementes de cometimento de improbidade administrativa, dando, nesta esteira, continuidade à presente ação civil pública, em entendimento conforme ao desta Corte Superior, motivo pelo qual aplica-se a Súmula 83 do STJ. 8. Agravo regimental parcialmente provido apenas para excluir da decisão agravada a análise acerca da violação ao art. 535 do CPC. (AgRg no AREsp 3.030/MS,

Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 09/05/2011)

Por estes motivos, VOTO no sentido de REJEITAR a preliminar de inadequação da via eleita e NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Este o meu voto.

Desa. Gislene Pinheiro (Vogal) – Com o Relator.

Des. João Egmont (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013002013874-7
Relator – Des. Sebastião Coelho
Quinta Turma Cível

EMENTA

Administrativo. Pedido de antecipação de tutela em ação de conhecimento. Indeferimento. Agravo de instrumento. Concurso de praça do Corpo de Bombeiros. Limite etário de 28 anos para matrícula no curso de formação. Razoabilidade. Candidato que conta menos de 28 anos na data da inscrição do concurso. Provimento.

1. Verifica-se a verossimilhança da alegação, suficiente para a antecipação da tutela, se o candidato a praça do CBMDF tem sua matrícula no Curso de Formação indeferida por contar menos de 28 anos, quando atendia ao critério etário no momento da inscrição no concurso.

2. O candidato não pode ser prejudicado pela demora da Administração Pública na realização dos sucessivos cursos de formação, que compõem etapa do Concurso Público.

3. O valor pago pelo candidato a título de taxa de inscrição lhe dá o direito de, aprovado nas etapas anteriores, participar de todas as fases do certame, não merecendo acolhimento o argumento do organizador do concurso no sentido de que sua matrícula em curso de formação implicaria aumento de despesas.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sebastião Coelho – Relator, Gislene Pinheiro – 1ª Vogal e Luciano Moreira Vasconcellos – 2º Vogal e presidente, conhecer. Dar provimento, maioria, vencido o 2º Vogal, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de Julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por V.M. de L.N. contra decisão (fl. 154) do Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal nos autos da Ação sob Rito Ordinário 2013.01.1.079558-5, em que é requerido o Distrito Federal.

Na ação originária, o agravante alega ter sido eliminado do concurso para o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal (CBMDF) por contar mais de 28 anos de vida, idade limite de acordo com o edital para a matrícula no Curso de Formação. O Juízo recorrido indeferiu (fl. 154) o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Em suas razões (fls. 2/34), o agravante alega que: a) o indeferimento da antecipação de tutela acarretará lesão grave e de difícil reparação, vez que o impedirá de participar do Curso de Formação, último previsto para o atual certame; b) no ato da inscrição no concurso, tinha 27 anos, tendo adquirido o direito de participar do processo seletivo até o final; c) a demora do concurso não é culpa do candidato; d) a eliminação não observou o devido processo legal, nem foi fundamentada; e) a idade de 28 não é razoável; f) está apto para as funções do cargo, tanto que foi aprovado em todos os exames físicos, médicos e psicotécnicos. Ao final, pede, inclusive em caráter liminar, a suspensão dos efeitos da eliminação com a consequente matrícula no Curso de Formação e, na hipótese de aprovação, nomeação. Pede, ainda, a fixação de multa para o caso de descumprimento da decisão por parte do agravado.

Às fls. 160/162, antecipei parcialmente os efeitos da tutela recursal para determinar ao agravado/requerido a matrícula do agravante/autor no Curso de formação de Praças e dispensei as informações.

Em contrarrazões (fls. 167/171), o Distrito Federal alega que a legislação de referência veda a concessão de tutela antecipada para fins de atribuição ou concessão de vencimentos e demais vantagens pecuniárias aos servidores públicos e que o limite de idade para a matrícula no Curso de Formação está previsto em lei. Ao final, pede o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sebastião Coelho (Relator) – Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, a decisão recorrida deve ser reformada.

Ainda que reconheça a divergência jurisprudencial acerca deste assunto, penso que a razoabilidade deve permear o julgamento do magistrado e, por isso, merece provimento o recurso do agravante/autor.

A idade é um fato da natureza e independe da vontade. Negar a alguém o acesso a um cargo público apenas porque ultrapassou um pouco a idade limite prevista em lei para matrícula em Curso de Formação não parece razoável.

Na hipótese dos autos, o agravante/autor conta atualmente com 29 anos de idade (fl. 70). Quando se inscreveu para concurso público, tinha 27 anos. Durante a realização de alguns cursos de formação anteriores ao atual, que alega ser o último deste certame, também contava ainda com 28 anos. Ademais, e talvez mais importante, ele foi efetivamente aprovado nos exames físicos exigidos para o cargo que pretende ocupar.

Não se trata de negar vigência a dispositivo legal, mas de proceder à sua exegese de forma sistemática e atenta ao fim social a que se destina.

Não é razoável que um ou até dois anos além do limite de 28 anos previsto em lei para a matrícula no Curso de Formação sejam suficientes para afastar de alguém que se inscreveu no certame quando ainda contava menos de 28 anos e foi aprovado em todos os exames médicos e físicos a possibilidade de assumir o cargo pretendido.

Ressalte-se, mais uma vez, que não se está a defender o fim do limite etário. Ele deve ser observado e respeitado, mas sem o rigor defendido pelo Distrito Federal, especialmente se a demora na realização dos sucessivos cursos de formação não pode ser atribuída aos candidatos.

Noutro ponto, não procede a alegação do Distrito Federal de que a antecipação de tutela na hipótese em apreço estaria vedada legalmente. Em primeiro lugar, quan-

do o candidato paga a taxa de inscrição em um concurso público ele tem o direito de participar de todas as etapas do certamente, desde que logre aprovação nas etapas anteriores. De acordo com o que consta dos autos, o Curso de Formação de Praças é a última etapa do Concurso Público, e a sua realização deve ser custeada com os recursos provenientes das taxas de inscrição. Se por algum motivo o Distrito Federal cobrou taxa de inscrição em valor insuficiente para o custeio dos sucessivos cursos de formação, isso não pode ser usado como argumento para pleitear a não concessão de uma medida judicial antecipatória da tutela.

Em segundo lugar, não se pretende com esta ação qualquer reclassificação, equiparação, concessão ou extensão de aumentos ou qualquer outra espécie de aumento de remuneração, não ocorrendo, portanto, o óbice legal alegado pelo Distrito Federal.

A respeito do assunto, confira-se a ementa transcrita a seguir:

> CONCURSO PÚBLICO DE ADMISSÃO AO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DO QUADRO DE PRAÇAS BOMBEIRO MILITAR DO DF. ESTIPULAÇÃO DE IDADE MÁXIMA PARA INGRESSO NA CORPORAÇÃO. AFERIÇÃO NA DATA DE CONVOCAÇÃO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO. ATRASO NA FINALIZAÇÃO DO CERTAME. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS CONVOCAÇÕES. TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE OS CANDIDATOS. 1. É possível a fixação no edital de concurso público idade máxima para que o candidato integre a corporação. Entretanto, havendo previsão de que a idade será aferida na data da convocação para o curso de formação, é razoável que se considere a primeira convocação, quando ocorridas diversas, sob pena de haver tratamento desigual entre os candidatos, sobretudo se demonstrado atraso na finalização do certame. 2. Presentes os requisitos legais, concede-se a antecipação da tutela jurisdicional. (TJDFT, 2ª Turma Cível, AGI 2012002005411-3, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho, julgado em 27/06/2012)

Pelo exposto, não vislumbro qualquer impedimento à continuidade do agravante/autor no certame, razão por que dou provimento ao recurso para, afastado o óbice etário para que ele participe do Curso de Formação de Praças e, havendo aprovação, seja o agravante/autor nomeado pelo Distrito Federal. A nomeação deverá obedecer à estrita ordem de classificação e ao interesse da Administração Pública.

É como voto.

Desa. Gislene Pinheiro (Vogal) – Senhor Presidente, tive a oportunidade de examinar agravo nesta mesma situação, na qual concedi liminar e também naquela hipótese, houve duas convocações anteriores, quando o candidato ainda possuía a idade.

Por essa razão e estando de acordo com as razões apresentadas, acompanho o eminente Relator.

Des. Luciano Vasconcellos (Presidente e Vogal) – Peço a V. Ex.as as mais respeitosas vênias para divergir.

Entendo que essa questão da formação do curso é uma questão de conveniência da Administração no momento em que a ela interessa, tendo de prevalecer os interesses públicos sobre os individuais. Considero que, se alguém faz concurso cuja idade limite é vinte e oito, é um risco que se corre.

Por isso, peço a V. Ex.as as mais respeitosas vênias para negar provimento aos dois recursos.

DECISÃO

Deu-se provimento ao recurso. Maioria.

APELAÇÃO CÍVEL

2003011022209-7

Relator – Des. Angelo Canducci Passareli

Quinta Turma Cível

EMENTA

Processual civil e administrativo. Ação de conhecimento. Cargo público. Doença psiquiátrica. Licença para tratamento da saúde e aposentadoria por invalidez. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Ineficácia. Matéria *sub judice*. Perda superveniente do interesse de agir. Inocorrência. Sentença cassada. Causa madura (§3º do art. 515 do CPC). Laudo pericial conclusivo. Incapacidade para o exercício do cargo. Aposentadoria. Decretação. Proventos proporcionais. Procedência parcial do pedido.

1. Não há que se falar em perda do interesse processual, em demanda em que fora postulada a convalidação de licença médica expedida por médico particular, bem assim o próprio afastamento definitivo do cargo por meio da concessão de aposentadoria por invalidez permanente, se a demissão da Autora fora levada a efeito por processo administrativo disciplinar posterior ao ajuizamento da ação, em que a incapacidade para o exercício do mister funcional, alegada desde o início da lide, fora evidenciada por laudo produzido nos autos.

2. O interesse processual da Autora persiste mesmo após a situação criada fora dos autos, pois é ineficaz relativamente à presente lide o processo administrativo que veio a culminar na sua demissão, haja vista que a situação criada no mundo dos fatos posteriormente, colide com a proteção que fora invocada ao Poder Judiciário anteriormente, não havendo acerto no reconhecimento da inutilidade do provimento jurisdicional perseguido. Sentença cassada.

3. Devidamente comprovado nos autos o quadro de incapacitação permanente da Apelante para o exercício do cargo público distrital que ocupa, haja vista ser portadora de distúrbio mental que a inabilita, impõe-se reconhecer a parcial procedência do pedido inicial e decretar a aposentadoria por invalidez permanente, com proventos

proporcionais em razão da natureza da espécie, com lastro nos artigos 40, §1º, inciso I, da Constituição Federal da República e artigo 186, I, parte final, da Lei 8.112/90, aplicada aos servidores públicos distritais por força da Lei Distrital 197/91.

4. Apelação Cível parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Angelo Canducci Passareli – Relator, Luciano Moreira Vasconcellos – Revisor, Ana Cantarino – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Luciano Moreira Vasconcellos, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminar. Dar parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 8 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório da r. sentença vergastada (fls. 396/401), que restou assim delineado, *in verbis*:

> Vistos, etc.
>
> Trata-se de ação de conhecimento com pedido de antecipação de tutela proposta por A.L. de S. contra DISTRITO FEDERAL, objetivando aposentadoria por invalidez.
>
> Alega em inicial que foi admitida nos quadros da Secretaria de Estado de Saúde em 1995, e que desde 1997 vem sofrendo com crises de depressão fortíssima, prejudicando sua atividade laboral, tornando-se incapaz para o trabalho.
>
> Em 2003, o requerido encaminhou a autora para o trabalho sem, contudo, realizar perícia médica. Arrola razões de direito.

Requer antecipação de tutela para a concessão da licença para tratamento de saúde, e por fim, tendo comprovada a incapacidade laboral da autora, seja aposentada por invalidez.

Com a inicial, junta documentos, fls. 14/31.

Regularmente citada, a parte requerida oferece contestação onde afirma ter realizado várias avaliações perante junta médica constatando a capacidade laboral da autora no ano de 2003.

A autora foi encaminhada a setor que não necessitasse fazer plantões nem realizar medicações a pacientes.

Afirma, ainda, que a junta médica pode se recusar a dar licença médica, dependendo do caso; e que, estando a autora em condições para o trabalho, a aposentadoria por invalidez não poderá lhe ser deferida.

Requer o não acolhimento da antecipação de tutela e, no mérito, seja julgada improcedente a ação.

Junta documento, fl. 66.

Réplica onde a parte autora reitera os pedidos iniciais, fls. 75/78. Junta documentos, fls. 79/83.

Instados a se manifestarem sobre produção de provas, fl. 85, o requerido informa não ter mais provas a produzir, fl. 87, a parte autora requer a realização de avaliação médica judicial, fl. 88. Houve o deferimento da perícia, fl. 90. Laudo pericial às fls. 184/192.

A autora concordou com a conclusão da perícia, fl. 198. O requerido discorda com o laudo pericial e alega contradição, fl. 199.

O Distrito Federal junta processo administrativo que resultou na demissão da autora de seus quadros, fls. 212/352.

Manifestação da autora sobre os referidos documentos, com alteração de pedidos, fls. 367/379. Manifestação de requerido se opondo ao referido aditamento, fls. 385/388.

> Não havendo outras provas a serem produzidas, vieram os autos conclusos para sentença."

Em seguida, sobreveio a sentença (fls. 396/401), na qual, tendo em vista a demissão da Autora do cargo que exercia na Secretaria de Saúde do Distrito Federal, o douto Juiz singular reconheceu a perda superveniente do interesse de agir e extinguiu o processo com fundamento no art. 267, VI, do CPC, condenando a Autora no pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 300,00 (trezentos reais).

O Julgador monocrático fundamentou-se na compreensão de que "a demissão é ato administrativo que rompe o vínculo jurídico entre a Administração e o servidor. Uma vez regularmente demitida, a autora não possui direito à aposentadoria, tendo em vista que foi desligada do quadro de pessoal da Administração Pública ao qual pertencia" (fl. 400), acarretando, pois, a inutilidade do provimento jurisdicional buscado e a perda do interesse de agir.

Irresignada, a Autora interpõe Apelação às fls. 410/422. Em suas razões recursais, dirige-se contra o processo administrativo disciplinar (PAD) que culminou em sua demissão, afirmando que se encontra eivado de vícios, dentre os quais enfatiza a existência de contradições nos depoimentos prestados pelas testemunhas, bem como a ausência de sua citação no procedimento, que alega não ter sido efetivada em razão da inexistência de interesse em localizá-la, além da fragilidade da peça de defesa apresentada pela Defensora Dativa.

Repõe a tese de que é portadora de doença psiquiátrica grave, cujo acompanhamento médico vem fazendo há muitos anos, e que, em decorrência de seu não reconhecimento pela Administração Pública, ajuizou a presente ação, tendo a Secretaria de Saúde do DF, "num gesto de extrema falta de razoabilidade" (fl. 418), instaurado processo administrativo disciplinar que culminou na demissão "*de uma pessoa enferma e sem a menor condição de responder por seus atos de forma plena*" (fl. 418), em afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III, da CF/88.

Assevera que a demissão por abandono do cargo, nos termos do art. 138 da Lei 8112/90, somente encontra fundamento quando a ausência ao trabalho é intencional, "o que não ocorreu no caso da Autora, vez que esta, em virtude dos problemas psiquiátricos que a acometem e quando em estado manifesto de crise, não é capaz, sequer, de cuidar de si mesma" (fl. 420).

Afirma que, além de ter comprovado seu problema de saúde por meio dos respectivos relatórios médicos, sua doença psiquiátrica restou confirmada, de forma contundente, no Laudo Pericial elaborado por profissionais do Instituto Médico Legal.

Sustenta, ainda, que a extinção do Feito ofende o art. 284 do CPC, que impõe a concessão de prazo de dez dias para que se proceda à emenda da petição inicial, o que, segundo alega, tem sido admitido pela jurisprudência do colendo STJ mesmo após a apresentação da contestação.

Requer a cassação da r. sentença *a quo*, a fim de que:

a) lhe seja oportunizada a emenda da petição inicial;

b) seja anulada a sua demissão dos quadros da Secretaria de Saúde do DF, determinando-se a sua reintegração ao cargo que ocupava;

c) seja deferida a sua aposentadoria por invalidez "com base no Laudo expedido pelos Peritos do Instituto Médico Legal do Distrito Federal, por determinação judicial" (fl. 422);

d) seja determinado o "ressarcimento dos proventos e vantagens a que faz jus a Autora, desde a data de sua demissão até a data da REINTEGRAÇÃO" (fl. 422);

e) ou, na hipótese de não acolhimento da pretensão de aposentadoria por invalidez, "seja deferido o pedido de REINTEGRAÇÃO e assegurado o direito da Autora a tratamento especializado" (fl. 422).

Ausente preparo, uma vez que a Apelante litiga sob o pálio da gratuidade de Justiça (fl. 401).

Em contrarrazões (fls. 429/431), o Réu/Apelado propugna o desprovimento do recurso, com a manutenção da sentença hostilizada.

É o relatório.

VOTOS

Des. Angelo Canducci Passareli (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto em face da r. sentença de fls. 396/401, por meio da qual, tendo em vista a demissão da Autora do cargo que exercia na Secretaria de Saúde do Distrito Federal, o douto Juiz singular reconheceu a perda superveniente do interesse de agir, em razão da aposentadoria da Autora por decreto da Governadora do Distrito Federal, e extinguiu o processo com fundamento no art. 267, VI, do CPC, condenando a Autora no pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 300,00 (trezentos reais).

Contrapõe-se a autora à extinção do processo, alegando existir nos autos Laudo Pericial elaborado por profissionais do IML, atestando que é portadora de doença psiquiátrica grave, fazendo jus à aposentadoria por invalidez, mormente porque o processo administrativo relativo à sua demissão iniciou-se após o ajuizamento da ação e desenvolveu-se de forma irregular.

Nessa mesma perspectiva, afirma que sua ausência ao trabalho não foi intencional, sendo decorrência da doença de que é portadora.

Pleiteia a cassação da sentença.

Razão assiste à Apelante.

Com efeito, a Autora, à época ocupante do cargo de auxiliar de enfermagem da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, ajuizou a presente demanda em 26/03/2003 (fl. 02), visando ao reconhecimento de sua incapacidade laboral para retornar ao trabalho na data de 17/03/2003, em face de determinação constante no laudo de fl. 16, elaborado por peritos médicos do Réu, bem assim pleiteando a concessão de aposentadoria por invalidez, em decorrência da doença psiquiátrica de que é portadora, sob a alegação de que lhe subtrai definitivamente a capacidade laborativa.

Destarte, frise-se, desde logo, que o pedido deduzido na inicial abarcava não somente a permanência temporária da Autora em afastamento do trabalho, em razão de recomendação médica, mas também seu afastamento definitivo, mediante a concessão de aposentadoria na forma do art. 186, inciso I, da Lei 8.112/90, haja vista o quadro de saúde de que é portadora.

Da sucessão dos fatos documentados nos autos, colhe-se que o processo administrativo empreendido em desfavor da Apelante, de 270.001.719/2004, fora defla-

grado pelo memorando de fl. 213, datado de 25/10/2004, fundado na indicação de ausência ao trabalho a partir de 01/09/2004.

O aludido processo administrativo veio a culminar no Decreto de 12 de junho de 2006 (fl. 293), assinado pela então governadora do Distrito Federal, o qual alcançou publicação no órgão oficial em 13/06/2006 (fl. 298), materializando a demissão da Autora/Apelante, por abandono de cargo, com base no art. 132, inciso II, c/c 138 da Lei 8.112/90.

Em que pese a existência de expresso pedido de antecipação dos efeitos da tutela encartado na inicial (fl. 11), voltado a autorizar a permanência da Autora em afastamento do trabalho, deduzido sob o argumento de que não detinha condição de exercer seu mister, este não fora apreciado pelo Juiz da causa, que postergou a análise para após o exercício do contraditório e, no entanto, acabou por não analisá-lo em qualquer momento da tramitação.

Assim, não fora aferida, oportunamente, a verossimilhança das alegações autorais, a qual, no entanto, veio a ser corroborada por meio do laudo pericial oficial de fls. 186/190, datado de 09/08/2010, em que há conclusão por ser a Pericianda portadora de perturbação mental, necessitando de tratamento psiquiátrico e psicológico por tempo indefinido, o que a incapacita permanentemente para a atividade laboral de auxiliar de enfermagem, por isso fora sugerida a sua aposentação com lastro no art. 186, I, última parte, da Lei 8.112/90.

No aludido laudo, afirma-se que as moléstias são até mesmo preexistentes à sua investidura no cargo anteriormente ocupado na Secretaria de Saúde do DF.

Nessa medida, sobressaindo dos autos a potencialidade da doença de que é portadora a Apelante (perturbação mental) para incapacitá-la para o exercício do cargo ocupado, conforme laudo entranhado aos autos, bem assim de que esta já a acometia à ocasião do ajuizamento da ação, revela-se a impropriedade da extinção do processo na forma concretizada.

Sabe-se que o Juiz, ao sentenciar, há de contemplar em seu pronunciamento os fatos posteriores ao ajuizamento da ação suficientes a influírem na decisão. Dessa forma prevê o art. 462 do CPC, assim delineado:

> Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Destarte, a superveniência da demissão da Apelante não há de implicar o reconhecimento da ausência de interesse processual, como reconhecido na sentença objurgada, mas sim a sua consideração pelo Julgador no equacionamento da lide cuja apreciação lhe foi apresentada de maneira precedente.

Não há, portanto, acerto no reconhecimento da perda do objeto consubstanciada no julgado.

Reafirme-se, a eventual ausência injustificada da Autora ao trabalho por mais de trinta dias consecutivos, a configurar o abandono de cargo, conforme previsão do art. 138 da Lei 8.112/90, que deu lugar à instauração do Processo Administrativo Disciplinar 00.270.001.719/2004 (fls. 212/352), vindo a culminar na demissão da servidora dos quadros funcionais da Secretaria de Saúde do Distrito Federal não pode se sobrepor à postulação judicial anteriormente deduzida.

O interesse processual da Autora persiste mesmo após a situação criada fora dos autos, pois é ineficaz relativamente à presente lide o processo administrativo que veio a culminar na demissão da Apelante, materializado pelo Decreto publicado no DODF de 13/06/2006 (fl. 298), uma vez que o tema como um todo, de forma precedente, já se encontrava disposto à apreciação do Judiciário.

Como se sabe, o art. 219 do CPC estabelece que a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa.

Assim, uma vez judicializada a apreciação da incapacidade para o exercício funcional pela Apelante, conforme devidamente afirmado na inicial, descabe reconhecer-se a perda do interesse de agir em razão de situação criada no mundo dos fatos posteriormente, a qual colide diretamente com a proteção que fora invocada ao Poder Judiciário anteriormente, por isso não há que se falar em inutilidade do provimento jurisdicional perseguido.

Pensar de forma distinta implicaria o absurdo de relegar o pronunciamento judicial, invocado no âmbito de procedimento devidamente instaurado, ao nada.

Nesse descortino, impõe-se a cassação da sentença, e, de acordo com o disposto no artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a causa se encontra madura para apreciação, proceder ao julgamento da lide.

O laudo pericial existente nos autos (fls. 186/190), produzido pelo Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Distrito Federal, é categórico na conclusão pela incapacidade da Apelante para o exercício do cargo de Auxiliar de Enfermagem por ela ocupado, haja vista ser portadora de perturbação da saúde mental, patologia de natureza permanente.

Todo o histórico de licenças de saúde relatado nos autos, mormente as noticiadas pelo próprio Ente Federado à fl. 66, relativas aos períodos de 01/04/2000 a 24/10/2000, que importou 207 dias de afastamento, 23/02/2001 a 31/12/2001, que importou 312 dias de afastamento, 01/01/2002 a 30/09/2002, que importou 273 dias de afastamento e 10/12/2002 a 16/03/2003, que importou 97 dias de afastamento, corroboram a incapacidade da Apelante para o exercício de seu mister funcional específico.

Nesse mesmo sentido é o relatório médico de fl. 19, firmado pelo médico psiquiatra Dr. M.C.G., CRM GO xxxx.

Destaque-se aqui que o posicionamento técnico nessa seara se faz essencial, mormente em face da natureza psiquiátrica da morbidade portada pela Apelante.

O valor da perícia técnica é abordado em proficiente lição do doutrinador Fredie Didier Jr.:

> (...) O perito, na qualidade de técnico especializado, faz as vezes do juiz na análise das fontes de prova. É ele que extrai a prova de onde ela irrompe.
>
> Quando o juiz pode, com sua própria cultura e conhecimento comum, acessar e compreender o que a fonte de prova revela, basta uma inspeção pessoal. Mas se para apreendê-la é necessário que se tenham dotes técnicos e científicos, além dos que se pode esperar do juiz-médio, a inspeção da fonte de prova deve ser feita por um expert na matéria, por um perito. O perito substitui, pois, o juiz, naquelas atividades de inspeção que exijam o conhecimento de um profissional especializado. Nesses casos, a inspeção judicial é substituída por uma inspeção pericial (perícia). Daí o caráter substitutivo da perícia.

> Mas essa substitutividade se limita à verificação, análise, apreciação da fonte de prova, e pronto. O perito não se coloca no lugar do juiz na atividade de avaliação da prova. É por isso que cabe, tão somente, ao juiz analisar e valorar o resultado da perícia – bem como de todos os outros meios de prova –, para considerá-lo, ou não, em seu julgamento (art. 436, CPC). Se não concordar com as conclusões da perícia, poderá o magistrado determinar outra perícia, chamada de segunda perícia.
>
> PESTANA DE AGUIAR atribui uma natureza substitutiva de tal prova: "Aqui, a expressão prova pericial (...), deve ser entendida em seu caráter substitutivo, qual seja o de revelar, através de regras técnicas, a prova dos fatos da causa. Tais fatos existem e são interpretados tecnicamente, pelo que a prova pericial nada mais é que a prova já existente, mas inacessível na revelação do que representa, se não lhe for feito uma interpretação técnica".
>
> A verdade é que o perito substitui o juiz na percepção e análise das fontes de prova, e contribui, com isso, para investigação dos fatos. É, ao mesmo tempo, substituto e auxiliar. (DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 4. ed. Salvador, BA: JusPodium, 2009, p. 225)

Nesse propósito, reafirme-se, consta do laudo de fls. 186/190 que a Apelante padece da patologia discriminada com o CID 10: F 34, o que resultou na conclusão de que "há incapacidade permanente para a atividade laboral de auxiliar de enfermagem" (fl. 189), a qual fora corroborada pelos demais elementos coligidos aos autos.

O artigo 40, §1º, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que os servidores públicos serão aposentados por invalidez permanente com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, ressalvada a hipótese de a invalidez decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional, doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

A Lei 8.112/90, aplicada aos servidores públicos distritais por força da Lei Distrital 197/91 (Nos termos da Lei Complementar 840/2011, a partir de 01/01/2012, a Lei 8.112/90 deixou de ser aplicada no Distrito Federal), dispõe, em seu artigo 186, I, que o servidor público será aposentado por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, nos termos da lei, e os proventos serão proporcionais nos demais casos.

O §1º do mesmo artigo, por sua vez, elenca as doenças consideradas graves, contagiosas ou incuráveis, para fins de autorizar a concessão de proventos integrais ao servidor público, sendo elas a tuberculose ativa, alienação mental, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS), e outras mais que a lei estabelecer.

Assim, uma vez que a patologia portada pela Apelante não se enquadra no rol do §1º do artigo 186 da Lei 8.112/90 não pode ser considerada como doença grave, contagiosa ou incurável para a finalidade precípua de percepção de proventos integrais. Além disso, conforme consignado na perícia médica de fls. 186/190, a doença não decorreu de acidente em serviço ou moléstia profissional, o que, igualmente, desautoriza a percepção de aposentadoria integral.

Nesse sentido, confira-se ementas de julgados desta Corte e do STJ sobre o tema, *in verbis*:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. APOSENTADORIA. DOENÇA NÃO ESPECIFICADA EM LEI. PROVENTOS PROPORCIONAIS. 1. Se a invalidez do servidor não foi em decorrência de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, os proventos da aposentadoria são proporcionais ao tempo de serviço, e não integrais (L. 8.112/90, art. 186, I; CF, art. 40, §1º, I; LODF, art. 41, I). 2. Não são devidas diferenças de proventos se o cálculo desses se fez com base na norma constitucional que disciplinava a matéria à época da aposentadoria (EC 41/03) 3. Apelação não provida. (20080111538083APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 13/04/2011, DJ 18/04/2011 p. 173)

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. POLICIAL CIVIL. ESCRIVÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DOENÇA INCAPACITANTE. PARÁGRAFO 1º, I, DO ART. 186 DA LEI 8.112. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROVENTOS INTEGRAIS. IMPOSSIBILIDADE. ROL TAXATIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, é cabível recurso especial no qual se discute interpretação de lei referente aos vencimentos

ou ao regime jurídico dos integrantes da polícia civil do Distrito Federal, uma vez que compete privativamente à União, nos termos do art. 21, XIV, da CR/88, legislar com exclusividade sobre a estrutura administrativa e o regime jurídico dos integrantes dessas organizações de segurança pública distrital. Por isso não é aplicável ao caso a Súmula 280/STF. 2. A jurisprudência do STJ se mostra firme no entendimento de que, nos termos do art. 186 da Lei 8.112/90, não é devida aposentadoria por invalidez com proventos integrais, ainda que incapacitante seja a doença sofrida pelo servidor, *in casu, ceratite*, uma vez que essa doença não se encontra elencada no rol taxativo contido no §1º do referido artigo. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 605.089/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS PROPORCIONAIS. NULIDADE DO ATO. NÃO COMPROVAÇÃO. DOENÇA GRAVE E INCURÁVEL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. MOLÉSTIA NÃO PREVISTA EM LEI. PROVENTOS INTEGRAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Quanto à alegação de que o ato de aposentadoria seria nulo porque a respectiva junta médica não foi formada exclusivamente por neurologistas e de ter sido somente examinada por um dos três médicos que assinaram o laudo, a recorrente não logrou demonstrar, com base nos dispositivos legais de regência, a existência de qualquer ilegalidade. 2. O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite a produção de prova, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada com os elementos de convicção trazidos na inicial. 3. Na linha da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, "os proventos serão integrais quando o servidor for aposentado por invalidez permanente decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificados em lei. Se não houve essa especificação, os proventos serão proporcionais" (RE 175.980/SP, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJU de 20/2/1998) 4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso improvido. (RMS 22.837/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009)

Destaque-se que a abordagem da Lei 8.112/90 para a aposentadoria por invalidez permanente confere destaque à incapacidade para o desempenho das atribuições

do próprio cargo, não havendo, em razão da especificidade da patologia portada pela Apelante, de natureza psiquiátrica, com recorrentes episódios de crises depressivas e até mesmo de agressividade, de se cogitar sua readaptação.

Ressalte-se, por fim, que, como não constaram da causa de pedir e do pedido inicial, em obediência ao princípio da congruência ou adstrição, a regularidade do processo administrativo disciplinar e da demissão nele formalizada propriamente ditos não podem ser apreciadas no Feito ora em análise.

Igualmente, a pretensão de emenda à petição inicial para incluir o pedido de desconstituição do ato de demissão não encontra amparo. Com efeito, a presente demanda já se encontra com fase de instrução concluída (fls. 184/199) e, consoante dispõe o art. 264, *caput* e parágrafo único, do CPC, a alteração do pedido ou da causa de pedir somente é permitida até a fase de saneamento do processo, exigindo, ainda, após a contestação, o consentimento do Réu, razão pela qual não há que se falar em infringência ao art. 284 do CPC.

Em conclusão, existindo prova documental suficiente a tanto, com destaque para laudo produzido por órgão técnico oficial, de maneira a atestar o quadro de incapacitação permanente da Apelante, impõe-se reconhecer a parcial procedência do pedido inicial, para aposentá-la como proventos proporcionais.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso para cassar a sentença e, com espeque no art. 515, §3º, do CPC, julgar parcialmente procedente o pedido inicial, para decretar a aposentadoria da Apelante a partir do dia 01/09/2004 (fl. 213), com base no artigo 186, inciso I, *in fine*, da Lei 8.112/90, com percepção de proventos proporcionais.

Arcará o Réu/Apelado com o pagamento de honorários de sucumbência que fixo, em atenção ao previsto nos artigos 21, parágrafo único, e 20, §4º, do CPC, em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

É como voto.

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Revisor) – Recorre A.L. de S. da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública que extinguiu sem julgamento do mérito a ação de conhecimento ajuizada em desfavor do Distrito Federal, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa tendo em vista a não oportunidade de emendar a inicial,

que o processo administrativo disciplinar que resultou em sua demissão está eivado de contradições, não tendo participado dele por não ter sido citada e no fim, que foi exonerada com base no artigo 138 (abandono de cargo), da Lei 8.112/90, restando claro do texto da lei que o abandono deve ser intencional, o que não é o caso, pois afastou-se do trabalho devido a problemas psiquiátricos, que o laudo médico realizado pelo IML confirmou sua incapacidade, tendo, ainda assim, o magistrado declarado extinto o feito por falta de interesse de agir, requerendo a desconstituição da sentença em razão do cerceamento de defesa com a anulação do ato de demissão e a consequente reintegração ao cargo e, após, a reintegração, seja declarada sua aposentadoria, além de que se determine a realização dos cálculos referentes a seus proventos desde sua demissão.

Conheço o recurso.

Inicio apreciando a preliminar de cerceamento de defesa.

Rejeito-a.

Inexiste cerceamento de defesa.

A sentença extinguiu o feito sem julgamento do mérito com base no inciso VI do artigo 267 do CPC, que trata das condições da ação e não por inépcia da inicial tratada na apelação.

Passo ao mérito.

A sentença deve ser cassada.

Dou os motivos.

Não há que se falar na falta de interesse de agir.

O que caracteriza interesse de agir é a junção necessidade, que é a obrigatória intervenção do Poder Judiciário para se buscar aquilo que se acredita estar sendo negado, com a utilidade, que é o benefício que se terá, em sendo atendida a pretensão, nunca a existência do direito, que é matéria reservada do mérito.

É como ensina Moniz de Aragão:

> 526. TEORIAS SOBRE O INTERESSE DE AGIR – Sobre o interesse de agir, formaram-se duas correntes de opinião.

> Por uma delas, o interesse, que autoriza o ingresso em juízo, resulta apenas da necessidade de obter o pronunciamento jurisdicional; por outra, caracteriza-se pela utilidade que o pronunciamento pretendido venha a proporcionar ao autor, no sentido de lhe resolver o conflito de interesses.
>
> A despeito, portanto, da posição doutrinária em que se situa o prof. Alfredo Buzaid, e dos que acompanham a mesma corrente de pensamento, a lei conduz ao resultado propugnado pelos adeptos da segunda teoria, vale dizer, apenas no caso previsto no art. 4º do parág. único (a título de exceção), é que se poderá reconhecer o interesse em propor ação meramente declaratória. (*In* Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1979, 3ª edição, volume II, pgs. 525 e 527)
>
> Ensina no mesmo sentido Humberto Theodoro Júnior:
>
> Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual "se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais". (*In* Curso de Direito Processual Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1997, 20ª edição, Volume I, pg.55)
>
> Assim, a instauração de procedimento administrativo disciplinar que foi concluído com a demissão da apelante não afasta o interesse de agir, ainda mais porque a presente ação é anterior ao início do procedimento e ambos tratam da mesma questão.

Nestes termos, afastada a ausência de interesse de agir e encontrando-se a causa madura, passo ao julgamento do feito, nos termos do artigo 515, §3º do CPC.

O pedido deve ser parcialmente atendido.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada em 26/03/2003, em que visava a apelante, liminarmente, manter-se afastada do trabalho e, no mérito, a realização de perícia médica para avaliar sua condição psíquica, o abono das faltas existentes e declarada sua aposentadoria.

O pedido liminar não foi analisado pelo juízo *a quo* e, em 2004, foi aberto processo administrativo disciplinar para apurar as faltas da apelante, o que culminou em sua demissão em 12/06/2006.

O conjunto probatório somente confirma as alegações da apelante, demonstrando a fragilidade de seu estado psicológico com os reiterados afastamentos e a recalcitrância da apelada em afastá-la de suas funções.

Foi realizado laudo pericial em 09/08/2010 em que se concluiu o seguinte:

> Trata-se de periciada portadora de perturbação da saúde mental, condição que preexistia a sua posse na Secretaria de Saúde do DF.
>
> Com base no histórico da enfermidade, evolução clínica e aspectos psicopatológicos presentes no momento, há incapacidade permanente para a atividade laboral de auxiliar de enfermagem.
>
> Sugerimos que a periciada tenha sua aposentadoria efetivada, com base no artigo 186, inciso I, última parte d Lei 8.118/90.
>
> Não é incapaz para todo tipo de trabalho.
>
> Não é o caso de alienação mental.
>
> Necessita de efetivo tratamento psiquiátrico e psicológico, por tempo a ser definido pelos profissionais assistentes.

Sobre a importância da prova técnica, da sua qualidade, ensina Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

> O perito é aquele que detém os conhecimentos técnicos para fornecer informações necessárias sobre os assuntos de sua especialidade. (*In* Novo Curso de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, 3ª edição, Volume 1, pág.458)

Desta forma, deve ser deferido o pedido da apelante para que seja decretada sua aposentadoria.

Atendendo o dispositivo legal previsto no artigo 186, I e §1º da Lei 8.112/90, utilizada no Distrito Federal até 01/01/2012, através da Lei Distrital 197/91, a aposentadoria que se pode conceder à apelante é a proporcional, tendo em vista que a doença que possui não está relacionada dentre as que autorizam a aposentadoria integral e não decorreu de acidente em serviço.

Este o texto do artigo citado:

> Art. 186. O servidor será aposentado:
>
> I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;
>
> §1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Com a cassação da sentença, os honorários de sucumbência devem ser suportados pelo apelado e, atendendo aos preceitos previstos no artigo 20, §4º do CPC, fixando-os em R$1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Por estes motivos, VOTO no sentido de REJEITAR a preliminar de cerceamento de defesa e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para cassar a sentença e, nos termos do artigo 515, §3º do CPC, julgar parcialmente procedente o pedido da apelante para decretar sua aposentadoria, a partir de 01/09/2004, com proventos proporcionais, condenando o Distrito Federal ao pagamento dos honorários de sucumbência no valor de R$1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Este o meu voto.

Desa. Ana Cantarino (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar. Dar parcial provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2003011048692-0
Relator – Des. Getúlio de Moraes Oliveira
Terceira Turma Cível

EMENTA

Civil. Processo civil. Ação civil pública. Atos de improbidade administrativa. Agente público. Delegado de polícia civil. Agravo retido. Improvido. Preliminar de inépcia da inicial. Rejeição. Violação. Princípios. Fim ilícito. Sanção. Perda da função pública. Extensão. Aposentadoria. Impossibilidade.

1. O Poder Judiciário não pode servir como órgão de pesquisa para a localização de testemunhas.

2. Não há que se falar em inépcia da inicial por ausência de decisão definitiva condenatória na esfera penal, porquanto vigora a regra de independência das instâncias cível, penal e administrativa, salvo se a esfera criminal declarar a inexistência material do fato ou se julgar provado que aquele determinado agente público não foi seu autor, de tal forma que a improbidade administrativa é ato ilícito que pode repercutir na esfera cível, penal e administrativa pela imposição de sanções distintas.

3. Atuando o agente público com desvio de finalidade, com o objetivo de atingir fim proibido impõe-se a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

4. Quando na instância penal ficar afastada a prática da ocorrência do ato, com a absolvição do réu, com fulcro no art. 386, II e VI, do CPP (fl. 170), bem como nos autos da ação de improbidade não existir elementos suficientes para demonstrar a prática da conduta ímproba, deve ser afastada as sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

5. A cassação da aposentadoria não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada em virtude da ausência de previsão legal, de modo que não é possível retirar esse direito de seu titular sem preceito punitivo expresso. Por sua vez, o direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do

regime jurídico contributivo, ou seja, não é um privilégio, mas um direito incorporado ao patrimônio do agente, que exerceu durante um período uma contraprestação para ter direito ao recebimento do benefício.

6. Recurso do réu conhecido e provido para afastar a responsabilidade pela prática da conduta consubstanciada na atribuição a terceiro de função típica de policial, bem como, com fundamento no art. 12, III, aplicar as sanções de: 1) suspensão dos direitos políticos por três anos; 2) pagamento da multa civil no valor de cinco vezes o valor da remuneração; 3) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Recurso do Ministério Público conhecido e improvido**.**

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Getúlio de Moraes Oliveira – Relator, Otávio Augusto – Revisor, Mário-Zam Belmiro – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Mário-Zam Belmiro, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Agravo retido desprovido. Negar provimento ao recurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e dar parcial provimento ao recurso da ré. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da R. Sentença, o qual transcrevo:

> O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS ajuizou ação de improbidade em face de F. de A.B.C.
>
> A petição inicial reporta a diversas condutas ilícitas praticadas pelo réu, relacionadas a três ações penais em curso, quando distribuído o feito. Primeiramente, o autor narra que no dia 28 de dezembro de 2000 o réu atuou com excesso e desvio de poder, ao violar o domicílio e lesar o pa-

trimônio de C.A.N. Diz que na mencionada data, o réu – acompanhado do advogado M.B.P., agentes policiais e outros quinze indivíduos não identificados – ordenou a derrubada da cerca da Chácara xx do Núcleo Rural do Córrego do Torto, Trecho II, Lago Norte – DF. Além disso, o réu expulsou os moradores da aludida chácara, recusando-se a tomar conhecimento da tutela cautelar concedida pelo juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública, em ação de manutenção de posse. Ressalta que a operação policial foi realizada sem apoio em decisão judicial. Acrescenta que em procedimento de escuta telefônica, nos dias 26, 27 e 28 de dezembro de 2000, constatou-se que o réu atuava na defesa dos interesses do Condomínio Privê. Nas conversas interceptadas, o réu, por intermédio do advogado, teria solicitado, para si, em razão da sua função, vantagem indevida e promessa de vantagem, consistente no recebimento de lotes do referido condomínio, em troca de proteção a este.

Esses fatos teriam originado a ação penal distribuída à 3ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília, Processo 2002.01.1.046984-0.

Aludindo aos fatos de outra ação penal, Processo 2002.03.1.012233-5, em curso na 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia, diz que o réu, no dia 18 de dezembro de 2001, exercendo sua função de delegado de polícia, atentou contra a fé pública, inserindo declaração falsa em documento dirigido à justiça, no caso, o Ofício 746, da 24ª Delegacia de Polícia, endereçado ao juízo do 3º Juizado Especial Criminal, com a finalidade de prejudicar direito e alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, qual seja: que um veículo objeto de roubo se encontrava sob sua custódia.

Reporta, ainda, a uma terceira ação penal, Processo 2001.03.001412-5, da 1ª Vara Criminal de Ceilândia, cuja denúncia acusa o réu de valer-se da qualidade de delegado-chefe da 19ª Delegacia de Polícia naquela cidade satélite, no ano 1999, para ceder uma arma de fogo (escopeta) de uso restrito a pessoa não autorizada para portá-la. Também consta da referida denúncia que o réu teria deixado de praticar atos de ofício para satisfação de interesse pessoal, ao permitir o consumo de substâncias entorpecentes na carceragem da delegacia mencionada.

Entende que o agente público praticou atos de improbidade administrativa, descritos no artigo 9º, inciso I e no artigo 11, incisos I e II, ambos da Lei 8.429/1992. Salienta, no que diz respeito às condutas capituladas no artigo 11 do referido diploma legal, ser desnecessário que o ato tenha sido cometido em serviço ou que tenha qualquer relação com ele.

Requer a notificação e posterior citação do réu. Em antecipação da tutela, pede que o réu seja imediatamente afastado das funções públicas exercidas. Como provimento definitivo, pede a condenação do réu nas sanções do artigo 12 da Lei 8.429/1992, mediante: a perda da função pública; a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; suspensão dos direitos políticos por 10 (dez) anos; o pagamento da multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial; a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por 10 (dez) anos. Com a petição inicial, o autor apresentou documentos, que foram juntados por linha, formando cinco volumes, em apenso – certidão de apensamento à fl. 17.

Quando despachada a petição inicial, foi determinada a citação – fl. 18. Em atendimento a essa decisão, o réu foi citado (fls. 21/22). O réu apresentou defesa preliminar às fls. 24/60, com documentos, juntados às fls. 61/77.

Refuta a competência do Ministério Público para, no âmbito penal e também no administrativo, conduzir a investigação dos fatos, apoiado em precedentes do Supremo Tribunal Federal versando sobre o controle externo da atividade policial.

Aponta irregularidades no inquérito, afirmando que não poderia ser alvo das escutas telefônicas, uma vez que a ordem judicial se referia apenas a M.B.P. Discorre sobre a nulidade da prova obtida por meio da escuta telefônica, enfatizando se tratar de encontro fortuito. Além disso, se insurge porque foi obstado o acesso aos autos do aludido procedimento investigativo, de modo que sofreu cerceamento de defesa. Quanto aos fatos, nega contrariedade à lei, em todas as situações narradas na exordial.

Sobre o suposto abuso de autoridade exercido na residência de C.A.N., relaciona o evento ao atendimento da Ocorrência 1618/2000-0, de 21/12/2000,

da 9ª Delegacia de Polícia do Lago Norte, registrada por L.F.B. contra A.A. de S., versando sobre ameaça mediante uso de arma.

Destaca que o mesmo fato já tinha sido objeto do Inquérito 7/2001, arquivado a requerimento do Ministério Público, em 19/3/2002, de modo que não é lícito o prosseguimento das investigações sem provas novas. Salienta que trabalhou na 9ª Delegacia de Polícia apenas no período de 27/10/2000 a 4/1/2001, na condição de delegado plantonista, sendo que nunca presidiu inquérito ou qualquer investigação envolvendo o Condomínio Privê, logo, não poderia beneficiá-lo. Acrescenta que não possuiu imóvel no mencionado loteamento.

Ademais, menciona que, equivocadamente, a denúncia da ação penal refere à data da derrubada da cerca no dia 28/12/2000, quando, na verdade, o fato aconteceu no dia 21/12/2000.

Acerca do veículo roubado, assegura que não se encontrava na delegacia, no momento em que E.B. de P. compareceu ao local, pois já havia sido retirado por A.U.G.B., mediante apresentação dos documentos pertinentes. O fato teria sido confirmado pelo delegado de polícia F.B.F., em juízo, bem como pelo próprio A.U. Menciona que, nas alegações finais, o Ministério Público requereu a sua absolvição, na ação penal.

No que diz respeito à acusação de prevaricação (relacionada ao uso de drogas por detentos e arma por pessoa não autorizada na delegacia), argumenta que a prova testemunhal produzida no juízo criminal demonstrou a inconsistência da denúncia.

O réu juntou documentos às fls. 80/84.

Manifestação do Ministério Público às fls. 86/90.

Tendo sido admitido o curso da ação de improbidade (fl. 91), foi determinada a citação da parte ré.

Citado pessoalmente (fl. 95), o réu ratificou os termos da defesa preliminar (fls. 97/8) e juntou documento (fl. 99).

Réplica às fls. 101/102.

O Distrito Federal foi citado (fl. 283) e adotou posição de neutralidade no feito (fl. 298).

As partes foram intimadas para indicar outras provas (fl. 103)

Novos documentos foram juntados por ambas as partes. O autor acrescentou documentos às fls. 108/160, fls. 227/252, fls. 309/368; fls. 376/494, fls. 510/512, fls. 535/601 e fls. 995/1007. O réu, por sua vez, também trouxe novos documentos, às fls. 162/225, fls. 254/274, fls. 285/298 e fls. 628/636.

Decisão proferida à fl. 679, determinando o desentranhamento de petição e documento relacionado a endereço de testemunha, para serem mantidos sob segredo de justiça.

Por determinação do juízo, foram juntados documentos às fls. 692/695, referentes ao Processo 12.575-3/2000, ação de manutenção de posse movida por C.A.N..

Em resposta à solicitação do juízo, a 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia enviou os documentos juntados às fls. 860/968. Autor e réu manifestaram interesse na produção de prova oral (fls. 104/105; fl. 254). Proferida decisão deferindo a produção da prova testemunhal (fls. 496/497).

Em razão do número de testemunhas arroladas, a audiência de instrução foi iniciada em 12/7/2007 (fls. 607/613), prosseguiu aos 13/11/2007 (fls. 715/724), 6/11/2008 (fls. 786/796), 26/9/2011 (fls. 1079/1083) e foi encerrada em 27/12/2012 (fls. 1135/1137).

Indeferidos requerimentos do réu, com vistas à prática de atos cartorários para localização de algumas das testemunhas arroladas (fls. 1025/1028; fl. 1099). O réu interpôs agravo contra as decisões, na forma retida (fls. 1031/1036; fls. 1103/1108). Apresentadas contrarrazões (fls. 1040/1043; fls. 1114/1117). Não houve retratação (fl. 1044; fl. 1118)

As partes ofertaram alegações finais, na forma de memoriais, às fls. 1145/1182 e fls. 1187/1193.

Atendendo requisição do juízo, a Polícia Civil do Distrito Federal informou que o delegado de polícia F. de A.B.C. "foi aposentado em 6/7/2006 (fl. 1095)." (fls. 1195/1198)

Acrescento que a R. Sentença julgou procedente o pedido, com o seguinte dispositivo:

> Assim, diante dos argumentos expostos, julgo PROCEDENTE o pedido, com fulcro no artigo 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa, para:
>
> 1) SUSPENDER OS DIREITOS POLÍTICOS do réu pelo prazo de quatro anos;
>
> 2) CONDENAR o réu ao pagamento de MULTA CIVIL, no valor de 10 (dez) vezes o valor da remuneração atualmente percebida;
>
> 3) PROIBIR o réu de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> Declaro resolvido o mérito da demanda, na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.
>
> Condeno o réu ao pagamento das custas processuais. Sem honorários advocatícios.
>
> Em atenção à manifestação de fls. 86/87, e observando o disposto no art. 17, §2º da Lei 8.429/92, fica o Distrito Federal intimado quanto ao teor da presente sentença, na pessoa do Procurador subscritor da referida petição, mediante a publicação.
>
> Oficie-se ao Tribunal Superior Eleitoral, enviando cópia da presente sentença.
>
> Após o trânsito em julgado, caso não haja outros requerimentos, dê-se baixa e arquivem-se os autos." (fl.1217/1218)

Recorreram o réu e o autor.

Em seu recurso, o réu objetiva a reforma da sentença. Inicialmente, requer a análise do agravo retido interposto às fls. 1031/1036. Ainda em preliminar, suscita a inépcia da inicial, porquanto a ação civil pública foi proposta baseada em fatos que estão sendo objeto de ações penais sem trânsito em julgado. No mérito, o réu sustenta que não ficou demonstrada prática de atos de improbidade administrativa. Aduz que a ação penal em que se discutia o recebimento de vantagem indevida, não houve comprovação de que tenha praticado qualquer ato na condição de delegado com o objetivo de beneficiar terceiro, tampouco que tenha recebido vantagem indevida.

Por sua vez, quanto ao fato de conferir a terceiro, atribuição típica de policial, afirma que foi absolvido na instância criminal por não ter sido comprovada a existência dos fatos. Assevera, também, que não houve menção dessa conduta na petição inicial e que a condenação por fato que não faz parte da causa de pedir se mostra incabível, porquanto ausente o contraditório. (fls. 1222/1237)

Preparo à fl. 1239.

Por sua vez, o Ministério Público, em sua apelação, requer, tão somente, a reforma da sentença no se refere à penalidade imposta ao réu. Pleiteia a condenação do réu a perda do cargo público de Delegado da Polícia Civil do DF e como efeito secundário a cassação da aposentadoria que somente se efetivou após a propositura da presente ação de improbidade administrativa. (fls. 1259/1269)

Sem preparo, em razão da isenção legal.

Em complemento ao relatório de fls. 1306/1310, acrescento que às fls. 1312/1326, o réu juntou petição informando sobre a decretação da extinção da punibilidade em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão executória em relação à pena fixada no processo 20020110469840.

É o relatório.

VOTOS

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto tanto pelo réu, F. DE A.B.C., quanto pelo autor, MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL, contra r. sentença proferida pelo MM. Juízo 01ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal que, em ação de improbidade administrativa, julgou procedente o pedido inicial com fulcro no artigo 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa, para: 1) suspender os direitos políticos do réu pelo prazo de quatro anos; 2) condenar o réu ao pagamento de multa civil, no valor de 10 (dez) vezes o valor da remuneração atualmente percebida, e; 3) proibir o réu de contratar com o Poder Público ou receber benefícios

ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Passo a analisar o recurso do réu.

DO AGRAVO RETIDO

Em seu apelo, o réu pede, em preliminar, o provimento do **Agravo Retido** interposto em vista do indeferimento da intimação das testemunhas de defesa, M.A. dos S.L. e V.L. dos S.M., por meio de pesquisa no INFO-JUD, Receita Federal, COTRAN, DETRAN, CEB, CAESB e outros.

Julgo não lhe assistir razão, porquanto não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento da lide sem a oitiva das testemunhas elencadas.

Em nenhum momento se impediu que o réu produzisse as provas cabíveis para a sua defesa. O Judiciário não pode servir como órgão de pesquisa para a localização de testemunhas. Se o réu considerava a oitiva das referidas testemunhas importante para a sua defesa, deveria, ter envidado esforços na sua localização e não, simplesmente, transferir ao Judiciário tal incumbência.

Assim, se não demonstrou, que realizou esforços para localização das testemunhas de defesa M.A. dos S.L. e V.L. dos S.M., presume-se as referidas testemunhas deixaram de ser interessantes à sua defesa, não podendo se alegar cerceamento de defesa, quando não houve qualquer impedimento para que ela se realizasse.

Desse modo, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa e nego provimento ao agravo retido.

DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

Segundo narra o réu/apelante, a inicial seria inepta porquanto não seria possível propor a presente ação civil pública para averiguação de atos de improbidade administrativa sem que antes houvesse decisão definitiva nas ações penais relativas aos mesmos fatos.

São requisitos gerais da petição inicial, nos termos do art. 282 e 283, do CPC:

> Art. 282. A petição inicial indicará:
>
> I – o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
>
> II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
>
> III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
>
> IV – o pedido, com as suas especificações;
>
> V – o valor da causa;
>
> VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
>
> VII – o requerimento para a citação do réu.
>
> Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Por sua vez, no art. 17 da LIA estão previstos como requisitos especiais: a intimação obrigatória da entidade prejudicada pelo ilícito, demonstração de indícios, pedido de notificação do requerido e indicação da entidade lesada.

De outro lado, a inépcia da inicial ocorre nos casos expressos no §único do art. 295, vejamos:

> Parágrafo único: Considera-se inepta a petição inicial quando:
>
> I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;
>
> II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
>
> III – o pedido for juridicamente impossível;
>
> IV – contiver pedidos incompatíveis entre si .

No caso, conforme se extrai da referida peça, o Ministério Público cumpriu com todos os requisitos necessários da petição inicial, não incorrendo em qualquer dos casos de inépcia da inicial.

Induvidoso, portanto, que o Ministério Público atentou para os requisitos formais da petição inicial, não estando configurada a inépcia da peça inicial.

DO MÉRITO

No mérito, o réu sustenta que não ficou demonstrada prática de atos de improbidade administrativa. Aduz que a ação penal em que se discutia o recebimento de vantagem indevida, não houve comprovação de que tenha praticado qualquer ato na condição de delegado com o objetivo de beneficiar terceiro, tampouco que tenha recebido vantagem indevida. Por sua vez, quanto ao fato de conferir à terceiro, atribuição típica de policial, afirma que foi absolvido na instância criminal por não ter sido comprovada a existência dos fatos. Assevera, também, que não houve menção dessa conduta na petição inicial e que a condenação por fato que não faz parte da causa de pedir se mostra incabível, porquanto ausente o contraditório.

Segundo narra a inicial, ao réu foi imputado à prática de atos de improbidade capitulados no inciso I do art. 9º e nos incisos I e II do art. 11, da Lei 8.429/1992, sendo os fatos narrados objetos de três ações penais. O primeiro fato narrado diz respeito à ação penal 2002.01.1.046984-0, na qual se investigava o cometimento pelo réu de invasão de domicílio e de patrimônio de terceiro possuidor de lote no Condomínio Privê, bem como solicitação e recebimento de vantagem indevida para beneficiar o referido condomínio. O segundo fato narrado, por sua vez, refere-se à ação penal de 2002.03.1.012233-5 na qual o réu foi acusado de atentar contra a fé pública, porquanto teria inserido declarações falsas em documento encaminhado a justiça com o fim de prejudicar terceiros e alterar a verdade sobre fatos juridicamente relevantes. Já o terceiro fato, diz respeito à ação penal 2001.03.1.001412-5 em que o réu era acusado de ceder arma de fogo de uso restrito à pessoa não autorizada a portá-la, bem como de deixar de praticar atos de ofício por ter autorizado o uso de substâncias entorpecentes na carceragem da delegacia em que atuava como Delegado.

É certo que, no que diz respeito à prática de atos de improbidade administrativa, existe uma relativa independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, de forma que possível a imposição de sanção pelo mesmo fato, nas três instâncias

diferentes. Todavia, deve-se atentar para o fato de que por ser relativa essa independência, quando ficar demonstrado, em outra instância, notadamente, na esfera penal – por ser a esfera que irá analisar mais amplamente a responsabilidade do agente – a inexistência do fato ou for negada a autoria ao agente público acusado pela prática de atos de improbidade, não haverá a possibilidade de sua condenação em nenhuma outra esfera.

Segundo lições de Rogério Pacheco Alves, as instâncias civil,

administrativa e penal são independentes, "No entanto, em sendo julgada a pretensão deduzida na ação penal anteriormente às demais, fará ela coisa julgada nas esferas administrativa e cível sempre que reconhecer: a) ter sido o ato praticado em circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal), (arts. 65 e 386, VI, do CPP); b) a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I, do CPP) c) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, art. 935 do CC de 2002 e art. 1525 do CC de 1916)." (ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 6 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 591)

Sendo assim, havendo absolvição na instância criminal por ser negada a existência do fato ou negada a autoria do crime, com fulcro no art. 386, I, IV e VI, afasta-se, por conseguinte a responsabilidade no âmbito civil e administrativo.

No caso, em relação à primeira ação penal, o réu foi absolvido na esfera penal em relação ao crime de abuso de autoridade, tendo em vista a existência de dúvidas quanto à sua existência, conforme se vê à fl. 249. Entretanto, houve condenação em relação ao crime de corrupção passiva (fl. 249), que transitou em julgado, bem como teve decretada a extinção da punibilidade em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão executória do Estado, conforme informação de fls. 1312/1326.

Quanto às imputações constantes na segunda e na terceira ação penal o réu restou absolvido, na primeira hipótese, por não ter sido enquadrada a conduta do acusado como prática de infração penal, com base no art. 386, III, do CPP (fl. 296) e na segunda, por ausência de provas sobre a ocorrência do fato, com fulcro no art. 386, II e VI, do CPP (fl. 170). Cabe, ainda, consignar, que quanto a essas duas ações penais houve o trânsito em julgado.

Na r. sentença o MM. Juízo "*a quo*" entendeu que em relação aos fatos narrados na inicial relativos à ação penal 2002.01.1.046984-0, notadamente quanto à aceitação da promessa de vantagem econômica (recebimento de lotes do Condomínio Privê), o réu atuou com desvio de finalidade, caracterizando violação ao art. 11, I, da Lei 8.429/1992, porquanto atuou na condição de Delegado da Polícia Civil com a finalidade de atingir fim proibido, qual seja a satisfação de interesses pessoais e a expansão do referido condomínio. Em relação aos fatos objetos da ação penal 2002.03.1.012233-5, consignou que não restou comprovado nos presentes autos a que o réu teria lançado informações inverídicas em documento público, tampouco que tenha agido com dolo para obtenção de outro fim ilícito. Por fim, em relação aos fatos objetos da ação penal 2001.03.1.001412-5, o MM. Juízo "*a quo*" concluiu que a atribuição a terceiro não policial de função típica de policial caracterizou quebra do dever funcional, deslealdade para com a instituição policial, e grave violação à moralidade administrativa.

Em relação à conduta de aceitação de promessa de vantagem econômica (recebimento de lotes do Condomínio Privê), descrita na ação penal 2002.01.1.046984-0, ainda que o apelante/réu alegue que nunca presidiu o inquérito ou qualquer investigação envolvendo o Condomínio Privê, certo é que ficou devidamente demonstrado, tanto na instância penal, quanto nos presentes autos, que conseguiu se valer de sua função pública para intimidar as pessoas envolvidas em conflito no Condomínio Privê, bem como que aceitou a promessa feita pelo advogado M.B.P. de receber vantagem econômica para atuar em benefício do referido condomínio.

Confira-se a propósito o que restou consignado na r. sentença:

> (...) Os depoimentos colhidos em juízo foram um harmônico conjunto, que aponta para a atuação do réu fora dos limites da sua competência, promovendo interesse particular.
>
> Na audiência de instrução, o possuidor da chácara no Condomínio Privê do Lago Norte cuja cerca foi derrubada, C.A.N., afirmou que estava trabalhando (na Câmara Federal) quando recebeu a notícia de que pessoas estavam no seu lote para derrubada da cerca e, ao chegar ao local estavam presentes dois agentes de polícia, o Dr. M.B., a administradora do "condomínio" e outras pessoas, desconhecidas (fl. 216).

Segundo a testemunha:

"(...) que estas pessoas foram até a chácara do depoente para derrubar a cerca; que estas pessoas não apresentaram nenhuma autorização judicial para derrubar a cerca; (...) que o réu falou que estava fazendo a apuração de um crime de ameaça; que, segundo o réu, o depoente tinha ameaçado a síndica do Condomínio Privê do Lago Norte; que o depoente não fez nenhuma ameaça à síndica; que não houve nenhuma apuração em polícia ou em juízo sobre o alegado crime de ameaça; que a cerca da chácara do depoente foi derrubada; que cerca de 130 metros de cerca da chácara do depoente foram derrubados; (...); que o depoente tinha em mãos uma decisão judicial oriunda do Juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública; que esta decisão era uma decisão de manutenção de posse; que esta decisão foi mostrada para o réu e para as outras pessoas que o acompanhavam; que o réu falou para o depoente que a decisão judicial não valia para aquele caso, pois era contra o Distrito Federal; que os fatos acima narrados aconteceram por volta das 01h da tarde; que as discussões no local duraram cerca de 20 minutos; que o depoente saiu em seu próprio carro e seu advogado acompanhando o depoente até a delegacia; (...) que em delegacia, o DR. B. falou para o depoente que estava intermediando um acordo entre o depoente e a D. L.; que este acordo consistia em o depoente entregar a chácara para o condomínio e receber 03 (três) lotes; que o depoente não aceitou o acordo proposto; que o réu falou para o depoente que estava apurando um crime de ameaça e que era melhor formular um acordo; que o depoente não aceitou o acordo; que a cerca da chácara do depoente foi derrubada quando este se encontrava em delegacia; que antes de ir para a delegacia, o pessoal que acompanhava D. L. iniciou a derrubada da cerca; que assim que a cerca foi derrubada, no local foram erguidas cercas com lotes de 800 metros; (...)"

O advogado M.A.G.R. prestou depoimento compromissado, ocasião em que afirmou o seguinte – fls. 610/611:

"que era advogado no ano de 2000 de alguns chacareiros do Núcleo Rural Córrego do Torto; que foi contratado pelos chacareiros porque o Condomínio Privê estava turbando a posse dos mesmos já havia alguns anos; que conseguiu uma liminar numa vara cível do Plano Piloto, para que o Con-

domínio Privê não turbasse a posse do chacareiro C.; que em meados de 2000, o seu cliente C. lhe telefonou, na parte da manhã, e disse que o Dr. B., advogado do Condomínio Privê, e o Dr. C. estavam em sua chácara (do C.); (...) que chegou ao local e constatou que lá estavam o Dr. C. e as demais pessoas; que conversou com o Dr. C. e o Dr. B., de posse da liminar, e disse que eles não poderiam turbar a posse do Sr. C., porque havia uma decisão judicial; que ambos disseram que isso não valia nada, que não tinha nada a ver e que iriam derrubar a cerca; que o Dr. B. se dirigiu ao Dr. C., perguntando: 'Dr. C., posso derrubar?', ao que o Dr. C. respondeu: 'pode'; que a Sra L. determinou aos empregados que derrubassem a cerca; que os empregados começaram a derrubar a cerca; que por determinação do Dr. C., o depoente e C. foram à delegacia; que também foram à delegacia o Dr. B. e a Sra L.; que na delegacia nada se resolveu; que o Dr. C. não quis ver a liminar, em razão do que foram embora; (...)"

No mesmo contexto, a testemunha A.R.R.F. afirmou em juízo que – fls. 612/613:

"que no ano 2000, morava no Núcleo Rural do Córrego do Torto; que entre a chácara de C. e a do depoente medeavam 04 chácaras; que viu uma movimentação anormal de veículos e pessoas nas proximidades da chácara do C.; que se aproximou da chácara; que havia um entrevero bastante acalorado entre o Advogado M.A.G., o Advogado B. e o Réu; que eles discutiam sobre a derrubada ou não de uma cerca existente no local; que um afirmava que ia derrubar, que o outro afirmava que não, apresentando uma liminar e acenava com um papel; (...) que havia 01 viatura da polícia civil no local; (...); que havia um interesse na expansão da Quadra 03; que a área do C. era muito grande e havia interesse em lotear o local, mas C. afirmava que a área era rural e que não poderia ser loteada"; (...) "que a Quadra 03 a que se refere é a do Condomínio Privê do Lago Norte; que houve um questionamento ao Dr. B. se era pra derrubar a cerca; que a cerca foi derrubada; que o Réu estava discutindo com o DR. M.A. sobre a derrubada da cerca; que o Réu dizia que a cerca seria derrubada; (...); que outros chacareiros diziam que quando solicitavam intervenção da 9ª DP ela não intervinha, mas, havia uma pronta intervenção quando a solicitação era feita pelo Condomínio Privê;"

Todavia, cumpre salientar que não há prova de que o réu tenha promovido a retirada da família do chacareiro do local. Conforme o relato de V.L. dos A.M. (companheira de C.) à Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, documentado à fl. 64 dos autos apensados por linha (Docs. 46984-0), a demolição de sua casa aconteceu em outra data, 2/2/2001, por fiscais da Administração do Lago Norte. A desvinculação do réu a esse fato específico não significa que gozam de juridicidade os atos praticados pelo réu na ocasião da derrubada da cerca, em 21/12/2000.

De igual modo, cabe registrar que os policiais que acompanhavam o réu na ocasião NÃO PRESENCIARAM a ordem de derrubada da cerca, o que não significa que o fato não ocorreu. No ponto, remeto aos testemunhos de G.J.N. (fl. 1022) e A.J.A.C. – fls. 1082/1083. Ambos trabalhavam com o réu na época do fato e foram por ele convocados para comparecer ao local da ocorrência.

Destaco os seguintes trechos do depoimento de G.J.N. (fl. 1022):

"(...) que o depoente esteve no local mencionado na ação penal 1 à fl. 3 da petição inicial; (...) que quando o depoente chegou no local, existia uma cerca que estava sendo feita no local; que o depoente não presenciou nenhuma cerca ser derrubada no local; que antes do depoente chegar ao local do fato, outra equipe policial já tinha estado ali, e, em razão dos desentendimentos entre o morador da chácara e a pessoa que foi reclamar na Nona DP; que estas partes foram convidadas a irem à Delegacia; que o depoente não sabe o resultado dos fatos em Delegacia, pois teve que ir trabalhar; (...) que o depoente não presenciou nenhuma ordem do Réu para derrubada da cerca; que o pessoal que se dizia morador da chácara não foi retirado do local."

Em complemento, o testemunho de A.J.A.C. – fls. 1082/1083:

"que trabalhou com o réu na Delegacia de Polícia do Lago Norte, no final da década de 1990; que se recorda da primeira ocorrência, de ter recebido em Delegacia uma denúncia de ameaça, por fato ocorrido em um lote no Condomínio Privê; que o réu chamou o depoente e mais um ou dois agentes de polícia, não se recordando o depoente quem eram estes agentes, e foram até o local; que o local da ameaça era dentro do Condomínio Privê; que trou-

xeram o suspeito de ameaça até a Delegacia; que o depoente não sabe se foi lavrada ocorrência policial; (...) que o advogado M.B. ia frequentemente à Delegacia; que, quando esteve no lote do Condomínio Privê para a ocorrência de ameaça, não foi mostrada ao depoente nenhuma ordem judicial; (...) não sabe informar se teve alguma ocorrência de derrubada de cerca específica do Condomínio Privê; (...) que não sabe informar a razão pela qual o réu se deslocou juntamente com a equipe de agentes da polícia até o local da ocorrência da ameaça, no Condomínio Privê; (...)"

Os depoimentos dos agentes de polícia, no tocante ao desconhecimento da derrubada da cerca e da autoria da ordem não causa perplexidade. Os referidos policiais não permaneceram no local até o momento em que derrubada a cerca, mas se retiraram para a delegacia. Nesta, os policiais não trataram do assunto relacionado à ocorrência de ameaça registrada por L.B., pois as conversas ficaram restritas aos particulares envolvidos, o delegado e o advogado.

Os demais depoimentos colhidos confirmam que o réu não se limitou a comparecer ao local para averiguar o objeto da ocorrência policial, a suposta ameaça de que fora vítima a senhora L.F.B..

Evidentemente, a ocorrência policial foi apenas um pretexto para justificar o comparecimento do réu na chácara. Porém, chegando ao lugar do noticiado crime, em manifesto excesso no exercício da função pública, o réu interferiu na disputa possessória entre o chacareiro e o "condomínio", ao determinar a derrubada da cerca que delimitava a área ocupada. Tal atitude está contaminada pelo desvirtuamento da finalidade pública.

A interferência no conflito possessório, no contexto aludido, foi uma atitude totalmente desconectada da atuação oficial do réu. Se realmente o réu estivesse no local apenas para apuração de ocorrência de crime de ameaça mediante o uso de arma, bastariam os atos de apreensão de objetos e encaminhamento das pessoas envolvidas à delegacia. Tais medidas seriam suficientes e adequadas ao atendimento da finalidade pública exercida por um delegado de polícia diante da notícia do cometimento do crime de ameaça. Porém, o réu determinou a derrubada da cerca, adotando posição ativa em favor de uma das partes envolvidas em um conflito

possessório, e, posteriormente, sugeriu ao possuidor que fizesse um acordo com a parte contrária.

A respeito da decisão da 7ª Vara da Fazenda Pública em ação de manutenção de posse, em que pese ter sido proferida contra o Distrito Federal (cópia dos documentos relacionados ao processo às fls. 693/695) e não contra o Condomínio Privê, tal circunstância de modo algum deveria servir como fundamento para que o réu determinasse a derrubada da cerca no terreno litigioso. Como já afirmado, não caberia ao delegado de polícia adotar qualquer medida no conflito possessório, porquanto não estava investido de competência para isso, lembrando que todos os atos do réu foram praticados sem apoio em decisão judicial.

A explicação para o comportamento do réu está na prova documental, que demonstra, fartamente, o seu envolvimento nos assuntos de interesse do Condomínio Privê, que era um loteamento irregular, administrado por L.F.B.. Esta tinha ligação com o advogado M.B., que intermediava os contatos com o réu.

A degravação das escutas telefônicas obtidas em investigação criminal, juntadas por linha aos autos, revela detalhes das negociações feitas por intermédio do advogado M.B., nas quais se mencionava o pagamento pelos "serviços" do réu mediante a entrega de lotes, frações do ilegal parcelamento do solo que expandia na localidade em que situada a chácara cuja cerca foi derrubada.

O teor das conversas interceptadas revela o propósito do réu de usar a força do cargo para favorecer interesses particulares em troca da vantagem econômica. Nas referidas conversas, o delegado e o advogado fazem acertos sobre o proveito econômico e planejam o cenário para a atuação do agente público em favor do "condomínio". Reporto ao seguinte trecho da conversa entre o advogado e o réu – fls. 1140/1143, autos juntados por linha, Proc. 48.692-0, volume II:

(...) C. – E eu vi, quando eu passei por lá, eu vi um cara com uma picareta e uma alavanca, do lado daquela entrada. Ali, sabe onde que é...

B. – Mas é o seguinte: Foram... foi... mas isso aí é bom a gente acusar eles (...)

C. – (...) aquele pessoal do Varjão.

B. – Num é não, eu acho que foi mando deles, sabe por quê?

C. – Hum.

B. – Porque eles tão com raiva porque pegaram o TC e eles, prá se vingar... isso... se a gente fizer um inquérito provando que...

C. – Não, vamo fazê, vamo fazê o dano. Tá lá... tá derrubado lá?

B. – Derrubaram, isso aí já é uma prova de que eles tão depredando...

C. – (**)

B. – ... pra pegar liminar vai ser bom.

C. – Beleza. Então nós vamo fazê o seguinte...

B. – Nós vamo dizer que eles são suspeito, porque eles são suspeito, mesmo.

C. – Vamo botá como suspeito. Então é o seguinte: é... duas horas nós vamo fazê essa ocorrência.

B. – HUNRRUM.

C. – Eu vou pegar um ranguinho aí, quando for duas horas eu queria que tu me ligasse. Aí eu ligo pra delegacia e vou mandar a delegacia fazer a ocorrência e lá... é no primeiro?

B. – É no Privê I.

C. – No primeiro, da guarita, a primeira guarita, né?

B. – É.

C. – Então ta. E fazer... mas eu preciso da L. pra fazer a ocorrência.

B. – Ela tá lá... fazer a ocorrência, cê procura ela, ela faz a ocorrência.

C. – É, mas quando for duas horas tu me liga porque eu vou dizer quem ela vai procurar.

B. – Isso. Aí faz uma ocorrência, aí o que acontece, aí pega uma cópia da ocorrência...

C. – Perícia.

B. – Já fica mais fácil dizer que eles tão turbando a posse, já tá provado a turbação.

C. – Perícia e tudo. Agora, outra coisa: ela já assinou aquele documento lá dos lotes?

B. – Ainda não.

C. – Ah, põe no papel, moço, aquela porra.

B. – Nas isso aí (***) aperta ela que ela tá na nossa mão. Aperta ela prá ela mandar assinar logo isso porque eles tão ainda com negócio de reunir conselho, num quer saber...

C. – Aquilo é cum... aquilo é conversa, sabe por quê?

B. – Hã.

C. – Em nossos lote tem que tá juntinho prá poder... a gente vendê...é...

B. – É, se a gente num der... ó, aquilo ali é o seguinte: ela disse que ia vender um, já tá vendendo um lá por vinte e cinco.

C. – É, mas aquilo...

B. – Quer dizer, aquilo lá é filé na mão, é igual vender (...) do que pão em feira, rapaz.

C. – É, mas eu vou querer depois... eu vou querer é prá, prá campanha, moço. Eu vou querer o meu prá campanha.

B. – Sim, mas rapaz, hoje em dia ninguém pode injeitar não, rapaz.

C. – Pode não.

B. – Dinheiro não cai do céu. Doido é aquele que rasga dinheiro. Ninguém...

C. – E num faz mal a ninguém, não.

B. – Não, não. Ou então esse negócio... tem que apertar ela quando ela for lá 'olha, passa o lote pros advogado senão num tem fala'.

C. – É verdade.

B. – Senão num tem fala, porque eles tão trabalhando, tão, tão agindo aí, já tão entrando... eu quero uma cópia dessa ocorrência de que eles foram lá, eles são suspeito, que já foram processado por ameaça, eles já vinham ameaçando matá ela, derrubá tudo e, agora, se concretizou.

C. – Pede a ela me ligar, duas horas.

B. – Falou.

(...)

B. – E eles são com... toda a conversa... são eles que tão em litígio, eles são suspeito. Outro num ia depredar, prá que?

C. – É verdade.

B. – Eles são suspeito. É o C. é o suspeito.

C. – É verdade, meter o C.. Vem cá..."

Na sequência, a conversa entre o advogado M.B. e a "síndica" L., acertando os detalhes do registro da ocorrência policial – fls. 1144/1147, autos juntados por linha, Proc. 48.692-0, volume II. Merece destaque o trecho adiante transcrito:

B. – L., é o seguinte: eu conversei, agora, com o delegado...

L. – Anh?

B. – Ele qué que você vá lá du... vá lá na delegacia fazê ocorrência de ...que destruíram aí a entrada do condomínio, entendeu?

L. – Certo.

B. – E a suspeita recai sobre o C., porque só pó... ele já te ameaçô a semana passada e agora foi lá e derrubo... é... pa te provocá, derrubo. Aí, então nós temo que dá um jeito de tirá ele de ci... deixá ele preso, entendeu? Pren-

der ele, porque aí a gente acaba com ele. Porque aí, eu com a cópia dessa ocorrência do crime de dano, vai ficá muito bom pa pegá liminar, entendeu?

(...)

B. – Você vai registrá ocorrência, diz que foi derrubado... cê vai falá o seguinte: que você vinha sendo ameaçado pelo C., que já fez ocorrência contra ele e que essa madrugada foi derrubado o muro aí da entrada.

(...)

B. – A polícia que tá achando. E duas hora pa você... ele qué que cê teja lá duas hora e você procurá a pessoa certa, lá na Nona DP pa fazê a ocorrência, porque aí eu vô entrá com Interdito, com u'a... com u'a ação, certo? Aí com esse negócio da derrubada do muro, fotografia, tudo, a gente pega a liminar na...

(...)

L. – Então eu registro a queixa, agora às duas horas?"

A prova documental indica que o réu manifestou o intuito de obter os lotes no Condomínio Privê do Lago Norte, inclusive porque pretendia destiná-los à campanha política em curso – à época, o réu era candidato a deputado distrital. Como ficou demonstrado nas conversas interceptadas, o interesse do "Condomínio" era a expansão do parcelamento irregular do solo, que encontrava obstáculo nas disputas possessórias no local. O advogado ajuizou ações em favor do "Condomínio" e intermediou o contato entre este e o delegado réu.

Juntamente com o advogado M.B., o réu planejou a simulação da situação de flagrância de cometimento de delito pelo possuidor C. e seus empregados, na área disputada. Os detalhes foram acertados por telefone, inclusive no que diz respeito ao comparecimento da "síndica" à delegacia, no horário pré-determinado, para registrar ocorrência policial. Assim, ainda que o réu não tenha presidido inquérito relacionado ao Condomínio Privê, enquanto trabalhou na 9ª Delegacia de Polícia, certo é que ele conseguiu se valer do cargo público para intimidar as pessoas que estavam em conflito com a

administradora do loteamento, que estava sendo promovido totalmente à margem da legalidade.

Cumpre consignar que no juízo criminal reputou ocorrente a aceitação da promessa de vantagem econômica (recebimento dos lotes do Condomínio Privê), pelo réu (cópia da sentença às fls. 228/252). Naquele juízo apenas não foi apreciado o fato de ter sido derrubada a cerca, pois o próprio Ministério Público requereu a absolvição por falta de provas – fl. 243: "Nos dizeres do Ministério Público,

"inexistem elementos mínimos a ensejar um decreto condenatório em favor dos réus F. DE A.B.C. e M.B.P., mormente se considerando que a degravação da interceptação telefônica contida nos autos em anexo não trazem qualquer notícia concreta da noticiada derrubada, razão pela qual oficia o Ministério Público pela ABSOLVIÇÃO no que tange ao crime de abuso de autoridade (arts. 3º, alínea "b", e 4º, alínea "h", ambos da Lei 4.898/65). Desse modo, registro que os réus serão absolvidos quanto à imputação relativa ao crime de ABUSO DE AUTORIDADE."

Entretanto, na instrução da ação de improbidade ora submetida a julgamento, a prova oral deixou claro que o réu, enquanto esperava o recebimento de fração no ilegal parcelamento do solo, efetivamente, atuou em favor da administradora do "condomínio". A sua presença na chácara de C.A.N., interferindo no conflito possessório entre este e o Condomínio Privê do Lago Norte foi determinante para a derrubada da cerca e, por conseguinte, para a obtenção do propósito expansionista do loteamento irregular.

Note-se que a consistência dos depoimentos colhidos em audiência mantém-se, quando comparados aos que foram prestados pelas mesmas pessoas, e também por outras, perante a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal (fls. 45/68, autos juntados por linha sob a descrição Docs. 46948-0).

Portanto, há provas bastantes da atuação do réu, em manifesto desvio de finalidade, em favor do Condomínio Privê, com o propósito de obter vantagem econômica. (...) (fls. 1201/1208)

Com isso, tenho que a conduta do Réu/Apelante amoldou-se ao art. 11, I, da Lei 8.429/92, uma vez que, atuou com desvio de finalidade, porquanto atuou na condição de Delegado da Polícia Civil com a finalidade de atingir fim proibido, qual seja a satisfação de interesses pessoais e a expansão do referido condomínio.

Confira-se a redação do dispositivo mencionado, *in verbis*:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

Configurada está, portanto, a prática de ato de improbidade administrativa, ante a gravidade das condutas perpetradas pelo Réu/Apelante, que importaram violação a princípios e regras que regem a atividade estatal e à probidade que deve nortear a atuação do administrador público.

Cabe ressaltar, ainda, que a despeito de ter ocorrido o reconhecimento da prescrição da pretensão executória do Estado com relação à pena aplicada ao crime de corrupção passiva, que ora se apura em sede da presente ação de improbidade, não há como ter influência nesta ação, porquanto, como já dito alhures existe independência entre as instâncias. Dessa forma, o reconhecimento da prescrição da pretensão executória não influencia na condenação civil, como pretende fazer crer o réu com a petição de fls. 1312/1326.

Contudo, no que tange as condutas imputadas como ímprobas constantes na terceira ação penal, qual seja a atribuição a terceiro não autorizado de função típica de policial, tem razão o réu, não podendo permanecer a sua condenação como reconhecida na r. sentença *a quo*.

Isto porque, além de na esfera penal ter sido afastada a prática da ocorrência do ato, com a absolvição do réu, com fulcro no art. 386, II e VI, do CPP (fl. 170), pelo conjunto probatório destes autos, não há elementos suficientes para demonstrar que o réu tenha autorizado, ou mesmo, permitido que terceiro não policial de nome Itamar, utilizasse arma de uso restrito dentro da Delegacia em que atuava

como Delegado-Chefe. A maioria das provas testemunhais foram firmes em afirmar que não viram ou que não souberam de pessoa não autorizada que tenha portado arma dentro da Delegacia (fls. 724, 791/796 e 1136)

Dessa forma, não é possível concluir pela prática de atos de improbidade administrativa consistente na quebra do dever funcional, deslealdade para com a instituição policial, e grave violação à moralidade administrativa pelo réu, razão pela qual afasto a responsabilidade do réu pela conduta descrita na inicial de autorizar ou permitir a utilização de arma de fogo de uso restrito por terceiro não policial.

Quanto à penalidade aplicável ao réu, creio que a incidência do art. 11, I, da Lei 8.429/92 atrai as sanções previstas no art. 12, III, do mesmo diploma legal:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei 12.120, de 2009)
>
> (...)
>
> III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;"

Todavia, em razão do afastamento da conduta relativa a autorizar terceiro não policial a realização de função típica de policial, as sanções devem ser reduzida para o mínimo, quais sejam: 1) a suspensão dos direitos políticos do réu pelo **prazo de três anos**; 2) condenação do réu ao pagamento de **multa civil, no valor de 5 vezes da remuneração** percebida; e 3) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, **pelo prazo de três anos**.

RECURSO DO MP

O Ministério Público, em sua apelação, requer, tão somente, a reforma da sentença no se refere à penalidade imposta ao réu. Pleiteia a condenação do réu a perda do cargo público de Delegado da Polícia Civil do DF e como efeito secundário a cassação da aposentadoria que somente se efetivou após a propositura da presente ação de improbidade administrativa.

Em que pese as alegações do Ministério Público, tenho que a r. sentença não merece reforma, vejamos o seu teor:

> (...) Ocorre que, desde 2006, o réu deixou de desempenhar a função pública, pois se encontra na qualidade de inativo (fl. 1095). A cassação da aposentadoria não é uma das medidas previstas na Lei de Improbidade, de modo que, observando o princípio da legalidade, inviável a aplicação de tal punição.
>
> Ressalto que a aposentadoria do réu se deu posteriormente ao ato ímprobo e ao ajuizamento da ação ora submetida a julgamento. Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o direito subjetivo à aposentadoria não pode ser afetado pela sentença proferida na ação de improbidade. Cito o seguinte precedente:
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. MEDIDA QUE EXTRAPOLA O TÍTULO EXECUTIVO. DESCABIDO EFEITO RETROATIVO DA SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. 1. Cuidam os autos de execução de sentença que condenou o ora recorrente pela prática de improbidade administrativa, especificamente por ter participado, na qualidade de servidor público municipal, de licitações irregulares realizadas em 1994. Foram-lhe cominadas as seguintes sanções: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição temporária de contratar com o Poder Público e multa. 2. O Juízo da execução determinou a cassação da aposentadoria, ao fundamento de que se trata de consequência da perda da função pública municipal. O Tribunal de Justiça, por maioria, manteve a decisão. 3. O direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime jurídico contributivo, e sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada. 4.

> A cassação do referido benefício previdenciário não consta no título executivo nem constitui sanção prevista na Lei 8.429/1992. Ademais, é incontroverso nos autos o fato de que a aposentadoria ocorreu após a conduta ímproba, porém antes do ajuizamento da Ação Civil Pública. 5. A sentença que determina a perda da função pública é condenatória e com efeitos ex nunc, não podendo produzir efeitos retroativos ao *decisum*, tampouco ao ajuizamento da ação que acarretou a sanção. A propósito, nos termos do art. 20 da Lei 8.429/1992, "a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória". 6. Forçosa é a conclusão de que, *in casu*, a cassação da aposentadoria ultrapassa os limites do título executivo, sem prejuízo de seu eventual cabimento como penalidade administrativa disciplinar, com base no estatuto funcional ao qual estiver submetido o recorrente. 7. Recurso Especial provido. (REsp 1186123/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, Dje 04/02/2011) (...) (fls.1216/1217)

Segundo o art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa, nas hipóteses de cometimento de atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública, as sanções a serem impostas ao agente público ímprobo serão de: "ressarcimento integral do dano, se houver, **perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil** de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios**, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos."

Pelo que se pode perceber do referido dispositivo legal acima em que estão previstas as sanções pelo cometimento de atos de improbidade, não há qualquer previsão da penalidade de cassação de aposentadoria, de modo que não é possível retirar esse direito de seu titular sem preceito punitivo expresso.

De outro lado, importa consignar que o direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime jurídico contributivo, ou seja, não é um privilégio, mas um direito incorporado ao patrimônio do agente, que exerceu durante um período uma contraprestação para ter direito ao recebimento do benefício. Sendo assim, a sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso do réu para afastar a responsabilidade pela prática da conduta consubstanciada na atribuição a terceiro de função típica de policial, bem como, com fundamento no art. 12, III, aplicar as sanções de: 1) suspensão dos direitos políticos por três anos; 2) pagamento da multa civil no valor de cinco vezes o valor da remuneração; 3) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Ao recurso do Ministério Público, nego provimento.

É como voto.

Des. Otávio Augusto (Revisor) – Cuida-se de apelações contra sentença que, em ação de improbidade administrativa promovida pelo MPDFT em desfavor de F. de A.B.C., julgou procedente o pedido para suspender os direitos políticos do réu pelo período de 04 anos, condená-lo ao pagamento de multa de 10 vezes o valor da remuneração atualmente percebida e proibi-lo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 anos (fls. 1195/1218).

No apelo de fls. 1222/1237, o réu pleiteia, preliminarmente, o exame do agravo retido interposto às fls. 1031/1063, que desafia a decisão monocrática de fls. 1025/1028, a qual indeferiu o pedido de diligências ao juízo para a respectiva intimação de testemunhas (consultas a órgãos oficiais), bem como do agravo retido apresentado às fls. 1103/1108, interposto contra a decisão interlocutória de fl. 1099, que indeferiu o novo pedido formulado pelo requerido (fls. 1067 e 1085), decisão essa mantida à fl.1118.

Aponta o réu/apelante, ainda, a inépcia da inicial, alegando a impertinência da ação de improbidade, que dependeria de decisões definitivas nas ações penais que versam sobre os mesmos fatos. No mérito, alega que não ficou comprovada a prática dos atos administrativos imputados na inicial.

Conhece-se dos agravos retidos, os quais, no entanto, não merecem provimento.

Com efeito, cabe à parte interessada efetivar todas as diligências possíveis à localização de testemunhas, não cabendo ao Juízo adotar providências nesse sentido se não houve o esgotamento dos meios para tanto. Ainda que seja excepcionalmente

cabível a expedição de ofícios a órgãos públicos para a localização de bens e endereços, o interessado deve demonstrar que efetivou todas as diligências ao seu alcance para lograr êxito em sua busca, o que não restou configurado no caso concreto.

Diante disso, não se vislumbrando a ocorrência do alegado cerceamento de defesa pelo indeferimento das provas requeridas, nega-se provimento aos agravos retidos interpostos pelo réu.

Noutro passo, há independência entre as esferas penal, civil e administrativa, não subsistindo a alegação recursal de inépcia da inicial da ação de improbidade administrativa, ao argumenta da apuração dos mesmos fatos no juízo criminal, o que somente refletiria na presente demanda em caso de reconhecimento, naquele juízo, da inexistência do fato ou da negativa da autoria. Sobre o tema, destaca-se o seguinte precedente jurisprudencial:

> IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROLATADA PELO JUÍZO CRIMINAL ACERCA DOS MESMOS FATOS APURADOS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL. INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS INSTÂNCIAS CÍVEL E CRIMINAL.NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA E DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CRIMINAL. REEXAME DE PROVAS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o agravante alega que sua absolvição no juízo criminal acerca dos mesmos fatos versados na ação civil de improbidade administrativa obsta o prosseguimento desta. 2. Diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal, a absolvição no juízo criminal apenas vincula o juízo cível quando reconhecer a inexistência do fato ou atestar não ter sido o increpado seu autor. Nos demais casos, como por exemplo a absolvição por ausência de provas de autoria ou materialidade, ou ainda quando reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição, subsiste a possibilidade de apuração dos fatos na esfera cível. 3. A verificação da existência de sentença absolutória no juízo criminal, e ainda seus fundamentos, demanda reexame de provas, vedado nesta seara recursal, nos termos do Enunciado Sumular 7/STJ, máxime quando o juízo monocrático ainda não se pronunciou sobre o mérito da causa, oportunidade em que poderá conhecer dos argumentos postos pelo agravante. 4. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1160956/PA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 07/05/2012)

No mesmo sentido: EDcl no AgRg no REsp 1288970/MT, SEGUNDA TURMA, DJe 01/06/2012; MS 7.834/DF, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 08/04/2002, p. 127; MS 7.138/DF, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 19/03/2001, p. 74.

Daí porque, em face da independência relativa das esferas penal e civil e, assim, de suposta inépcia da petição inicial, fica rejeitada a preliminar.

Quanto ao mérito, o apelante reporta-se à Ação Penal 2002.01.1.046984-0, referente ao delito de abuso de poder (invasão de domicílio e do patrimônio, data do fato em 28/12/2000), ressaltando que o respectivo inquérito (Proc. 2001.01.1.014110-7, 5ª Vara Criminal) foi arquivado a pedido do Ministério Público.

Sustenta, ademais, que deve ser refutada a alegação de obtenção de vantagem indevida, consistente no recebimento de lotes do Condomínio Privê, por ter, supostamente, dado proteção, como Delegado de Polícia, às ações de expansão do aludido condomínio. Afirma que jamais presidiu inquérito policial ou qualquer investigação envolvendo o Condomínio Privê, tampouco possui algum lote no local.

Acrescenta, noutro passo, que foi absolvido na terceira ação penal (Proc. 2001.03.1.001412-5), tendo em vista que não restou comprovada a existência dos fatos (ceder arma de fogo a pessoa não autorizada a portá-la, omissão da prática de atos de ofício para satisfazer interesse pessoal, omissão quanto a consumo de entorpecentes no interior da carceragem), acrescentando que a sentença atribuiu responsabilização que não integra a causa de pedir.

Verifica-se da inicial que o Ministério Público atribuiu ao réu/apelante condutas que são objeto de três ações penais, a saber: Proc. 2002.01.1.046984-0 (invasão de domicílio e do patrimônio e obtenção de vantagem indevida, consistente no recebimento de lotes do Condomínio Privê); Proc. 2002.03.1.012233-5 (atentar contra a fé pública ao inserir declarações falsas em documento, com o fim de alterar a verdade dos fatos); e Proc. 2001.03.1.001412-5 (cessão de arma de fogo a pessoa não autorizada a portá-la e omissão na prática de atos de ofício como Delegado de Polícia, referente a uso de substâncias entorpecentes no interior da carceragem).

A r. sentença de fls. 1195/1218 concluiu pela comprovação do ato de improbidade relacionado às atuações do réu em favor do Condomínio Privê, com o propósito de obter vantagem econômica, e pela atribuição, a terceiro, de função típica de policial, consistente na vigilância de detentos na carceragem, condutas essas amoldadas ao inciso I do art. 11 da Lei 8429/1992.

A propósito, dispõe o referido diploma legal, no ponto que se mostra relevante no caso concreto:

> Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública
>
> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (...)
>
> As penalidades cabíveis, por sua vez, estão relacionadas no artigo 12, a conferir:
>
> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)
>
> III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Feitas essas anotações, passa-se ao exame meritório do recurso do réu.

No que toca à conduta relacionada a favorecimento do apelante ao loteamento do Condomínio Privê, em troca de obtenção de vantagem econômica, consistente no recebimento de lotes no aludido condomínio, tem-se que a r. sentença, examinando em detalhes a robusta prova dos autos, concluiu acertadamente pela responsabilização do réu, conforme se depreende dos argumentos lançados às fls. 1201/1208.

Com efeito, assinalou o MM. Juiz que "chegando ao lugar do noticiado crime, em manifesto excesso no exercício da função pública, o réu interferiu na disputa possessória entre o chacareiro e o 'condomínio', ao determinar a derrubada da cerca que delimitava a área ocupada. Tal atitude está contaminada pelo desvirtuamento da finalidade pública. (...) Como já afirmado, não caberia ao delegado de polícia adotar qualquer medida no conflito possessório, porquanto não estava investido de competência para isso, lembrando que todos os atos do réu foram praticados sem apoio em decisão judicial. A explicação para o comportamento do réu está na prova documental, que demonstra, fartamente, o seu envolvimento nos assuntos de interesse do Condomínio Privê, que era um loteamento irregular, administrado por L.F.B.. Esta tinha ligação com o advogado M.B., que intermediava os contatos com o réu. (...) Entretanto, na instrução da ação de improbidade ora submetida a julgamento, a prova oral deixou claro que o réu, enquanto esperava o recebimento de fração no ilegal parcelamento do solo, efetivamente, atuou em favor da administradora do 'condomínio'. A sua presença na chácara de C.A.N., interferindo no conflito possessório entre este e o Condomínio Privê do Lago Norte foi determinante para a derrubada da cerca e, por conseguinte, para a obtenção do propósito expansionista do loteamento irregular."

Nesse contexto, à consideração do vasto conjunto de elementos de convicção colacionado nos autos, não subsistem como defesa hábil a afastar a responsabilização, a mera alegação do réu no sentido de não ter presidido inquérito policial envolvendo o referido Condomínio, ou de que não possui lote na área.

Relativamente à condenação do requerido pela conduta de atribuição da função típica de policial a pessoa estranha aos quadros da corporação, anotou o ilustre Magistrado que "não ficou comprovada a omissão do réu quanto ao uso de drogas na carceragem da delegacia, nem que o réu entregou arma de uso restrito para pessoa não autorizada" (fl. 1215).

Diante dessas conclusões, não se mostra viável a condenação do requerido pela conduta de deslealdade para com a instituição policial, consistente na permissão de vigilância de detentos na carceragem da delegacia policial a empregado do Instituto Candango de Solidariedade ("Itamar"), cumprindo reconhecer, conforme alega o apelante, que a petição inicial não se reporta a tal fato, devendo a sentença, portanto, ser modificada no particular.

Noutro prisma, tem-se que o recurso interposto pelo Ministério Público não comporta provimento.

Isso porque o pedido ministerial, consistente na imposição da perda do cargo público ao apelado e, por consequência, na cassação de sua aposentadoria, não se mostra viável.

Com efeito, consoante ressaltou a r. sentença, a aposentadoria do réu se deu posteriormente ao ato de improbidade e ao ajuizamento da presente demanda, sendo descabido o efeito retroativo da sanção, a teor do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não sendo a cassação do benefício, ademais, medida prevista na Lei 8429/92.

Diante do acima exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do réu, para excluir da condenação a prática da conduta de deslealdade para com instituição policial e, por consequência, reduzir ao mínimo legal o prazo das penalidades impostas na r. sentença (suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais) para o período de 03 (três) anos, bem como reduzir a multa imposta para a quantia de 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo requerido, NEGANDO-SE PROVIMENTO à apelação interposta pelo Ministério Público.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Agravo retido desprovido. Negar provimento ao recurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e dar parcial provimento ao recurso da ré. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2004011053406-6

Relator – Des. Antoninho Lopes

Quarta Turma Cível

EMENTA

Constitucional e civil. Apelação e remessa necessária. Danos materiais e morais. Falta de aparelho de ressonância magnética em hospital público. Necessidade de internação em hospital privado. Omissão específica. Responsabilidade objetiva do Estado. Valor da indenização por danos morais.

1. Estando parte das razões da apelação dissociadas do que restou decidido na sentença, não se conhece do recurso voluntário nessa parte.

2. Constitui omissão específica, a ensejar a responsabilidade objetiva do ente estatal, manter em estabelecimento hospitalar aparelho de ressonância magnética danificado, sem manutenção e sem substituição, obrigando o paciente que dele necessita para obter o correto diagnóstico e tratamento socorrer-se do mesmo maquinário disponível em hospital da rede privada.

3. O valor da indenização atenderá a repercussão do dano na esfera íntima do ofendido, eventual extrapolação, a sua extensão e, ainda, o potencial econômico-social do obrigado ao ressarcimento.

4. Recurso voluntário conhecido em parte e improvido. Remessa necessária improvida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Antoninho Lopes – Relator, Getúlio de Moraes Oliveira – Revisor, Cruz Macedo – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador

Antoninho Lopes, em proferir a seguinte decisão: negar provimento ao recurso e à remessa oficial, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 8 de março de 2012.

RELATÓRIO

M. de F.V. da S. propôs esta "ação de ressarcimento de despesa hospitalares c/c danos morais" em face do DISTRITO FEDERAL, alegando que, devido à inexistência de aparelho de ressonância magnética na rede pública de saúde e à piora do seu estado, encaminhou-se para o hospital particular Santa Lúcia a fim de obter diagnóstico correto da moléstia que a acometia, ocasião em que foi constatada uma trombose venal cerebral (TVC) que ocasionou a sua internação em UTI por sete dias. Requereu o ressarcimento pelos danos materiais, no importe de R$ 11.173,00 (onze mil, cento e setenta e três reais) e, também, danos morais, no valor correspondente a sessenta salários-mínimos. Anexou documentos e deu à causa o valor de R$ 28.400,00 (vinte e oito mil e quatrocentos reais) (fls. 02/44).

A contestação sustentou a inexistência de dano reparável, pois o exame de ressonância magnética só não foi realizado porque o maquinário estava com defeito. Afirmou que a autora procurou atendimento hospitalar na rede privada por vontade própria e que poderia ter aguardado o reparo da máquina (fls. 50/53).

Réplica da autora a fls. 58/61.

Em audiência foi determinada a expedição de oficio à Secretaria de Saúde, para que fossem juntados aos autos os prontuários médicos da autora (fls. 87/91 e 239), o que foi atendido (fls. 103/191).

Foram apresentadas alegações finais; pela autora a fls. 209/212 e pelo réu a fls. 216/219.

A sentença de fls. 257/265 julgou procedentes os pedidos formulados na peça inicial.

O recurso de fls. 267/273 requereu reformada a sentença para que os pedidos fossem julgados improcedentes ou, ao menos, reduzida a verba indenizatória.

As contrarrazões de fls. 278/281 pediram mantida a sentença recorrida.

VOTOS

Des. Antoninho Lopes (Relator) – O pedido indenizatório assenta-se na omissão do Distrito Federal em fornecer atendimento hospitalar adequado.

A sentença recorrida tem o seguinte dispositivo:

> Ante o exposto e pelo que dos autos consta, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS para condenar o Distrito Federal a:
>
> 1) Ressarcir os gastos que a autora teve com o tratamento na rede privada, consistindo nos custos do exame de Ressonância Magnética, internação em UTI e gastos com medicamentos, corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406, CC c/c art. 161, §1º, CTN, desde a data do efetivo desembolso. Tal valor deverá ser alcançado mediante a oportuna fase de liquidação de sentença.
>
> 2) Pagar a autora, a título de danos morais, a quantia de R$12.000,00 (doze mil reais), corrigida monetariamente pelo INPC a partir da data de publicação desta sentença, bem como acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406, CC c/c art. 161, §1º, CTN, a partir da data do evento danoso (dia 07/10/2002).
>
> 3) Pagar honorários advocatícios, cujo valor fixo em 10% (dez por centos) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §4º do CPC .Resolvo o mérito da demanda e JULGO EXTINTO o feito nos termos do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil. Tendo em vista o valor parcialmente ilíquido da condenação, ao reexame necessário.
>
> Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e remetam-se os autos ao arquivo, com as cautelas de estilo".

O recurso apresentado a fls. 267/273 quer reformada a sentença, ao argumento de que inexistiu erro médico imputável ao ente estatal e, subsidiariamente, pede a redução do valor da indenização a título de danos morais.

O recurso interposto pelo Distrito Federal merece conhecimento apenas parcial. Isso porque a sentença não se fundamentou em "erro médico", como expressamente nela consignado, mas em "prestação deficiente dos serviços médicos, ante o não funcionamento de aparelhos básicos de diagnósticos como o de Ressonância Magnética." (fls. 260, 6º parágrafo).

Nos termos do art. 514/II do Código de Processo Civil, o recorrente deverá expor as razões de fato e de direito pelas quais almeja a reforma da decisão hostilizada, devendo apontar especificamente os fundamentos que combate, atendendo ao princípio da dialeticidade. Assim sendo, as razões do inconformismo do recorrente consubstanciam-se em requisito de regularidade formal.

Extrai-se, destarte, que as razões do recurso, ao menos em parte, estão absolutamente dissociadas do que restou decidido pela sentença recorrida, pois em nenhum momento se imputou ao ente estatal responsabilidade em decorrência de erro médico. Impõe-se, assim, o não conhecimento do recurso com relação a esse argumento, (porque) "mostra-se manifestamente inadmissível e improcedente o recurso de apelação cujas razões, respectivamente, encontram-se dissociadas dos fundamentos da sentença hostilizada e atentam contra a legislação de regência, (...)" (cf. Acórdão da 4ª Cível, de 23.05.2005, na apelação 2005 01 1 008.452/2, relator Des. Cruz Macedo, registro 219769).

Persiste, no entanto, o recurso com relação à redução da indenização por danos morais, além da obrigatoriedade do exame de toda a matéria em razão da remessa obrigatória.

Incontroverso nos autos que o atendimento à autora não foi adequado, pois, após peregrinar por vários hospitais públicos, não encontrou um sequer que pudesse realizar o exame de ressonância magnética, único que pudesse diagnosticar, com certeza, a moléstia que a acometia. Os depoimentos das testemunhas corroboram, em uníssono este fato (fls. 87/91 e 239), além do que consta em contestação (fls. 51).

Não é absolutamente razoável que se impusesse à paciente, no estado em que se encontrava de pré-coma, que aguardasse o conserto do aparelho de ressonância magnética, como pretendido na contestação. Realizado o exame pelo hospital Santa Lúcia, que constatou que a autora tinha trombose venal cerebral, impossível

se mostrava também a sua transferência ao hospital público; foi imediatamente internada em Unidade de Terapia Intensiva, tal a gravidade do seu caso.

Ao deixar aparelho para realização de exame médico danificado em hospital público, sem a devida manutenção ou substituição, há danos aos cidadãos que dele necessitam para o diagnóstico e tratamento corretos. No caso específico em exame, a responsabilidade do Estado é objetiva, regida pelo disposto no art. 37 §6º da Constituição Federal. A respeito posicionou-se este Tribunal de Justiça fixando que "a responsabilidade civil do Estado por omissão específica é objetiva, devendo ser demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão do agente público." (cf. Acórdão da 1ª C/Cível de 26.10.09 no EIC 2006 01 1 019.558/9, registro 388661, relatora Des. Vera Andrighi, *in* DJe 06.11.09/p.101).

Destarte, demonstrado o nexo de causalidade entre o prejuízo material e moral sofrido pela paciente e a omissão da Administração Pública, consubstanciada na ausência de aparelho de ressonância magnética nos hospitais da rede pública de saúde, não há como se afastar a sua responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados.

A sentença condenou o Distrito Federal a pagar R$ 12.000,00 a título de indenização por danos morais, valor que não se mostra excessivo diante dos fatos narrados pela autora. Como anotou o Superior Tribunal de Justiça "a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, como manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo a sua conduta antijurídica" (cf. Rec. Especial l215607/RJ (199900446852), 4ª Turma em 17/08/99, ministro Sálvio de Figueiredo, *in* DJU 13/09/99).

O valor da indenização está adequado ao dano imposto à autora que, após perambular dias em estado precário de saúde pelos hospitais públicos do Distrito Federal, foi obrigada a procurar socorro em estabelecimento da rede privada de saúde.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso voluntário e nesta parte, nego provimento. Por força da remessa necessária, mantenho íntegra a sentença.

É como voto.

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Revisor) – Com o Relator.

Des. Cruz Macedo (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento ao recurso e à remessa oficial, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2005011042250-8

Relator – Des. Cruz Macedo

Quarta Turma Cível

EMENTA

Civil e processual civil. Ações ordinárias. Anulação de atas de reuniões de partido político (PTN). Alteração da direção partidária. Ilegitimidade do representante do partido. Presidente afastado. Efeitos. Sentença cassada. Falsificação de documento e uso de documento falso apurados pelo Tribunal Regional Eleitoral do DF. Nulidade do ato originário e de atos decorrentes. Preliminar de perda superveniente do objeto. Interesse de agir. Rejeição.

1. Verificando-se a subsistência do interesse processual em vista da delimitação dos pedidos formulados na inicial, não há falar em perda superveniente do objeto, a extinguir o feito sem resolução do mérito, daí por que se rejeita a preliminar.

2. Cassa-se a sentença que, embora tenha reconhecido a ilegitimidade ativa *ad causam* do presidente então afastado do partido político, declara válidos outros atos praticados por outros integrantes da agremiação, produzindo efeitos que não se compatibilizam com os limites demarcados na inicial.

3. Apurada a prática criminosa de membros do partido, consistente na falsificação de ata de reunião partidária para eleição de seus dirigentes e utilização de tais documentos, capitulados, respectivamente, nos artigos 350 e 353 do Código Eleitoral, redundando em condenação na Justiça Eleitoral (com acórdão unânime do Tribunal Regional Eleitoral do DF), impõe-se a declaração da nulidade do ato fraudulento, com a anulação das práticas subsequentes dele derivadas. Por conseguinte, confirma-se no comando da legenda o ocupante anterior à referida ata, que veio a se legitimar posteriormente com as eleições consecutivas para ocupar a respectiva presidência.

4. Recursos providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Cruz Macedo – Relator, Fernando Habibe – Revisor, Arnoldo Camanho de Assis – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Fernando Habibe, em proferir a seguinte decisão: rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de julho de 2013.

RELATÓRIO

APC 2004 01 1 096539-8

Na origem, o PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL – PTN ajuizou, em 6/10/2004, ação ordinária contra J.S.E., O.S.S., M.D. e T.T.R., alegando, em suma, que os réus simularam a realização de assembleia-geral extraordinária da agremiação em 10/7/2003, a fim de alterar o programa, estatuto e a organização interna, o que teria sido comprovado por declaração do Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, em cujo auditório se teria realizado a solenidade – o que, ainda, redundou em inquérito policial que indiciou o réu O. pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304, Código Penal).

Prossegue afirmando que o grupo integrado pelos réus simulou mais reuniões da Comissão Executiva Nacional do Partido: em 4/7/2004, em que se decidiu anular a convenção de 1/11/2003, afastar J.M. de A., então 1º Vice-Presidente, e decretar a intervenção no diretório municipal de São Paulo, nomeando-se comissão interventora; na mesma data, decidiu reorganizar a Comissão Executiva Nacional (CEN), elegendo novos membros, expulsando J.M. de A., destituindo o então Presidente, D.M. de A., e elegendo o ora réu J.S.E. para esse posto.

Ocorre que em 11/9/2004 o Diretório Nacional (DN) do PTN reuniu-se, com a presença dos réus, e deliberou pelo afastamento dos "membros omissos" da CEN, a fim de completar o mandato até 9/5/2005, quando deveria haver eleição dos novos membros, bem como pela anulação da Convenção Nacional de 10/7/2003

e todos os atos praticados com fundamento no estatuto ali aprovado, e ainda das reuniões realizadas em 4/7/2004, com o mesmo fundamento.

Enfatiza que o único Estatuto que rege o funcionamento partidário é o aprovado pelos membros da Comissão Diretora Nacional Provisória registrado em 29/11/1995, contendo exigências para eventuais alterações estatutárias (ampla divulgação e convocação prévia, comissões especiais, entre outras), cuja inobservância, na espécie, agravada com a falsificação da ata de reunião não realizada na Câmara dos Deputados, torna sem efeito as alterações perpetradas e os atos vinculados posteriores.

Pede então a declaração de nulidade das pretensas atas das reuniões irregulares, ou seja, as ocorridas em 10/7/2003 (reforma do Estatuto), 4/7/2004 e 18/7/2004, anulando-se os registros correspondentes no Cartório de Títulos e Documentos, bem como danos morais em favor da agremiação.

Em contestação (fls. 221/230), os réus J., O. e M. (T. não apresentou resposta, fl. 383) sustentam, em suma, que J.M. de A. não é Presidente Nacional da legenda nem compõe mais os quadros do PTN, eis que afastado pela CEN – expulsão ratificada pelo DN em convenção realizada em 19/2/2005, daí a sua ilegitimidade para representar o partido no feito, além do que é válida a alteração estatutária firmada na assembleia-geral extraordinária de 10/7/2003, assinada também por J.M. de A., em reunião efetivada na residência do então presidente, D.M. de A., sendo aprovada e registrada no Tribunal Superior Eleitoral, realçando que o primeiro teria reconhecido como sua a assinatura posta na ata que se pretende anular, em depoimento prestado no inquérito aberto pela Polícia Federal.

Em réplica, o autor consigna que o Ministério Público denunciou os réus e C.H.G.M. por crime eleitoral e por falsificação de documento referente à ata da convenção nacional que deu azo a todas as ações judiciais em curso. Também assevera que o partido realizou convenção nacional em 20/8/2005, oportunidade em que J.M. de A. foi reconduzido ao cargo de Presidente da sigla, tendo sido eleito para um mandato de 4 (quatro) anos, além de ser novamente eleito para o posto em 2009, com mandato até 2013, aqui implicando a perda superveniente do objeto dos feitos.

A sentença de fls. 1.173/1.212 veio a lume com o seguinte dispositivo:

Posto isso, afasto a preliminar de perda do objeto quanto a E.B.D.N., a preliminar de nulidade do estatuto do PTN gerado em 10/07/03, a preliminar de expulsão de E.C.N., a preliminar de invalidade das gestões presidenciais de J.S.E. e de E.B.D.N. (assistentes litisconsorciais passivos) até a sua desfiliação deste último, restando válida a assunção de E.C.N. (assistente litisconsorcial passivo) para o cargo de presidente do PTN – Partido Trabalhista Nacional, pois não prevalece contra ele a expulsão nulamente perpetrada, tudo em face da inequívoca ilegitimidade ativa de J.M. de A. para representar o PTN – Partido Trabalhista Nacional no presente processo, pois foi validamente expulso do partido político o Sr. J.M. de A., não podendo este ter presidido e ter praticado atos, todos eivados de nulidade absoluta, no período em que esteve ilegalmente no exercício da presidência do PTN – Partido Trabalhista Nacional após a alteração estatutária de 10/07/03. Aplica-se em desfavor de J.M. de A. a má-fé, na forma do art. 17, II, III, V, VI e VII c/c art. 18, §2º, do CPC, aplicando-lhe multa de 1% sobre o valor da causa, devidamente corrigido e fixando-se indenização para o polo passivo e assistentes litisconsorciais, por solidariedade, em 20% sobre o valor da causa devidamente atualizado. Fixo os honorários advocatícios de sucumbência em 20% sobre o valor da causa atualizado, conforme art. 20, §3º, do CPC, restando extinto o feito sem avanço no mérito. Mantido resta o dispositivo no julgamento das preliminares postas, pois não há que se falar em julgamento *extra* ou *ultra petita*, por força da incidência de ilegitimidade ativa que, inequivocamente, recai sobre J.M. de A., por consequência, dos atos e negócios absolutamente nulos praticados por J.M. de A. e que invalidam-se com efeito *ex tunc*. Caso não haja o cumprimento voluntário da presente sentença, aplica-se, desde já, o art. 475-J do CPC quanto à multa de 10% lá estabelecida, tudo a contar da publicação do julgado e com base no valor da causa atualizado. Destaque-se que em consequência da ilegitimidade ativa de J.M. de A. faz-se necessária a expedição de ofício ao Cartório do 1º Ofício de Pessoas Jurídicas de Brasília/DF e ao Tribunal Superior Eleitoral, cancelando-se o registro de presidência do PTN – Partido Trabalhista Nacional, exercido por J.M. de A., com efeito *ex tunc*, pois foi nulo de pleno direito. No mesmo ato, faz-se necessária a anotação e o registro de plena validade do estatuto do PTN gerado em 10/07/03, bem como a gestão de J.S.E. pelo mandato que já

cumpriu e de E.B.D.N. na presidência do PTN – Partido Trabalhista Nacional, até o dia de sua desfiliação, bem como a atual presidência por E.C.N. pelo mandato iniciado a partir do dia de desfiliação/renúncia de E.B.D.N. até o dia 06/06/13.

Inconformado, apela o autor e, em suas razões recursais (fls. 1.163/1.204), de início, ataca a forma de julgamento adotada pelo decisório, que teria apreciado ações ajuizadas posteriormente à ora intentada, quando deveria, no seu entender, as ter julgado simultaneamente, dada a conexão havida entre os feitos. Afirma, então, que tal proceder dirigiu-se a impedir o recebimento das apelações em efeito suspensivo, em contraponto a decisões exaradas no Tribunal de Justiça, isso tudo a despeito dos documentos havidos como falsos pelo Tribunal Regional Eleitoral do DF, "ignorando os 5 (cinco) anos de manutenção de tutela antecipada deferida em 01/06/2005, sem fundamentar ou fazer anotar um único dispositivo legal" (fl. 1.169).

Diz que a presunção de inocência relativa à condenação dos réus no âmbito da Justiça Eleitoral há de ser temperada pelo fato de que não há efeito suspensivo no Recurso Especial Eleitoral, além do que o disposto na Súmula 279 do STF impediria o revolvimento de discussão sobre fatos e provas atreladas ao processo criminal eleitoral. Reafirma, assim, a necessidade de recebimento do apelo no duplo efeito.

Tece considerações sobre a valoração da prova produzida, dizendo que a simples anotação pelo TSE de ata declarada posteriormente nula pelo TRE-DF não invalida a perícia realizada na corte eleitoral regional e que levou à condenação dos réus.

Reitera os fatos articulados na inicial, afirmando ter sido eleito pelo DN em 11/9/2004, reeleito em Convenção Nacional em 2005 e uma vez mais em 2009. Por outro lado, J.S.E., E.C.N. e E.B.D.N. utilizaram documentos falsos para tentar legitimar a sua presença no comando da agremiação partidária.

Ressalta que o crime de falsificação de documento "ata e estatuto de 10/7/2003" foi apurado e confirmado pela Polícia Federal, pelo Ministério Público Eleitoral do DF e pelo Juízo da 1ª Zona Eleitoral de Brasília, pois condenou os indigitados por crime de falsidade e uso de documento falso, tendo sido confirmada no Tribunal Regional Eleitoral do DF.

De outro lado, aduz que não poderia o Juízo *a quo* julgar extinto o feito por reconhecer a ilegitimidade ativa do representante do Partido autor e, ao mesmo tempo, apreciar pedidos de tutela antecipada e impor multa por litigância de má-fé.

Cita ainda reclamação que ajuizara nesta Corte, quando este Relator determinou a suspensão da eficácia da antecipação de tutela deferida no bojo das sentenças prolatadas pelo Juízo *a quo* nos processos 2005.01.1.042250-8, 2005.01.1.078588-0, 2005.01.1.098462-7, 2007.01.1.117716-0, 2009.01.1.153832-0, todas em trâmite na 4ª Vara Cível de Brasília.

Em decisão de fls. 1.351/1.352v, o Juízo *a quo* recebeu apenas a apelação proferida nos autos da ação ordinária 2004.01.1.096539-8, porquanto interposta peça recursal única, mas dizendo respeito também às ações cautelares incidentais 2007.01.1.117716-0, 2007.01.1.118262-2 e 2009.01.1.153832-0.

Contrarrazões às fls. 1.371/1.377, nas quais os apelados J.S.E. e E.C.N., em preliminar, aduzem o trânsito em julgado das sentenças proferidas nas ações cautelares, inclusive ante o não conhecimento da reclamação que suspendia as respectivas eficácias, podendo ocorrer vulneração à coisa julgada.

APC 2005 01 1 078588-0

Nesses autos, J.S.E. propôs, em 8/8/2005, ação anulatória em face do PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL e J.M. de A., visando a desconstituir a ata da reunião do DN realizada em 11/9/2004, eis que o segundo réu já havia sido afastado do partido, daí a invalidade da reunião, que veio a dissolver a CEN. Alega ainda irregularidades na convocação para a dita reunião, no quórum mínimo para deliberação, ressaltando a ilegitimidade de J.M. de A. para presidir a reunião do DN, pedindo, então, a anulação da referida reunião e seus "atos, efeitos e desdobramentos".

Inicialmente distribuída à 1ª Vara Cível de Brasília, posteriormente foi encaminhada à 4ª Vara Cível, ante o julgamento de Conflito de Competência pelo egrégio Tribunal de Justiça.

Em contestação (fls. 248/256 e 258/266), os réus alegam a perda do objeto da ação, porque reuniões subsequentes confirmaram o novo comando partidário, li-

derado por J.M. de A.. Além disso, o autor não poderia impugnar ato do DN, porque foi expulso do partido em processo disciplinar, aduzindo ainda litispendência em relação à ação ordinária 2005.01.1.042250-8, em que se questiona a legitimidade de J.M. de A. como presidente nacional da legenda.

A sentença (fls. 520/538) rejeitou as preliminares postas e, no mérito, declarou "nula de pleno direito a reunião do Diretório Nacional do PTN realizada em 11/09/2004, presidida pelo 2º réu, J.M. de A., atingindo todos os atos lá praticados, subsequentes e decorrentes, tudo em face dos vícios atribuídos ao réu J.M. de A. e que constam da fundamentação da presente sentença. Nesse mesmo ato, antecipo a tutela requerida para que os efeitos da nulidade absoluta sejam plenos desde já, oficiando-se ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Cartório de Registro de Documentos e Pessoas Jurídicas do 1º Ofício de Brasília/DF, independentemente de recurso, tendo em vista que a antecipação de tutela perpetrada impede a concessão de efeito suspensivo, caso em que o recurso eventualmente interposto só subirá no efeito devolutivo. Condeno J.M. de A. por má fé em face da presença do dolo, conforme demonstrado nos fundamentos da sentença e aplico-lhe os arts. 17, I, II, III, IV, V, VI e VIII, c/c art. 18, §2º do CPC e multa de 1% sobre o valor da causa devidamente corrigida e fixo indenização de 20% sobre o valor da causa devidamente corrigida, em favor do polo ativo. Custas e honorários advocatícios pelo polo passivo, estes fixados em 20% do valor da causa devidamente atualizados, acrescidos de juros de mora de 1% a.m., conforme art. 20, §3º, do CPC. Resta extinto o feito quanto ao mérito, na forma do art. 269, I do CPC."

Em seu recurso (fls. 552/583), os réus, inicialmente, informam que, em sede de reclamação, este Relator suspendeu as antecipações de tutela concedidas nas sentenças pelo Juízo de origem. No mais, citam a existência de procedimentos em curso no Tribunal Regional Eleitoral que consideraram fraudulenta a reunião de 10/7/2003, imputando prática criminosa aos ex-dirigentes J.S.E., O.S.S., M.D., T.T.R. e C.H.G.M.. Faz histórico das reuniões comandadas pelo grupo adverso, e, portanto, sem efeitos legais, bem como traz acórdão lavrado pelo TRE/DF confirmando por unanimidade sentença condenatória das pessoas citadas, pelos crimes de falsificação de documento e uso de documento falso, previstos nos artigos 350 e 354 do Código Eleitoral. Alegam ainda a ausência de objeto da ação, pois sequencialmente o presidente do partido, J.M. DE A., foi reconduzido no comando da legenda, sendo eleito em 2005 e reeleito em 2009, em convenções nacionais regularmente realizadas.

O Juízo *a quo,* em decisão de fls. 711/713, igualmente recebeu somente o apelo da ação principal, sem considerar a insurgência contra as sentenças cautelares.

Contrarrazões de J.S.E. e E.C.N. às fls. 752/750, dirigidas à confirmação da sentença.

APC 2005 01 1 042250-8

Finalmente, neste último feito, J.M. DE A. e J.S.C. ajuizaram, em 27/4/2005, ação ordinária contra o PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL – PTN, J.S.E. e O.S.S., baseando-se em inquérito policial que teria detectado fraude na realização da reunião partidária ocorrida em 10/7/2003, e consequente falsificação do estatuto, pedindo, ao fim, a restauração a composição da CEN eleita pelo DN em 11/9/2004, em solenidade presidida pelo primeiro autor, afastando-se o réu J.S.E. da presidência da sigla, com vistas a retomar a normalidade das atividades partidárias.

Após regular processamento, sobreveio sentença (fls. 1.280/1.304) julgando improcedente o pedido "em face da nulidade absoluta decretada no feito 2005.01.1.078588-0 sobre a Convenção do PTN realizada por J.M. de A. no dia 11/09/2004", imputando aos autores multa por litigância de má-fé e os encargos da sucumbência.

Nas razões de recorrer (fls. 1.311/1.355), são repetidos os argumentos do recurso que formularam na primeira das ações ora relatadas (processo 2004.01.1.096539-8), pedindo, ao final, a anulação das reuniões consideradas irregulares, ocorridas em 10/7/2003, 4/7/2004 e 18/7/2004, anulando-se os registros nos cartórios competentes.

Contrarrazões de J.S.E. e E.C.N. às fls. 1.517/1.523, pela manutenção da sentença guerreada.

Em todos os feitos, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se no sentido de não vislumbrar interesse público que justificasse a sua intervenção no caso.

Preparos regulares.

É o relatório.

VOTOS

Des. Cruz Macedo (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Antes de mais nada, esclareço que a opção pelo julgamento simultâneo dos recursos decorre do fato de se tratar dos mesmos apelantes, quais sejam, o PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL e seu representante J.M. de A., em cuja legitimidade para presidir a agremiação repousa o cerne das controvérsias espelhadas nos três processos, bem como da circunstância de que as matérias em discussão em tais feitos gravitam em torno dos mesmos acontecimentos, isto é, as atas representativas de reuniões do Diretório Nacional, da Comissão Executiva Nacional e da Convenção Nacional do partido político, ainda que ocorridas em momentos diversos, mas que tem como ponto de interseção a legitimidade (ou não) das decisões tomadas nesses encontros partidários, a partir do que se poderá definir o provimento jurisdicional adequado às pretensões dos recorrentes ou, contrariamente, a manutenção das sentenças que lhes foram, unissonamente, desfavoráveis, conforme visto no relatório supra.

PRELIMINAR

Em preliminar, alegam o PTN e J.M. de A. que os processos estariam maculados pela perda de seu objeto, uma vez que em ocasiões posteriores foi confirmada, por meio de convenções nacionais e reuniões regulares do partido, a titularidade de J.M. de A. como presidente da agremiação, daí por que requerem a extinção dos feitos, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC.

Tenho, no ponto, que razão não assiste aos recorrentes.

Consoante relatado, a insurgência dos apelantes, nos três casos, volta-se contra sentenças que, considerando a invalidade dos atos praticados pela direção partidária conduzida pelo segundo insurgente, convalidou aqueles levados a efeito pelo grupo adverso, liderado por J.S.E. e outros, firmando o dispositivo dos decisórios de acordo com essa convicção.

Ocorre que, embora referidos pronunciamentos, se confirmados, não tenham o condão de interferir em eleições futuras realizadas em encontros nacionais da agremiação que, por já duas vezes subsequentes, conferiram o mandato de presidente a J.M. de A., em 2005 e 2009, sendo que o último dos mandatos expira apenas em 2013, o certo é que os pedidos formulados nos autos dizem respeito, precipuamente, à anulação de atas de reuniões partidárias, daí por que remanesce, em princípio, o interesse processual em todos os casos.

REJEITO a preliminar.

MÉRITO

Prossigo no exame dos recursos.

Com a devida vênia do prolator das sentenças ora recorridas, entendo que Sua Excelência partiu de premissas equivocadas para legitimar os atos partidários capitaneados por J.S.E. e seu grupo e, assim, demover do comando da agremiação seu ainda presidente J.M. de A.

É que, compulsando com vagar os elementos de convicção carreados aos muitos volumes destes autos, entendo que a primeira ata de reunião partidária objeto de controvérsia entre as partes, qual seja, aquela realizada em 10/7/2003, contém vício insanável, *data venia*, a contaminar os demais atos produzidos por parte do grupo que dela se valeu para, em sequência, exercer ou tentar exercer o poder sobre o partido político.

Com efeito, tramitou no âmbito da Justiça Eleitoral do Distrito Federal ação penal contra os senhores J.S.E., O.S.S., T.T.R. e C.H.G.M., pela imputação dos crimes eleitorais de falsificação de documento e utilização de documento falso, capitulados nos artigos 350 e 353 do Código Eleitoral, respectivamente, sobrevindo sentença condenatória prolatada pelo Dr. Aiston Henrique de Souza (fls. 1.029/1.034 – 2004.01.1.096539-8), julgando "procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para condenar os réus M.D., O. dos S.S. e J.S.E., devidamente qualificados nos autos, como incursos nas penas dos artigos 350 e 353 do Código Eleitoral", com pena de 2 (dois) anos de prisão para cada um dos réus, com cumprimento no regime semiaberto, sendo substituída por prestação

de serviços à comunidade, nas condições estabelecidas quando da execução da sentença condenatória.

No acórdão produzido sequencialmente, foi mantido o *decisum*, sendo redigida a seguinte ementa:

> RECURSO CRIMINAL. ARTS. 350 E 353 DO CÓDIGO ELEITORAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. USO PARA FINS ELEITORAIS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL DE 1º GRAU. RECURSO DESPROVIDO. 1. Inserir declaração falsa em documento particular, simulando a realização de assembleia, caracteriza o crime descrito no art. 350 do Código Eleitoral. O uso desse documento falsificado, convocando reuniões para ratificação da suposta assembleia, caracteriza o crime descrito no art. 353 do Código Eleitoral. 2. Recurso desprovido.

Relevante a transcrição aos eminentes pares dos fundamentos do voto do Relator do acórdão, então Juiz ANTONINHO LOPES, hoje Desembargador desta egrégia Corte, *verbis:*

> Alegaram os réus a incompetência da Justiça Eleitoral, uma vez que os atos praticados tiveram como resultado alteração de estatuto partidário, matéria *interna corporis*, sem relação alguma com o processo eleitoral; se acaso a competência fosse eleitoral, o julgamento do fato dos autos caberia ao Tribunal Superior Eleitoral.
>
> Porém, como ficou registrado na r. sentença recorrida, "as convenções partidárias têm a finalidade de compor candidaturas aos cargos eletivos. No caso presente, havia o propósito não oculto de elevar a candidatura da ré T.T.R. à Prefeitura do Município de São Paulo. Assim, não se pode negar a finalidade eleitoral, direta e indireta, na manipulação da estrutura partidária".
>
> Observe-se que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral deixou fixado que "conquanto as questões envolvendo órgãos partidários constituam matéria *interna corporis* das agremiações, a Justiça Eleitoral tem competência para examinar os feitos daí decorrentes que se relacionam aos processos de registro de candidatura". (cf. Resp 22.792, relator Ministro Caputo Bastos, de 18.9.2004)

Não prospera o argumento de que a competência do julgamento do processo seria do Tribunal Superior Eleitoral. Não está sendo julgado órgão do partido político, mas sim delitos dentro dele; como os réus não possuem foro privilegiado, a competência é deste Tribunal Regional Eleitoral. Observe-se que a ata falsa não é matéria '*interna corporis*', como querem os réus. O documento, além do registro civil, foi arquivado no Tribunal Superior Eleitoral.

As razões de recurso querem declarada nula a r. sentença que adotou como fundamento o depoimento de J.M. de A., em razão do interesse dessa testemunha no processo e o benefício direto que receberia com a condenação dos réus.

Não tem razão. Em primeiro lugar, veja-se que na fase instrutória os réus não contraditaram a testemunha J.M. e também que não apresentaram nos autos motivos fundamentados de que ela tinha interesse na causa. Além disso, perceba-se que a sentença considerou para decidir todas as provas reunidas Aliás, o processo foi bem instruído, com boa prova documental e depoimentos firmes e incisivos.

Desta forma, rejeito a preliminar de incompetência e o pedido de nulidade da sentença recorrida.

Os réus sustentam a inexistência de crime eleitoral, pois não houve inserção de qualquer declaração falsa, sendo válidas as assinaturas lançadas por D.M. nos documentos impugnados; leve-se em conta o estado de saúde em que se encontrava. Não admitem que as testemunhas de nível superior tenham assinado o documento sem saber do que se tratava. Acrescentam que não deve prevalecer a tese de algumas testemunhas de que foram coagidas de perderem a presidência do PTN em seus estados. A autoria do delito também foi negada.

No entanto, destaque-se que a materialidade dos delitos previstos nos artigos 350 e 353 do Código Eleitoral e também a sua autoria ficaram comprovadas por meio dos documentos de fls. 26/52 e da prova oral recolhida. Há documentado de que os réus, de forma reiterada, fizeram uso indiscriminado da falsa ata em várias localidades do país, objetivando manter o comando do partido.

Acrescente-se que a Câmara dos Deputados, no ofício de fl. 302, informa que não há qualquer registro da realização de Assembleia-Geral Extraordinária do Partido Trabalhista Nacional em suas dependências no dia 10.7.2003. E, também, que D.M., presidente do partido na época dos fatos, estava com sérios problemas de saúde, sem condições de presidir ou participar de assembleia, ou de se deslocar para Brasília, vindo a falecer em 19.7.2004. Isso está nos atestados de fls. 480/481 e 643/644. Conclua-se que à evidência não poderia abrir e conduzir os trabalhos, como constou da falsa ata de assembleia (fl. 18).

Os réus O.S. e J.E. negaram a falsidade do referido documento e alegaram que a assembleia foi realizada em São Paulo, na residência de D.M., devido ao seu estado de saúde. Porém, o réu M.D., ao contrário, sustenta que a assembleia foi realizada em Brasília, conforme descrito nos documentos de fls. 26/52. Os depoimentos prestados por R.C.N., E.V. de S., V.L.R., J.S.C., W.J. de O.A., A.C. e S. e J.M. de A., às fls. 1735/1763, demonstram que não houve Assembleia-Geral do Partido Trabalhista Nacional nas datas e locais indicados na ata. As testemunhas S. de S.F. e E.B.D. afirmaram, por sua vez, que foram obrigados a assinar atas, uma vez que foram ameaçados pelos réus J. e O. (fls. 231/232 e 445).

A participação do réu O. dos S.S. no crime de falsidade (art. 350 do Código Eleitoral) está demonstrada pelo depoimento das testemunhas R.C. (fl. 1735), E.V. de S. (fl. 1737) e V.L.D.R. (fl. 1738), que afirmam que a ata foi feita por ele, O. e C.H.

A participação dos réus J.S.E. e M.D. também restou demonstrada pelas testemunhas J.M. e A.C. (fl. 1807), que afirmaram que os réus organizaram a colheita de assinatura para simular a falsa assembleia.

Ficou demonstrada a materialidade do crime de uso de documento falso (art. 353 do Código Eleitoral) com finalidade eleitoral. O documento falso foi registrado no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos, Registro de Pessoas Jurídicas de Brasília, sob o 54.212, conforme documentos de fls. 25/62. E, por fim, levado a registro também no TSE, em 21.10.2003 (fls. 16/19).

Ou seja, o documento falso foi utilizado para fins de registro não só em Cartório Civil, mas também perante o Tribunal Superior Eleitoral e, com isso,

possibilitou aos réus a convocação de várias reuniões e a elaboração de diversas atas com a finalidade de se beneficiarem dentro do partido.

A atuação do réu O. também está demonstrada pelos documentos de fls. 366 e 418, que demonstram ser ele o responsável por levar a falsa ata a registro perante o TSE. Também restou provada a sua participação, por meio da sua investidura no cargo de Secretário-Geral do PTN, resultado do uso de documento falso e o seu exaurimento.

Ficou também patente o elemento subjetivo da autoria do delito, porque os réus sabiam da inexistência da referida assembleia que foi capaz de criar uma situação jurídica em detrimento da verdade sobre fatos juridicamente relevantes, razão porque não se pode excluir a autoria dos crimes em questão.

Desta forma, merece ser mantida a r. sentença de primeiro grau.

Nesse quadro, e em que pese à motivação constante das sentenças, pode-se concluir que é efetivamente falsa a premissa que redundou nos pronunciamentos decisórios que albergaram a pretensão do grupo liderado por J.S.E. e, assim, tornou legítima a sua titularidade na presidência do PTN.

Em rigor, comprovada a fraude, independentemente de outras circunstâncias que eventualmente pudessem externar alguma impertinência quanto, por exemplo, ao local de realização do ato, não há como desmerecer o fato, reconhecido na sentença e no acórdão eleitoral, de que fora forjado o documento, espelhando formalidade partidária inexistente, considerando as provas ali produzidas, inclusive pericial.

Diga-se, ainda por oportuno, que se revela impróprio, *data venia,* o comando sentencial que, de um lado, retira a legitimidade ativa *ad causam* e extingue o feito sem resolução do mérito e, ao mesmo tempo, declara a validade de atos praticados pelos réus, adentrando, em rigor, em questões meritórias inadvertidamente, pelo que se deve cassar a sentença proferida na ação ordinária 2004.01.1.096539-8, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 515, §3º, do CPC, eis que a causa apresenta-se suficientemente madura para julgamento, daí a possibilidade de enfrentar-se o mérito da demanda.

Por outro lado, no que diz respeito às outras duas sentenças, prolatadas nos autos das ações anulatória 2005.01.1.078588-0 e ordinária 2005.01.1.042250-8, é

caso de reforma direta, tendo em vista que se julgaram, respectivamente, procedente e improcedente os respectivos pedidos.

Finalmente, impõe-se reconhecer a perda irremediável da eficácia, por se tratar de ações incidentais e acessórias em relação às principais, as sentenças cautelares prolatadas nos autos (2007.01.1.117716-0, 2007.01.1.118262-2 e 2009.01.1.153832-0 – todas medidas cautelares incidentais na Ação Ordinária 2004.01.1.096539-8; e 2005.01.1.098462-7, esta medida cautelar incidental na ação anulatória 2005.01.1.078588-0).

Nesse sentido, esta egrégia Corte já se pronunciou no sentido de que, nos termos do art. 808, inciso III, do CPC, "cessa a eficácia da medida cautelar (...) se o juiz declarar extinto o processo principal, como ou sem julgamento de mérito", de tal modo que "havendo julgamento da ação principal, com a improcedência dos pedidos nela deduzidos, tal conduz, por decorrência lógica, à improcedência da cautelar" (Acórdão n.246690, 20000110758599APC, Relator: DÁCIO VIEIRA, Revisor: ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/05/2004, Publicado no DJU SECAO 3: 22/06/2006. Pág.: 69).

Na mesma linha, o colendo Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente que "a extinção do processo principal, com ou sem resolução do mérito, implica cessação da eficácia da medida cautelar, nos termos do art. 808, III, do CPC" (EREsp 876595/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 07/06/2011).

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO AOS RECURSOS para:

a) cassar a sentença proferida nos autos da ação ordinária 2004.01.1.096539-8 e, aplicando a este feito o disposto no art. 515, §3º, do CPC, julgar procedentes os pedidos formulados pelo PTN, declarando nula a ata da reunião do partido realizada no dia 10/7/2003;

b) reformar a sentença prolatada na ação ordinária 2005.01.1.042250-8 e julgar procedente o pedido nela formulado, tornando sem efeito o desligamento de J.M. de A. deliberado na reunião da CEN de 4/7/2004; e

c) reformar a sentença prolatada na ação anulatória 2005.01.1.078588-0 e julgar improcedente o pedido formulado por J.S.E. e outros, declarando a validade da reunião do DN de 11/9/2004.

Ante a sucumbência experimentada pelos réus nas ações 2004.01.1.096539-8 e 2005. 01.1.042250-8 e pelo autor na ação 2005.01.1.078588-0, condeno-os ao pagamento das custas processuais respectivas e honorários advocatícios em favor da parte vencedora, estes arbitrados em R$2.000,00 (dois mil reais) para cada um dos feitos, apoiado no art. 20, §4º, do CPC.

Ficam ainda sem efeito, por incidentais e acessórias em relação às ações principais, as sentenças cautelares prolatadas nos autos (2007.01.1.117716-0, 2007.01.1.118262-2 e 2009.01.1.153832-0 – todas medidas cautelares incidentais na Ação Ordinária 2004.01.1.096539-8; e 2005.01.1.098462-7, esta medida cautelar incidental na ação anulatória 2005.01.1.078588-0)

É como voto.

Des. Fernando Habibe (Revisor) – Com o Relator.

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2005011042614-0

Relator – Des. Jair Soares

Sexta Turma Cível

EMENTA

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição. Atentado aos princípios da Administração Pública. Comprovação. Multa civil.

1. Não há prescrição da pretensão em ação de improbidade administrativa se os fatos ocorreram nos idos do ano de 1997, quer se aplique o art. 391, §2º, e o §único, do Dec. 59.310/66, ou o art. 142, da L. 8.112/90, se decorridos menos de doze anos quando ajuizada a ação.

2. Provada a conduta praticada por Delegado de Polícia no exercício do cargo – prática de atividade vedada ao cargo de delegado (advocacia), aquisição de direitos e ocupação de área pública irregularmente, edificação em área de proteção ambiental e a intenção de obter proveito com aquisição de área pública invadida para posterior regularização e prática de atos para se manter na posse clandestina – há improbidade administrativa na forma dos art. 9º e 11º, da L. 8.429/92, o que sujeita o réu a sanção do art. 12, da LIA.

3. Comprovada a prática de improbidade administrativa e observada a proporcionalidade entre a condenação e o ato de improbidade praticado, aplica-se a multa do art. 12, I, da L. 8.429/92.

4. Apelação do autor provida em parte. Apelação do réu não provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Jair Soares – Relator, Vera Andrighi – Revisora e Ana Maria Duarte Amarante Brito – Vogal, sob a presidência da Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, em conhecer. Negar provimento ao recurso

do réu. Dar parcial provimento ao recurso do autor. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília(DF), 31 de julho de 2013.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou, com fundamento no art. 9º, *caput*, e art. 11, da L. 8.429/92, ação civil pública por improbidade administrativa em face de W.C.

Disse que o réu, no exercício do cargo de Delegado de Polícia plantonista da 17ª Delegacia de Polícia, atendeu J.F. dos S., suposta vítima de esbulho, que desejava registrar ocorrência policial em 19.4.97.

Após conhecer pessoalmente a área litigiosa, o réu ofereceu serviços advocatícios ao comunicante do delito, para fins de proteção da área ocupada, além da garantia que, em função do cargo de delegado, diligenciaria na procedência da ação cível e na proteção da área.

A inicial do interdito proibitório foi redigida pelo réu e assinada por advogado amigo dele. Como pagamento pelo serviço, orçado em R$ 10.000,00, simulou com J. cessão de direitos sobre área pública em 5.6.97. O interdito proibitório foi ajuizado em 10.7.97.

Diante do insucesso da ação possessória, o réu, valendo-se da autoridade do cargo, usou de intimidação e grave ameaça contra outros posseiros com a finalidade de ampliar a área que havia adquirido de J., bem como de impedi-lo de rescindir a cessão de direitos. E, em 2.3.98, requereu ao presidente da Fundação Zoobotânica do DF a regularização da área pública, prestando informações falsas e omitindo dados importantes para o processo de regularização.

E o réu edificou em área de preservação permanente, conduta que configura crime comum e ambiental.

A sentença julgou procedente, em parte, a ação e condenou o réu na cassação da aposentadoria, perda da detenção da área, localizada na Colônia Agrícola Cana do Reino, e à suspensão dos direitos políticos por oito anos (fls. 3075/86).

Apelou o réu (fls. 3182/3212) e o Ministério Público (fls. 3221/31)

Argui o réu a incompetência da Vara de Fazenda Pública do DF para decretar a perda de área em favor da União e a ilegitimidade do MPDFT. Pede, ainda, declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 134, da L. 8.112/90.

Sustenta que a pretensão está prescrita, pois a conduta supostamente ilícita não foi objeto investigação criminal ou denúncia, razão pela qual o prazo prescricional é o de cinco anos do art. 142, I, da L. 8.112/90.

No mérito, afirma que nunca se utilizou do cargo para obter vantagem indevida. O contrato firmado com J., válido, não tem relação com o cargo. Todos os fatos que fundamentaram a condenação ocorreram na época que não era delegado de polícia.

E não houve dolo na conduta, tampouco comprovação de que tenha deixado de praticar ato de ofício, comprovação de enriquecimento ou obtenção de vantagem ilícita.

Pede, se mantida a sentença, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para afastar a cassação da aposentadoria.

O MPDFT, considerando a gravidade dos fatos, pede a reforma da sentença para que o réu seja condenado em multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido.

Preparo regular (f. 3213). Contrarrazões apresentadas (fls. 3233/88 e 3294/3321). A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso do recurso do réu e pelo provimento do recurso do MPDFT (fls. 3329/3333).

VOTOS

PRELIMINARES

Des. Jair Soares (Relator) – À sentença, publicada em 7.11.12 (quarta-feira, f. 3106), o réu opôs embargos de declaração em 19.11.12 (fls. 3112/24), que não foram providos (decisão publicada em 7.12.12, f. 3180).

Nos embargos de declaração, que interromperam o prazo para apelação, o réu alegou omissão por falta de exame de questões de ordem pública. A apelação do réu, protocolizada em 11.1.13, dentro do prazo de quinze dias, é, portanto, tempestiva.

O tema referente à prescrição foi objeto de decisão que não antecipou os efeitos da tutela recursal no julgamento do agravo de instrumento 2008 00 2 004682-3. Confira-se:

> O art. 23, da Lei de Improbidade Administrativa (L. 8.429/92), dispõe que as ações previstas nessa lei podem ser propostas dentro do prazo prescricional previsto em lei específica, para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.
>
> O agravante – à época em que ocorreram os fatos que lhe são imputados – era Delegado da Polícia Civil, cargo que continua exercendo. Submete, por conseguinte, ao regime da L. 4.878/65, cujo regulamento, o Dec. 59.310/66, no art. 391, §2º, dispõe que o termo inicial da prescrição será o dia que a autoridade tomar conhecimento do fato. E, no §único do mesmo artigo, dispõe que se a transgressão caracterizar ilícito penal, prescreverá juntamente com este.
>
> A imputação feita ao agravante, capitulada como o ilícito do art. 171, do CP, prescreve em doze anos (CP, art. 109, III).
>
> Por sua vez, o §2º, do art. 142, da L. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União), dispõe que os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas como crime.
>
> Os fatos imputados ao agravante ocorreram nos idos do ano de 1997. Quer se aplique, pois, o art. 391, §2º, e o §único, do Dec. 59.310/66, quer se aplique o art. 142, da L. 8.112/90, porque decorridos menos de doze anos quando ajuizada a ação, não ocorreu a alegada prescrição.
>
> Carece, pois, a pretendida antecipação dos efeitos da tutela recursal, de verossimilhança das alegações. Deixo de antecipá-la.

Caracterizado o fato como crime, não está prescrita a pretensão de condenação do réu por atos de improbidade administrativa.

O Ministério Público do DF é parte legítima para propositura da ação de improbidade administrativa por supostos atos ímprobos praticados por delegado de polícia do DF no exercício do cargo, e em violação aos princípios constitucionais da Administração. Não há interesse da União.

Decidiu o e. STJ que "a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas, na defesa do patrimônio público e dos princípios que regem a Administração Pública, decorre expressamente da Lei 8.429/1992, art. 17; e da Constituição Federal, artigos 127 e 129." (REsp 1216439/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 09/09/2011; REsp 1219706/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011; AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/05/2011.)

Ainda que o réu tenha adquirido direitos sobre área de propriedade da União – frise-se, negócio nulo –, o objeto da ação não é a disputa sobre a área, mas a condenação de agente público do DF por supostos atos de improbidade: violação de vedação funcional, prática dolosa de infração administrativa para obtenção de proveito pessoal, ocupação de área pública, falsidade ideológica para obtenção da regularização de área pública, e edificação em área de preservação ambiental sem autorização da Administração.

Decidiu o e. STF que "a competência da Justiça Federal na esfera cível somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou opoente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição. A princípio, a União não teria legítimo interesse processual, pois, além de não lhe pertencerem os recursos desviados (diante da ausência de repasse de recursos federais a título de complementação), **tampouco o ato de improbidade seria imputável a agente público federal**." (Ação Civil Originária 1109, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/Acórdão: Min. Luiz Fux (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, DJe-047 DIVULG 06-03-2012, publicado 07-03-2012)

O perdimento dos direitos sobre a área pública em favor da União, ou a declaração de inexistência ou nulidade do contrato, decorrência lógica da aplicação do art. 12, da L. 8.249/92, não retiram a legitimidade ativa do Ministério Público do DF.

O interesse direto do DF e sua intervenção na apuração de ato de improbidade de servidor público distrital, torna competente o juízo fazendário para julgamento e processamento do feito.

Nesse sentido decidiu este Tribunal:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SUSCITANTE. JUÍZO DE DIREITO DA 15ª VARA CÍVEL DE BRASÍLIA. SUSCITADO. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO DF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA DECISÃO IMPUGNADA. EFEITOS RECURSAIS DEVOLUTIVOS E SUBSTITUTIVOS. INÉRCIA DO ENTE POLÍTICO NÃO IMPORTA A CONCLUSÃO DA INEXISTÊNCIA DE INTERESSE. CARACTERIZAÇÃO DO INTERESSE DO ENTE POLÍTICO FACE À IMPESSOALIDADE. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FAZENDÁRIO. 1. (...) 2. O simples fato de a pessoa jurídica de direito público se abster em contestar não a exclui da lide ou lhe retira o interesse na matéria discutida em juízo, uma vez que o interesse do Distrito Federal é impessoal e geral, já que a ação ajuizada visa justamente à defesa de direitos e interesses difusos. Precedentes. 2.1. Nas hipóteses em que a causa de pedir da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público revela suposto ato de improbidade administrativa, praticado por servidor público distrital ou agente político local, fica realçado o interesse do Distrito Federal. Inteligência do sistema da Lei 8.429/92, mais especificamente das normas constantes dos seus artigos 14, §3º, 17, §§2º e 3º, 18 e 20, parágrafo único. 2.2. O interesse do ente distrital mostra-se presente diante do fato de figurar como beneficiário da eventual procedência da ação (ato de improbidade por dano ao erário), haja vista que se intenta a defesa da moralidade administrativa inerente à Administração Pública, abalada pelo suposto desfalque dos cofres públicos. 3. Em vista da regra do art. 6º, §3º, da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular), aplicável às ações de improbidade administrativa (art. 17, §3º, da Lei 8.429/92), nada obstante ser facultado à pessoa jurídica de direito público participar ou não do feito, a sua eventual inércia não implica à desqualificação da competência absoluta do juízo fazendário para processar e julgar ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Precedentes desta Corte Local na direção da subsistência da competência do juízo fazendário. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo suscitado. (Acórdão n.610746, 20110020253207CCP, Relator: J.J. Costa Carvalho, 2ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 21/05/2012, Publicado no DJE: 17/08/2012. Pág.: 30)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESPECIALIZADOS. VARA CÍVEL VERSUS VARA DE FA-

ZENDA PÚBLICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA FUNDADA EM SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINSTRATIVA PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. ARTIGO 27 DA LEI 8.185/91, COMBINADO COM OS ARTIGOS 14, §3º, 17, §§2º E 3º, 18 E 20, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DA LEI 8.429/92. INTERESSE DO DISTRITO FEDERAL CONFIGURADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FAZENDÁRIO. 1. Pelo que se infere da leitura da norma que consta do artigo 27, inciso I, alínea "a", da Lei 8.185/91, para a determinação da competência dos Órgãos Jurisdicionais fazendários, criados pelo artigo 18, inciso I, alínea "a", da referida Lei de Organização Judiciária, o que importa é a verificação da existência de interesse do Distrito Federal na causa, particularmente um interesse capaz de atribuir-lhe a condição de autor, réu, assistente ou opoente. 2. Logo, pouco importa a verificação do efetivo comparecimento do ente federado aos autos, já que, se houver interesse, a competência será do Juízo da Vara de Fazenda Pública, mesmo nas hipóteses em que, devidamente convocado, o Distrito Federal se mantém inerte. 3. Em hipóteses nas quais a causa de pedir da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público é suposto ato de improbidade administrativa, praticado por servidor público distrital, o interesse do Distrito Federal decorre da própria Lei 8.429/92, mais especificamente das normas constantes dos seus artigos 14, §3º, 17, §§2º e 3º, 18 e 20, parágrafo único. 4. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada. (Acórdão n.308687, 20080020025263AGI, Relator: João Batista Teixeira, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/06/2008, Publicado no DJE: 09/06/2008. Pág.: 166)

Rejeito as preliminares.

Desa. Vera Andrighi (Revisora) – Com o Relator.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Presidente e Vogal) – Acompanho o Relator.

MÉRITO

Des. Jair Soares (Relator) – A atuação dos servidores públicos, porque investidos na função pública, submete-se aos princípios constitucionais a que adstrita a Administração Pública.

Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo (L. 8.249/92, art. 9º). E a prática de ato que atente contra os princípios da administração pública, ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (L. 8.429/92, art. 11).

A caracterização das condutas do art. 11, *caput*, da L. 8.429/92 prescinde da prova de dano efetivo ao erário ou do enriquecimento ilícito do agente.

Nesse sentido a jurisprudência do e. STJ:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO.VIOLAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DE CONHECIMENTO PALMAR. MULTA CIVIL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...) 2. Os atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 que importem na violação dos princípios da administração independem de dano ao erário ou do enriquecimento ilícito do agente público. (...) Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 70.899/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 24.10.2012)
>
> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 168/STJ. ELEMENTO SUBJETIVO. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. FOROPRIVILEGIADO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, não é necessária a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. (...) 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no EREsp 1.119.657/MG, 1ª Seção, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 25.9.2012)
>
> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARADIGMAS ORIUNDOS DA MESMA TURMA JULGADORA. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA

RELATIVA AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 168/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 5. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, não é necessária a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. Incidência da Súmula168/STJ. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EREsp 1.143.484/SP, 1ª Seção, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.8.2012)

Quanto ao elemento subjetivo, a caracterização do ato de improbidade administrativa, sobretudo o do art. 11, *caput*, exige, ao menos, o dolo genérico, direto ou eventual.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. 1. (...) 2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, §1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal. 3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. HumbertoMartins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira,j. 13/5/2008, DJe21/5/2008) 4. **Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no**

> **terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11. 5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.** 6. (...) 7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade. 8. (...) 9. (...). 10. Recurso Especial parcialmente provido. (Resp 765212/AC, REsp 2005/0108650-8, Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 23/06/2010). Grifamos.

A conduta imputada ao réu é descrita nos artigos 9º, *caput,* e 11º, *caput,* da L. 8.429/92.

Merece destaque o exame dos atos praticados pelo réu feito na r. sentença:

> Com efeito, o instrumento do Contrato de Compra e Venda de Cessão de Direitos e Transferência de Posse de Imóvel Rural (fls. 92/93), **formalizado em 05 de junho de 1997,** torna **inequívoca a existência de transação entre o réu da presente ação de improbidade e Jairo Ferreira dos Santos**, acompanhado de sua esposa, I.G. dos S.. Nele, o contrato, acordou-se a cessão de posse de 10 (dez) hectares da Chácara Andreane, localizada na Colônia Agrícola Cabeceira do Cana do Reino, de J.F. ao réu, friso.
>
> A transação – cessão de direitos – surgiu, em verdade, de atendimento inicial promovido pelo réu, no próprio ano de 1997, na 17ª Delegacia de Polícia, quando prestava expediente como Delegado de Polícia Plantonista (fl. 750, Ocorrência Policial autenticada pelo réu). Jairo, o detentor da área inarreda-

velmente pública, compareceu ao estabelecimento policial referido na tentativa de afastar, digamos assim, esbulho supostamente praticado por seu vizinho. W., o réu, na condição de autoridade policial, compareceu ao local do fato, esclarecendo a J. a impossibilidade de ele, Delegado, atuar no caso presente a seara penal; a contenda entre vizinhos seria solvível somente na seara cível, **oferecendo-se o réu, então, para redigir a petição inicial da ação contra o vizinho, porém de forma escamoteada, escondida, pois não exercia a advocacia, ante a incompatibilidade da investidura e exercício da função Policial.** Quem assinaria a petição feita por ele, W., seria um amigo seu, **tudo em troca da porção de terra – objeto da cessão de direitos – e não os R$ 10.000,00 (dez mil reais) ardilosamente postos como preço no instrumento contratual**. Porção de terra agora sob a detenção de W.

Os depoimentos e declarações prestados em Juízo e nas outras oportunidades procedimentais trazidas aos autos como prova emprestada não deixam dúvidas a respeito da afirmação lançada, senão vejamos:

1) Declaração prestada por J.F. dos S. à Corregedoria Geral de Polícia do Distrito Federal (fl. 138):

(...) que no ano de 1997, **o seu vizinho Lourival Rosa invadiu parte de suas terras o que gerou muitas confusões e que por isso o declarante procurou a 17ª DP de Taguatinga para resolver a questão; que foi atendido pelo delegado W.C., o qual lhe informou que aquela questão deveria ser apreciada pelo Judiciário e o declarante precisava arrumar um advogado; que o declarante disse que não tinha dinheiro para contratar advogado, ao que ele mencionou que poderia pagar advogado com um pedaço da própria terra; que o delegado se propôs a visitar a terra, afirmando que tinha muitos amigos advogados e que poderiam fazer tal permuta; que naquele mesmo dia o declarante em companhia de sua filha C. e o delegado foram de camburão até a chácara onde ele gostou do que viu e se propôs a entrar na justiça para tirar o vizinho e escolheria um pedaço da terra para ele**, afirmando que não poderia assinar a petição, mas arranjaria um colega advogado para assinar por ele; que o próprio delegado redigiu a petição inicial de ação de interdito proibitório com pedido de liminar, o que foi feito no escritório dele; que após redigir a petição todos foram até o escritório do Dr. O.

onde havia outra advogada de nome L.B.C.C. e ali o delegado combinou com aqueles advogados para assinar a petição e comparecerem junto ao juiz.

2) Defesa do advogado O.D. do ao Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Distrito Federal (fl. 145 e seguintes):

Preliminarmente, esclarece que nunca advogou para o autor da representação que deu origem ao processo acima, que a única vez que lhe prestou um favor, foi assinando uma petição de Interdito Proibitório contra a Administração Regional de Taguatinga/DF, redigida pelo Dr. W.C., que à época exercia a função de Delegado da Polícia Civil do Distrito Federal, e não podia advogar.

3) Declaração prestada pelo próprio réu perante o mesmo Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (fl. 147 e seguintes):

(...) que, pela amizade que foi criada entre Jairo e o peticionário, este narrou o fato ao seu amigo, Dr. O.D. do e pediu-lhe para assinar uma ação de interdito proibitório, que seria feita em nome de J. (...); este o réu combinou com J. que fizessem uma cessão de direitos simulando uma transação comercial da área, a fim de facilitar na solução do conflito, o que foi feito, colocando um ponto final na discussão. Esclarece mais uma vez que o Dr. O.D. do nada tem a ver com o caso, o seu nome foi citado pelo Senhor J. de forma leviana e inescrupulosa.

4) Depoimento, em Juízo, de C.F. dos S., não contraditada pelo réu (fl. 3017):

(...) que ao chegar à delegacia o réu aqui presente era o delegado do dia e ouvindo o assunto da sua sala, chamou a depoente e o seu pai para irem até a sua sala na Delegacia, sendo que, inclusive, o seu próprio pai e a depoente pediram para falar com o delegado; que o réu, o delegado à época, se interessou pelo assunto do pai da depoente, marcaram um almoço onde iriam visitar as terras; que no dia do referido almoço o Dr. O. foi também juntamente com o réu; que ao ouvir a proposta de trocar os honorários advocatícios por um pedaço de terra em caso de êxito na ação, o Dr. O. rechaçou de pronto a proposta; que então ficou combinado que o próprio réu aqui presente faria a petição de interdito proibitório e o Dr. O. assinaria para ele a petição mais uma vez que o mesmo não poderia fazê-lo por impedimento de ser delegado de policia; que mesmo após perder a ação, o réu, aqui

presente, tomou posse da área contratada para ser recebida como título de honorários no caso de êxito da ação perdida, inclusive pressionando o pai da depoente para não reagir usando, para isso, do poder de polícia inerente ao seu cargo de delegado de polícia, inclusive com viaturas de policia que restaram por minar qualquer tipo de reação por parte da depoente e de seu pai que se sentiram absolutamente coagidos; (...); que a única casa de alvenaria construída naquele setor de chácaras é a do réu uma vez que a fiscalização da Zoobotânica é muito rigorosa;

5) Depoimento prestado por O.D. do N., em Juízo (fl. 3019):

(...) que o réu, então, convidou o depoente para irem a um almoço oferecido pelo Sr. J. para visitarem as tais terras desocupadas; que depois de almoçarem foram ver as terras e o depoente foi taxativo em informar que não tinha interesse por entender que poderiam ser do governo; que o réu demonstrou interesse em resolver o conflito no cível entre o Sr. J. e um vizinho e, então, faria a petição inicial da ação possessória correspondente e pediria para o depoente assinar uma vez que exercendo o cargo de delegado de polícia não poderia fazê-lo diretamente e pessoalmente. E assim foi feito, ou seja, o réu elaborou a petição inicial e o depoente assinou a peça; que pelo que se lembra assinou apenas esta petição inicial atendendo a um pedido do réu;

Estreme de dúvidas, portanto, não é demais repetir, ter o réu, facilitado pela sua condição de Delegado de Polícia, e mais ainda, de Delegado de Polícia em contato com fatos conhecidos quando do exercício de sua função, exercido, de forma mascarada, a advocacia, agindo, de mais a mais, para prejudicar J., tomando-lhe porção de terra da qual tinha detenção, ancorado (o réu) pelo aparelhamento policial. Os depoimentos, coesos com os demais elementos de prova dos autos – notadamente as confissões parciais e contradições do agente público – permitem chegar, tranquilamente, a esta conclusão.

E o réu não parou por aí.

Imbuído pelo sentimento de deter aquelas terras, a qualquer custo, prestou declaração de conteúdo notadamente falso à Fundação Zoobotânica do Distrito Federal.

> Conforme se vê do documento 02, a aparelhar a petição inicial, o réu declarou não ser servidor público ou membro de qualquer dos poderes do Distrito Federal, bem como ter na agricultura a sua única atividade, para fins de atendimento ao art. 347, da Lei Orgânica do Distrito Federal, a vedar destinação de terras públicas rurais do Distrito Federal a membros e servidores desta Unidade da Federação.
>
> Ora, embora no momento da declaração, em 02 de março de 1998, o réu não estivesse mais a exercer o cargo de Delegado de Polícia, diante de discussão jurídica por mim tratada abaixo, o fato de ocultar sua condição de ex-Delegado, no momento da assinatura, traz forte carga de imoralidade ao ato praticado. Não bastasse, o autor não tinha na agricultura a sua única atividade, porquanto, afastado da condição de Delegado, passou a exercer a advocacia, agora de forma pública e não mascarada como exerceu no momento da lesão aos interesses do cidadão J..
>
> Ficam afastadas, ao fim e ao cabo, as alegações de inexistência dos fatos narrados na petição do Ministério Público e de término de vínculo funcional com a pessoa jurídica de direito público central, o Distrito Federal, pois, embora afastado da atividade policial de 16 de julho de 1997 a 18 de agosto de 1999, em virtude de discussão a respeito da regularidade de sua investidura inicial – existência ou não de transposição – o réu foi reintegrado ao serviço público em 18 de agosto de 1999, por meio de Decreto do Governador do Distrito Federal.

J.F. dos S. registrou ocorrência em 22.4.97 (f. 750), quando o réu estava de plantão. O réu conheceu o comunicante nesse dia. Ao vislumbrar oportunidade de negócio, após conhecer a área objeto de esbulho, ofereceu serviços advocatícios ao comunicante, exigindo como pagamento parcela da área pública invadida.

Redigiu a inicial da possessória, violando vedação funcional de exercício da advocacia, firmou termo de aquisição de direitos sobre área pública irregularmente ocupada (fls. 95/93), negócio este que o próprio réu afirmou simulado (fls. 147/52). Ocupou área pública e, na defesa do suposto direito de "posse", ajuizou manutenção de posse em 21.12.99, na qual se qualificou como agricultor (fls. 814/25).

Não bastasse, o réu edificou em área de proteção permanente (laudo de exame de local da Polícia Civil), usou violência e fez ameaça para garantir a posse, prestou declarações falsas e omitiu informações à Fundação Zoobotânica, com a finalidade de regularizar a área.

Conforme frisou o il. representante do MPDFT "o réu foi investido no cargo de Delegado de Polícia, por força de decisão judicial, em 16 de julho de 1996. Exerceu suas funções até 16 de julho de 1997, data em que, cassada a decisão que lhe foi favorável, foi exonerado. Apesar disso, foi reintegrado ao serviço público em 18 de agosto de 1999, beneficiando-se de decisão do Governador do Distrito Federal." (f. 3240)

Utilizar o cargo de delegado de polícia para obtenção de proveito econômico indevido – "aquisição" de área pública – , exercer atividade de advocacia a despeito da vedação do cargo, agir, seja no emprego de ameaça e violência para garantir e expandir a "posse" da área ocupada, prestar informações inverídicas e omitir dados importantes, com a finalidade de regularizar a "posse" em área pública, condutas eivados do dolo de obtenção de vantagem e violação dos princípios da Administração, caracterizam improbidade administrativa.

Em razão do exercício do cargo de Delegado de Polícia, praticou ato que deveria coibir, qual seja, prestar serviços de advocacia, estando impedido para tanto, adquiriu "direitos" sobre área invadida e edificou em área de preservação ambiental. O réu violou vedação funcional de não exercer advocacia e entrou na "posse" de área pública de forma clandestina.

Certo que requereu a regularização da posse no período em que estava afastado da função. Todavia, ao retornar ao exercício do cargo de Delegado, não comunicou à Administração, pois sabia que certamente lhe seria negada a ocupação da área. Insistiu, portanto, na conduta de manter a ocupação ilícita.

As provas carreadas nos procedimentos administrativos da Polícia Civil, Comissão de Ética da OAB, bem como as colhidas em juízo, demonstram que o réu praticou diversas condutas ímprobas e imorais, e teve proveito econômico em razão do cargo: exerceu advocacia, adquiriu direitos sobre área pública invadida, ocupou área pública, prestou declarações falsas para obtenção da regularização de área pública, e edificou em área de preservação ambiental sem autorização da Administração.

O que aumenta a reprovabilidade das condutas ímprobas do réu é o fato de que, à época dos fatos, era delegado de polícia. A autoridade que deveria fiscalizar e coibir a prática de ilícitos, sobretudo evitar ocupação de área pública, violou deveres funcionais, obteve proveito econômico indevido, e praticou condutas tipificadas como crime ambiental.

A conduta do réu, porque viola dever funcional, macula a imagem e fere a credibilidade da Polícia Civil do DF, configura ilícitos que ferem a moralidade pública.

E a hipótese não é de mera invasão de área pública ou exercício irregular de advocacia. A autoridade pública além de parecer honesta, deve ser honesta, agir com probidade e honestidade. O que para um cidadão comum, ou mesmo um servidor público da área meio adquire feições de conduta imoral, para um Delegado configura crime.

Comprovada a prática do ato de improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. E segundo entendimento do e. STJ "Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, **fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal**. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração." (REsp 513.576/MG, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 6.3.2006, p. 164) grifamos.

A L. 8.112/90, que se aplicava aos servidores públicos do DF à época, prevê a possibilidade de cassação de aposentadoria do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com demissão (art. 134). E a demissão é aplicada no caso de improbidade administrativa (art. 132, IV). Esses dispositivos não são inconstitucionais.

A pena de perda da função pública deve ser dar *rebus sic stantibus*, somente se ao momento da imposição da penalidade, exista o vínculo funcional. Inexistindo este, nada impede que o ato se converta em cassação de aposentadoria, como na hipótese.

O STF decidiu que a aplicação da pena de demissão em sede de processo administrativo onde se apure a prática de improbidade administrativa prescinde da prévia declaração judicial de violação da L. 8.429/92. Veja-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO DE SERVIDOR FEDERAL POR MINISTRO DE ESTADO. POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO ATO DE DEMISSÃO A MINISTRO DE ESTADO DIANTE DO TEOR DO ARTIGO 84, INCISO XXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. PROVA LICITAMENTE OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTRUIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PODE SER UTILIZADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS AVALIADAS COMO PRESCINDÍVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PUNIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. Com fundamento na prática de improbidade administrativa independe de provimento judicial que reconheça a conduta de improbidade administrativa. Independência entre as instâncias da improbidade administrativa e administrativa. Nego provimento ao recurso ordinário. (RMS 24194, Relator(a): Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-193, 06-10-2011, VOL-02603-01 PP-00001)
>
> Não só se admite a cassação de aposentadoria, em procedimento administrativo, ao inativo que tenha praticado atos de improbidade na ativa como, em decorrência da aplicação do art. 12, da L. 8.429/92, admite-se a cassação da aposentadoria na esfera judicial.

O e. STJ decidiu que "não há incompatibilidade entre o art. 20 da LIA e os arts. 127 e 132 da Lei 8.112/1990. A Constituição prevê o repúdio a atos que atentem contra os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*)." (MS 16418/DF, MS 2011/0071553-1, Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, DJe 24/08/2012)

Colhe-se do voto do eminente relator:

> 1. Compatibilidade entre o art. 20 da LIA e art. 132, IV, da Lei 8.112/1990.
>
> Embora a questão não tenha sido debatida pelas partes, foi trazida ao debate pelos eminentes pares a impossibilidade de condenar servidor público à demissão em razão de Processo Administrativo Disciplinar por fato subsu-

mível à Lei de Improbidade Administrativa, por interpretação do *caput* do art. 20 da referida norma.

Não parece ser o caminho mais adequado a trilhar.

(...)

Desde sua redação original, a Constituição prevê o repúdio a atos que atentem contra os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37,*caput*). Não bastasse isso, as Leis Bilac Pinto e Pitombo Godoy Ilha (Leis 3.164/57 e 3.502/58) há meio século instituíram o repúdio à má utilização da máquina pública, ao estabelecerem o sequestro e a perda de bens em favor da Fazenda Pública quando adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha incorrido.

Dessa forma, o repúdio axiomático à improbidade administrativa não é propriamente uma novidade no sistema.

Um dos diferenciais relevantes da Lei 8.429/1992 foi estabelecer sanções específicas e contundentes, passíveis de aplicação autônoma ou cumulada, nos termos do seu art. 12, assim redigido:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei 12.120, de 2009).

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ouincentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A norma é considerada uma vitória no combate aos atos ímprobos. Porém, o próprio *caput* do dispositivo acima transcrito é claro em pregar a autonomia da perquirição dos fatos tipificados nos respectivos arts. 9-11: "Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato".

Isso quer dizer que a norma não criou um único subsistema para o combate aos atos ímprobos, e sim mais um subsistema, compatível e coordenado com os demais.

Tal fato é corroborado pelo disposto no art. 41 da CF.

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.(Incluído pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

(...)

Anoto que a redação original do dispositivo constitucional não altera o entendimento aqui esposado, porquanto dispunha: "§1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa".

Portanto, a interpretação proposta contraria não só a leitura atomizada na norma, quando sua compreensão sistemática, amparada em preceito constitucional.

Afinal, o ato ímprobo é fato jurídico de múltipla incidência passível de investigação e penalização nas esferas penal, civil e administrativa.

A coordenação de subsistemas não é novidade no direito. Nem sempre o que se define perante uma Justiça vincula outra, ou mesmo a administração pública. Tome-se como ideia: se toda sentença condenatória gera título executivo no cível, nem toda sentença absolutória exime o acusado da responsabilidade civil ou administrativa; ou ainda, a imensa maioria das sentenças prolatadas na esfera cível não produz efeitos na esfera penal.

A coordenação/autonomia de instâncias deve ser examinada com cautela, evitando-se juízos peremptórios que possam levar a interpretações equivocadas.

Assumindo tais premissas, deve-se fazer a leitura do art. 20 da LIA, cuja redação é a seguinte:

> Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.
>
> O dispositivo, em interpretação sistemática do próprio texto da LIA, quer somente dizer que é vedada a execução provisória de parcela das sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma.
>
> Não se estabeleceu aí uma derrogação de todo e qualquer dispositivo presente em outra esfera que estabeleça a condenação de mesmo efeito; tampouco se quis criar lei nova mais benéfica ao acusado, por meio de diploma que ostensivamente buscava reprimir condutas reprováveis e outorgar eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, §4º – afinal, é inconcebível que uma lei redigida para coibir com maior rigor a improbidade administrativa no nosso País tenha terminado por enfraquecer sua perquirição.
>
> Sendo assim, a pena demissão prevista na Lei 8.112/1990 é compatível com o disposto no art. 20 da LIA. (...)
>
> A jurisprudência, no tocante à condenação do agente ímprobo, posiciona-se pela indispensável observância da proporcionalidade entre a penalidade e o ato de improbidade praticado, evitando, assim, aplicação de sanções destituídas de razoabilidade em relação ao ilícito, sem que isto signifique, por outro lado, conferir beneplácito à conduta ilícita do agente.

Tampouco se exige aplicação cumulada das sanções previstas na L. 8.429/92. Cabe ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, à luz da proporcionalidade e razoabilidade, a adequação da condenação.

Decidiu o e. STJ:

> ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADORNA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. 1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Estadual em face de ex-prefeito, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consubstanciado na permissão a particulares de uso de bens imóveis públicos, sem permissão legal, enquanto do exercício do cargo eletivo. 2. As sanções do art. 12, da

> Lei 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa entrever o parágrafo único do mesmo dispositivo. 3. O espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. Precedentes: RESP 664856/PR, desta relatoria, DJ de 02.05.2006; RESP 507574/MG, Relator MinistroTeori Zavascki, DJ de 08.05.2006; RESP 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006; RESP 291.747, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros,DJ de 18/03/2002; RESP 300.184/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 03.11.2003 e RESP 505.068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003. 4. A sanção imposta ao agente público, ora recorrido, decorrente de ampla cognição acerca do contexto fático probatório engendrada pelo Tribunal local à luz da razoabilidade não revela violação da lei, mercê de sua avaliação, em sede de recurso especial, impor a análise dos fatos da causa para fins de ajuste da sanção, que esbarra no óbice erigido pela Súmula 07/STJ. Precedentes do STJ: (RESP 825673/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 25.05.2006 e RESP 505068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003. 6. *In casu*, o Ministério Público Estadual ajuizou Ação Civil Pública em face de ex-prefeito, por ato de improbidade administrativa, consubstanciado na permissão a particulares de uso de bens imóveis públicos, sem permissão legal, enquanto no exercício do cargo eletivo e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de apelação interposta pelo *Parquet* Estadual, deu provimento ao recurso para determinar que o réu procedesse ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. 7. Recurso especial desprovido. (REsp 631.301/RS, Rel. Min.Luiz Fux, DJU de 25.09.06)

A multa civil, que não tem natureza indenizatória, prescinde da comprovação de prejuízo ao erário e é compatível com os atos de improbidade do art. 11, da Lei 8.429/92.

Não é possível afirmar tenha havido prejuízo ao erário na aquisição de "posse" de área pública pelo réu. O contrato é nulo de pleno direito. Não obstante, tendo como parâmetro a vantagem indevida obtida pelo réu, e atento ao caráter punitivo da multa, razoável multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O valor da multa, examinado em conjunto com a extensão do dano e a gravidade do ato, observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sobretudo porque representa o dobro do acréscimo patrimonial que teria com a prestação indevida dos serviços advocatícios (contrato simulado), atende ao disposto no art. 12, I, da L. 8.429/92.

Nego provimento ao recurso do réu. Dou provimento, em parte, ao recurso do autor e condeno o réu no pagamento de multa civil no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Desa. Vera Andrighi (Revisora) – Com o Relator.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Presidente e Vogal) – Ouvi atentamente a exposição da tribuna e, ainda, consultei uma peça do volumoso processo, que possui dezenove volumes, e verifiquei que se encontram bem demonstrados, bem provados os fatos que ali cercaram a pretensão ministerial de condenação por improbidade.

Com essas breves considerações, subscrevo o voto do eminente Relator, nos termos da conclusão de S. Exa.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento ao recurso do réu. Deu-se parcial provimento ao recurso do autor. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2005011088747-6

Relator – Des. Romeu Gonzaga Neiva

Quinta Turma Cível

EMENTA

Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Preliminares: ilegitimidade passiva e inépcia da inicial. Inocorrência. Nulidade da sentença. Irregularidade na citação e citação editalícia ilegítima. Inexistência. Cerceamento de defesa. Ausência. Sentença *ultra petita* e violação ao princípio da adstrição. Não ocorrência. Mérito. Responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Demonstração pela prova ambiental produzida. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Redução da condenação. Impossibilidade. Indenização devida.

1. Os réus são parte legítima para responder, uma vez que observada a pertinência subjetiva da ação quanto a eles, na medida em que demonstrada na petição inicial, *in status assertionis*, ou segundo o que se afirma, liame de causa e efeito entre o dano, os causadores e a sanção a ser imposta.

2. A petição inicial não é inepta, pois observados os pressupostos do art. 295, parágrafo único e incisos do CPC, permitindo ao julgador compreender os limites objetivos e subjetivos do pedido e, assim, prestar jurisdição, sem descurar da possibilidade de os réus compreenderem os seus temos e, assim, se defenderem.

3. Não existe nulidade na r. sentença, que mereça ser sanada, eis que não se observa, em princípio, nulidade na citação dos réus, haja vista que a mera irregularidade restou superada pelo comparecimento espontâneo para responderem aos termos da ação, o que fizeram plenamente, aplicando o disposto no art. 214, §1º do CPC. Da mesma forma, não é nula a citação por edital, diante do número significante de réus e da peculiaridade do caso – loteamento irregular – , onde dificilmente se conseguiria citá-los todos pessoalmente.

4. Não há de se falar em cerceamento de defesa quando o réu foi devidamente citado nos termos da Lei Processual Civil, conforme certidão contida nos autos.

5. De sentença *ultra petita* não se trata, uma vez que observados os limites objetivos da lide, traçados pelos pedidos do autor, sobretudo o da letra "h".

6. O Princípio do Ato Consumado não se aplica ao caso, na medida em que o laudo pericial esclareceu que os danos ambientais são recuperáveis.

7. Inviável condenar o Distrito Federal a reparar parte do dano, eis que o Estado somente pode ser responsabilizado em caso de omissão se demonstrada a culpa ou o dolo, além de que tal pedido não consta da inicial.

8. O valor da condenação é razoável, considerando que se limita aos danos provocados pelos réus, cuja reparação for impossível, após apuração em liquidação, além de que o quantitativo de condenados faz-se presumir que será pulverizado, permitindo, pois o pagamento.

9. Preliminares rejeitadas. Apelações improvidas. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romeu Gonzaga Neiva – Relator, Angelo Canducci Passareli – Revisor, João Egmont – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Luciano Moreira Vasconcellos, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento aos recursos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Adoto em parte, o relatório do e. Procurador de Justiça, Dr. Diaulas Costa Ribeiro, *verbis*:

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por A.B. e outros (fls. 1986/1993), F.A. de S. (fls. 1997/2068) e A.R. e outros (fls. 2126/2131), contra a r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, que julgou procedente o pedido exordial, ao condenar os requeridos (fls. 1960/1982):

a) elaborar Plano de Recuperação de Áreas Degradadas – PRAD, relativo às áreas do empreendimento ou afetadas direta ou indiretamente por ele, não passíveis de ocupação humana e assim definidas na legislação de regência que eventualmente possam ser recuperadas, ou estudo conclusivo sobre a inviabilidade total da recuperação, no prazo de 60 (sessenta dias) contados do trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso;

b) antes de vencido o prazo supra, submeter e obter aprovação do referido PRAD junto ao órgão ambiental, aprovação que deverá ser comprovada no prazo de 90 (noventa) dias da apresentação do pedido, ou justificação dos motivos da não aprovação ou cumprimento de diligências pertinentes, sob pena de multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso;

c) pagar indenização em dinheiro, pelos custos de readequação e pelos danos urbanísticos e ambientais irreversíveis, resultantes do empreendimento comum que implantaram nas chácaras XX e XX da Colônia Agrícola Arniqueiras, consoante assim se apurar em liquidação de sentença, sem os quais não se dará a regularização fundiária urbana que assim venha ser concebida em políticas públicas de interesse social ou especial para o lugar; e, d) a pagar as custas e despesas processuais.

Julgo procedente, ainda, o pedido determinando aos réus que se abstenham de vender, prometer vender, reservar lote ou se utilizar de qualquer outro instrumento para esse fim, bem como fazer anúncios, propagandas ou divulgações a qualquer título, de lotes ou frações ideais integrantes do parcelamento em questão, enquanto não se der a efetiva regularização fundiária urbana do lugar, sob pena de multa no valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do preço do negócio celebrado em descompasso com a presente cominação.

A.B. e outros apresentaram suas razões recursais às fls. 1986/1993 e aduziram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva. No mérito, sustentaram a ausência de nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação dos apelantes. Alegaram, também, que o julgamento foi *ultra petita*, pois o Magistrado a quo condicionou a eventual comercialização dos lotes à regularização fundiária urbana da área objeto do processo. Por fim, asseverou que houve excesso na condenação no que pertine ao pagamento do Plano de Regularização das Áreas Degradadas, bem como à indenização financeira para a readequação dos danos.

F.A. de S. apresentou seu recurso às fls. 1997/2068 e alegou, em síntese, que houve cerceamento de defesa, pois todo o processo transcorreu sem nunca ter sido intimado. Ainda, preliminarmente, aduz que houve violação ao Princípio da Adstrição. No mérito, alegou que não restou comprovada a autoria dos atos que ensejaram o dano ambiental. Almeja a incidência da Teoria do Ato Consumado, sob o argumento de que a reversão dos atos praticados pelas partes provocaria um mal maior do que a sua regularização.

Ato contínuo, sustenta que o Distrito Federal deve ser responsabilizado solidariamente por eventual dano causado, posto que os réus ocuparam referida área com a anuência tácita de todos os Órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Governo do Distrito Federal. Defende o Direito de Moradia. Aduz, também, que o Princípio da Isonomia foi violado, pois os proprietários da chácaras limítrofes à área em análise, não estão sendo responsabilizados por eventual dano ambiental.

Os Embargos de Declaração opostos por A.R. e outros (fls. 2100/2102) foram rejeitados pelo Juízo *a quo* à fl. 2104.

A.R. e outros apresentaram as razões da Apelação às fls. 2149/2170. Requereram preliminarmente o reconhecimento da nulidade da citação editalícia e a inépcia da inicial.

No mérito, asseveram que a análise quanto eventual dano ambiental deve ser feito de forma fracionada, pois a Chácara XX encontra-se em Área Urbana de Dinamização, enquanto a Chácara XX fica em Área Rural Remanescente.

Requer a incidência do Princípio da Legalidade, sob o argumento de que os proprietários dos lotes desmembrados das demais chácaras da região não forma responsabilizados por eventual dano ambiental.

Aduz que não existe nos autos provas de que os réus foram responsáveis pelo dano ambiental praticado. Pleiteia a incidência da Teoria do Fato Consumado, sob o argumento de que o condomínio já está consolidado. Por fim, sustenta que deve ser imputado ao Distrito Federal a responsabilidade solidária no dano ambiental, em razão de sua anuência tácita da ocupação da área objeto dos autos.

O Distrito Federal (fls. 2126/2131 e 2179/2196) e a TERRACAP (fls. 2135/2141 e 2195/2205) apresentaram contrarrazões recursais pelo desprovimento dos recursos.

Acrescento que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios oficiou pelo conhecimento e improvimento dos apelos.

Preparo regular do apelo de A.B. e outros.

Sem preparo o apelo de F.A. de S., haja vista a gratuidade de justiça concedida à fl. 2104. Contrarrazões dos autores, pugnando pelo improvimento dos apelos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) – Conheço dos recursos, eis que presentes os requisitos de admissibilidade.

Examino as preliminares.

Ressalto que os apelantes reagitam idênticas alegações feitas na contestação, devidamente rechaçadas pelo i. Juiz Sentenciante.

De efeito, não há de se falar em nulidade da citação, uma vez que o réus compareceram ao juízo e exerceram o contraditório e a ampla defesa, conforme lhes aprouveram, ou seja, em completa amplitude. Assim, sem prejuízo, ainda que se

reconheça irregularidade na citação de fls. 1.326 e 1.385, não se pode declarar a nulidade do ato judicial, até mesmo porque o comparecimento espontâneo supre a falta de citação, nos termos do art. 214, §1º do CPC.

Neste ponto, destaco, por similaridade de alegação, que não há cerceamento de defesa, ao contrário do alegado pelo apelante F.A. de S., uma vez que efetivamente citado, conforme certidão de fl. 897, em razão de que exerceu o contraditório e ampla defesa em sua plenitude.

Da mesma forma, não vislumbro nulidade na citação editalícia, uma vez que a hipótese se amolda à previsão legal de exceção à citação por mandado, prevista no art. 231, incisos I a II do Código de Ritos. Ora, é expressiva a quantidade de réus que ocuparam coletivamente a área parcelada irregularmente, e por considerável decurso de tempo, em razão de que são incertos, autorizando a citação editalícia, que se sabe, é desvestida das formalidades previstas no art. 282, inc. II do CPC.

Ademais, embora afirmem os réus que existiam meios de localização não utilizados pelos autores, não apontam, por deve de lealdade processual, quais seriam objetivamente, com o fim de obter o necessário êxito da citação.

Vale lembrar que o julgador deve evitar as formalidades exageradas e diligências inúteis ao deslinde do litígio, sobretudo no caso vertente em que, além de incertos, os réus estavam em local incerto e não sabido.

Igualmente, não procede a assertiva de inépcia da inicial.

Isso porque, verifica-se, em princípio, que a inicial cumpre os pressupostos do art. 295, parágrafo único do Código de Ritos, eis que indicou o pedido e a causa de pedir, ou seja, o dano, bem como o pedido de reparação destes e os agentes que o provocaram. Narraram-se os fatos e deles decorreu a conclusão lógica do pedido, em que se pretende a recuperação ambiental ou a indenização pelos danos irreversíveis, se impossível for o primeiro. O pedido é juridicamente possível e, entre eles, não se vislumbra qualquer incompatibilidade.

Ademais, a exordial cumpre o que determina o art. 282 do Diploma Processual Civil, uma vez que permite a plena compreensão do objeto da lide e dos limites objetivos traçados, está fundada em elementos de fato, permitindo o exercício da

ampla defesa e do contraditório e, por fim, permite ao Julgador exercer o seu múnus público e compor o conflito, em seus limites objetivos e subjetivos.

Portanto, não há razões para indeferir a petição inicial.

Com relação à ilegitimidade passiva, melhor razão não lhes assiste.

De efeito, a legitimidade passiva, ou a pertinência subjetiva da ação, compreende-se como relação de fato meramente hipotética, segundo o que afirma a parte autora, ou *in status assercionis*, de modo a demonstrar um liame obrigacional insatisfeito, de natureza legal, contratual ou mista.

No caso vertente, o autor alega que os réus provocaram, em face da ocupação urbana desordenada e fora das hipóteses legais, danos ao meio ambiente e à ordem urbanística. Assim, tomando-se por base as alegações que constituem a causa de pedir, verifico que o pedido – condenação a ressarcir os danos – guarda liame lógico com aquela, de que decorre, em tese, a sanção cominada em lei aos transgressores, ora réus, pois afinal, são obrigados à reparação dos danos ao meio ambiente, quem de alguma forma, empreendeu, participou, contribuiu, facilitou, usufruiu ou colheu fruto ou benefícios diretos ou indiretos advindos do dano ambiental ou urbanístico, tendo em vista que se trata de responsabilidade objetiva, solidária, integral, de execução subsidiária e, além disso, *propter rem*.

Quanto à alegada violação ao Princípio da Adstrição e, bem assim, à ocorrência de sentença *ultra petita*, mais uma vez, sem razão os recorrentes.

Ora, basta examinar os termos da petição inicial do Distrito Federal para verificar que está inclusa, na alínea "h", a cominação de obrigação de não fazer, veja-se:

> h) Seja determinado aos réus ou a quaisquer outros que porventura venha a praticar atos de comércio dos lotes em comento que se abstenham de vender, prometer, reservar lote ou estabelecer qualquer tipo de instrumento para estes fins, bem como de fazer anúncios, propagandas ou divulgações de qualquer título de lotes ou frações ideais da área em evidência, cominando-se pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais) a ser imposta desde a data do efetivo descumprimento da obrigação, multa esta que deverá ser destinada ao fundo de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85 e do regulamento (Decreto 1.306/94, bem como da Lei Federal 9.008/95)

a) sejam impostas, em definitivo, as obrigações constantes do item 58, letras "c", "d", "e", "f" e "h";

b) sejam os réus solidariamente condenados a retornar a área litigiosa às condições em que estava antes das atividades de implantação de loteamento ilegal, com base em plano de recuperação de área degradada a ser apresentado pelos réus, no prazo de 30 dias, a contar da condenação, e, aprovado pela SEMARH-DF, sobe pena de o Distrito Federal cumprir referida obrigação às custas dos réus. A recomposição deverá compreender necessariamente a restauração da cobertura vegetal, reintrodução de espécies endêmicas de todos os gêneros da flora e da fauna silvestre, recuperação dos cursos d´água atingidos, demolição de edificações irregulares, remoção de entulhos, retirada de posteamento elétrico e de telefone e eliminação de drenos artificiais.

c) sejam os réus condenados ao pagamento de indenização pelos danos urbanísticos e ambientais irreversíveis a serem fixados em liquidação de sentença.

Nessa linha, não há que se falar em sentença *ultra petita*, eis que resolvida a lide dentro dos limites traçados pelos autores.

Rejeito, pois, as preliminares e avanço no exame do mérito.

Neste aspecto, contudo, razão não lhes assiste.

Peço vênia, mais uma vez, ao e. Procurador de Justiça, para transcrever excerto do conspícuo parecer de fls. 2220/2223, que passam a integrar as razões de decidir *in litteris*:

1. Do recurso de A.B. e outros (fls. 1986/1993)

(...)

No que pertine à ausência de nexo de causalidade entre o evento danoso e a atuação dos recorrentes, temos que a implantação do parcelamento do solo para fins urbanos nas chácaras informalmente numeradas como XX e XX, da Colônia Agrícola Arniqueiras/DF é fato incontroverso.

Da mesma forma, os recorrentes não comprovaram que a Administração os autorizou a promover as edificações.

No mesmo sentido, o Laudo Pericial é claro ao apontar que houve dano ambiental em razão da edificação promovida pelos apelantes, como ressaltou o Perito ao responder a questão número 18 de fl. 1865:

Os danos ambientais de ordem ecológico e hidrológico gerados pela implantação de um condomínio residencial é resultado do desmatamento e da impermeabilização do solo. Os custos das obras necessárias para a destruição de todas as obras civis do condomínio, o replantio de espécies nativas e demais ações que possam retornar aquela área ao cenário natural que ali outrora existia, é passível de ser financeiramente dimensionado.

Logo, não existe razão aos recorrentes, posto que foi demonstrado, de fato, o nexo causal entre a atuação dos Apelantes e os danos ambientais provocados.

Tal fato, também foi sopesado na sentença objurgada, como se vê:

Certamente que o Sr. Perito encontrou degradação ambiental decorrente de atividade "... extração mineral que ocorreu por volta do ano de 1978 (fl. 1.848), embora não seja o dano único lá ocorrido. No entanto, o empreendimento dos réus causou outros danos conexos, entre eles aqueles que se apresentam irreversíveis: "... os danos são irreversíveis enquanto perduram suas causas. O retorno do ambiente físico ao seu estado natural, e o replantio das espécies nativos do cerrado, a médio e longo prazo, a recuperação da fauna e consequente retorno a um cenário natural". (fl. 1.851). Essa situação se agrava em face da constatação pericial ao dizer que "Para que a área em debate retorne ao seu estado natural, sob o aspecto ambiental, faz-se necessária a demolição de todas as obras civis que compõe o condomínio, reposição da topografia, do solo orgânico e plantio de espécies nativas do ecossistema Cerrado." (fl. 1856)

Trata-se de questão antiga, revelando o sr. Perito que a "A chácara XX está inserida na antiga Colônia Agrícola Arniqueira, cuja ocupação irregular iniciou-se já na década de 70, onde se espraiou, naquela região, vários loteamentos irregulares, transgredindo, desde então, com as normas ambientais e urbanísticas da cidade." (fl. 1.856)

Logo, diante das constatações periciais na área, concluiu-se pela existência de danos ambientais, comprometendo-se de vários modos o ecossistema, sendo que não foram tomadas medidas para impedir ou mitigar os impactos ambientais já produzidos.

Além disso, o sr. Perito confirma que a área do empreendimento está inserida na Área de Proteção do Planalto Central. Desse modo, mantém-se firme conclusão no sentido de que as alterações ilegalmente introduzidas no meio ambiente natural onde se deu o empreendimento dos réus constituem danos ambientais irreversíveis na medida em que não foram apontadas possibilidades reais de restauração integral, a principiar pela viabilidade do desfazimento da ocupação e recomposição do bioma que foi substancialmente alterado.

2. Do recurso de F.A. de S. (fls. 1997/2068)

(...) Também não merece sucesso o pleito de recorrente de incidência da Teoria do Ato Consumado, pois, conforme esclarecido pelo Perito (fl. 1.865) os danos ambientais são passíveis de serem recuperados.

3. Do recurso de A.R. e outros (fls. 2126/2131)

Os apelantes asseveram, em síntese, que a análise quanto a eventual dano ambiental deve ser feito de forma fracionada, pois a Chácara XX encontra-se em Área Urbana de Dinamização, enquanto a Chácara XX fica em Área Rural Remanescente.

Requerem a incidência do Princípio da Legalidade, sob o argumento de que os proprietários dos lotes desmembrados das demais chácaras da região não foram responsabilizados por eventual dano ambiental.

Alegam que não existe nos autos prova de que os réus foram responsáveis pelo dano ambiental praticado. Pleiteia a incidência da Teoria do Fato Consumado, sob o argumento de que o condomínio já está consolidado. Por fim, sustenta que deve ser imputado ao Distrito Federal a responsabilidade solidária no dano ambiental, em razão de sua anuência tácita da ocupação da área objeto dos autos."

A análise da extensão do dano ambiental não deve decorrer de forma fracionada, como pretendem os recorrentes. No caso em tela, independentemente de a área compreendida pelas Chácaras XX e XX ser passível de regularização, é de se ressaltar que os Apelantes, quando da ocupação, descumpriam com os trâmites legais para o requerimento de regularização fundiária dos condomínios.

Nesse diapasão, mesmo que estivéssemos diante de terrenos localizados em Área Urbana de Dinamização, a ocupação ou comercialização dos lotes somente poderia ocorrer após o cumprimento de todas as etapas de estudos, licenciamento e aprovação dos projetos pertinentes ao conjunto do empreendimento, sobretudo com autorização que emanasse da vontade do proprietário, o que não ocorreu no caso em tela.

A alegação de suposta violação ao Princípio da Legalidade também não merece ser acolhida. No caso em tela, restou demonstrado que os recorrentes foram os responsáveis pela degradação ambiental da área em que foram erigidos seus condomínios.

Assim, não guarda nenhuma relação impeditiva com a presente ação o fato de o Distrito Federal ter sido omisso em tentar responsabilizar os moradores de áreas que supostamente foram degradadas.

Reitera-se a argumentação quanto à incidência da Teoria do Fato Consumado apresentada anteriormente neste parecer.

Por fim, a tentativa em atribuir ao Distrito Federal a responsabilidade solidária pelo dano ambiental também deve ser afastada. Não se mostra razoável a condenação do ente federativo em razão da atuação exclusiva de particulares, que se beneficiaram com o parcelamento irregular do solo. Ademais, há de se ressaltar que a presente Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Distrito Federal, fato que afasta a alegada omissão.

O TJDFT possui o mesmo entendimento sobre o tema, como se vê do aresto abaixo colacionado:

CIVIL. PROCESSUAL. INTERESSE E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS,

> COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO DISTRITO FEDERAL PARA FIGURAR NO polo PASSIVO DA AÇÃO – PRELIMINARES REJEITADAS. DEMOLIÇÃO DAS CONSTRUÇÕES ERIGIDAS E REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. PROVIMENTO DO APELO INTERPOSTO PELO DISTRITO FEDERAL E DA REMESSA OFICIAL E DESPROVIMENTO DOS APELOS INTERPOSTOS PELOS OCUPANTES DE ÁREAS PÚBLICAS INVADIDAS. DECISÃO POR MAIORIA. 1. O Ministério Público pode mover ação coletiva para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em defesa do meio ambiente e do patrimônio artístico, cultural, paisagístico, arquitetônico e social. 2. O Distrito Federal é parte legítima para figurar no polo passivo da ação civil pública. 3. Não havendo nos autos prova de proposital omissão do Distrito Federal, deixando de coibir a ocupação irregular das áreas públicas, não há como condená-lo pelos atos dos invasores. Ninguém pode ser punido, nem mesmo o Estado, pela sua impotência ou sua incapacidade de defesa. 4. Escorreita se mostra a sentença que, julgando ação civil pública, impõe aos invasores de áreas públicas a obrigação de demolir as construções erigidas e condena-os a reparar os danos causados. (Acórdão n.222933, 20010150078522APC, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Revisor: ADELITH CASTRO DE CARVALHO LOPES, 2ª Turma Civel, Publicado no DJU SECAO 3: 06/09/2005. Pág.: 102)

Noutro giro, não há como responsabilizar o Distrito Federal pela permissão ou leniência na ocupação e parcelamento irregular de áreas, para fins de habitação e loteamento, pois, embora lamentável, isto por si só, não exclui a conduta ilícita dos réus, mormente por que não comprovada a prática de conduta omissiva culposa, ou seja, culposa ou dolosa. A mera incompetência ou falta de trato com a coisa e interesses públicos, não deve ser erigida em razão para responsabilizar o Estado, se, não demonstrado que pela prática de conduta comissiva anteriormente praticada, criou o dever de evitar o dano. Esta é a jurisprudência, hoje, dominante nos c. STJ e STF.

Por fim, não vislumbro o alegado exagero quanto à condenação dos réus, uma vez que é razoável a imposição aos réus, solidariamente, da indenização dos danos urbanísticos irreversíveis, resultantes do empreendimento comum que implantaram nas chácaras XX e XX, considerando que se limita à área irrecuperável, após apuração em liquidação de sentença, bem assim, o número expressivo de réus

condenados, em razão de que, será pulverizado o valor da indenização, viabilizando o cumprimento da obrigação em execução.

Ademais, do comando da sentença, verifica-se que a indenização deve se ater aos danos provocados pelos particulares apenas, de sorte que deve-se excluir eventuais benfeitorias e equipamentos públicos erigidos pelo Estado, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Forte nessas considerações, rejeito as preliminares e nego provimento aos apelos, mantendo integralmente a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Des. Angelo Canducci Passareli (Revisor) – Com o Relator.

Des. João Egmont (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento aos recursos. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2005011140547-2

Relator – Des. Fernando Habibe

Quarta Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Improbidade administrativa. Prorrogação de contrato. Dispensa de licitação. Emergência criada pelo administrador.

1. A situação emergencial derivada da omissão deliberada do administrador, com o inequívoco propósito de afastar a exigência licitatória e, assim, prorrogar o contrato de prestação de serviços, atenta gravemente contra os princípios da Administração, configurando improbidade.

2. Ao caso foram aplicadas, proporcionalmente, as sanções cominadas à infração definida no art. 11, da Lei 8.429/92, para cuja configuração basta o dolo genérico. Também é desnecessário o prejuízo ao erário ou o enriquecimento indevido.

3. A empresa beneficiada com a improbidade – que as circunstâncias revelam que era do seu conhecimento – também suporta as consequências jurídicas (art. 3º) para ela cominadas.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Fernando Habibe – Relator, Arnoldo Camanho – Revisor e Antoninho Lopes – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Cruz Macedo, em proferir a seguinte decisão: negar provimento aos recursos. Unânime**,** de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 05 de junho de 2.013.

RELATÓRIO

Apelam os réus (668-81; 776-95) contra sentença da 1ª Vara da Fazenda Pública (622-32) que, ante a prática de ato de improbidade administrativa (art. 11, Lei 8.429/92) consubstanciado na criação de situação emergencial para celebração do 5º termo aditivo ao contrato 39/00 – frustrando, assim, a abertura de licitação para contratação de serviços de coleta e tratamento de lixo no DF – , os condenou nas seguintes sanções (art. 12, II):

> – SR. L.A.P.F.: a) suspensão dos direitos políticos por 4 anos; b) multa civil, no valor correspondente a 20 vezes a remuneração percebida no cargo de Diretor Geral da BELACAP, autarquia Distrital; c) proibição de contratar com o poder público, receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.
>
> – SUSTENTARE SERVIÇOS AMBIENTAIS S/A (nova razão social de QUALIX Serviços Ambientais LTDA.): proibição de contratar com o poder público, receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

O 1º réu nega ter criado situação emergencial, assim como a existência de culpa (*lato sensu*) e de prejuízo ao erário, muito menos com a obtenção de vantagem pessoal. Afirma que agiu amparado pela Lei 8.666/93 – que dispensa licitação em casos de emergência ou de calamidade pública, e em parecer jurídico da Procuradoria da autarquia. Acrescenta que o contrato foi efetivamente cumprido, com a devida prestação dos serviços pela contratada.

Por seu turno, o 2º réu suscita preliminar de julgamento *extra petita*, pois a sentença estaria fundamentada em fatos e circunstâncias estranhos à demanda, que se limita ao 5º termo aditivo ao contrato 39.

Quanto ao mérito, assevera que o contrato 39 e suas prorrogações respeitaram a Lei 8.666/93, incluindo-se dentre elas o termo aditivo impugnado, mas que teria sido firmado consoante o art. 57, §4º, da lei de regência. Proclama a inexistência de provas da prática de atos, sobretudo que lhe possam ser imputados – enfati-

zando que a sentença não especificou qual teria sido a sua conduta ilícita – , para forçar a prorrogação do contrato, do qual não advieram vantagem ilícita para si nem prejuízo ao erário. Também afirma a desproporcionalidade das sanções que lhe foram aplicadas.

O Ministério Público, em ambas as instâncias (798-806; 812-816; 822-824), defende o acerto da sentença.

VOTOS

Des. Fernando Habibe (Relator) – Julgo simultaneamente ambos os apelos.

Rejeito a preliminar de julgamento *extra petita,* pois a sentença guarda estrita congruência com a demanda.

O MM. Juiz simplesmente cuidou de contextualizar o 5º termo aditivo de uma relação que vem desde o ano de 1999, necessidade de todo compreensível, considerada a alegada criação artificial de emergência. Impõe-se, assim, uma visão global da gestão do administrador, até para evitar o risco de confusão entre uma irregularidade isolada e improbidade administrativa.

A condenação, porém, ateve-se estritamente ao aludido aditamento.

Também não se queira ver julgamento *extra petita* na mera alteração da classificação legal dos fatos narrados. Aplicam-se ao caso os brocado *jura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus,* por força dos quais o julgador não fica vinculado às normas e qualificações jurídicas sustentadas pelas partes, podendo valer-se das normas e qualificações que entender necessárias para decidir a lide. O que não pode – e isso não ocorreu – é alterar os fatos.

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Vogal) – Senhor Presidente, cumprimento a Doutora Vera Carla Nelson Cruz Silveira, que por tanto tempo emprestou o brilho da sua inteligência à Magistratura federal e que agora desenvolve valorosa atuação profissional na qualidade de advogada.

Também, assim como o fez o eminente Relator, cuidei de apreciar com cautela essa questão, mas tenho que se houve com acerto o digno Juiz singular, ao dar o colorido jurídico que deu a partir dos fatos que foram narrados na petição inicial.

Subscrevo, portanto, integralmente as razões ora expostas pelo voto do eminente Relator e também rejeito as questões processuais.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – Senhor Presidente, também subscrevo as razões do eminente Relator em relação à preliminar.

Des. Fernando Habibe (Relator) – Quanto ao mérito, as razões dos apelos são as mesmas das contestações já apreciados na sentença, cujos fundamentos adoto como motivação, com a licença devida ao MM. Juiz Carlos Alberto Silva (622-32):

> Inicialmente, impõe destacar que o combate à improbidade administrativa mereceu especial atenção na Carta Magna. Confira-se:
>
> Art. 37, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil – "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".
>
> Posteriormente, foi editada a Lei 8.429/92, com objetivo de, na dicção da doutrina, conferir densidade e eficácia ao princípio da moralidade administrativa, reiterando a obrigação de todos os agentes públicos de velarem pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato do interesse público.
>
> Cabe destacar, ainda, que eventual aprovação das contas pelo Tribunal de Contas, como suscitado na defesa dos requeridos, não constitui obstáculo ao exame do mérito da causa, haja vista a independência das esferas de responsabilidade administrativa, civil e penal, a teor do que dispõe o seu artigo 21, inciso II, da Lei 8.429/92, a saber:
>
> Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:
>
> I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

No caso concreto, o MPDFT imputa ao primeiro requerido o falseamento do contexto fático e administrativo, a fim de favorecer a segunda requerida, evitando-se a realização de licitação.

Diz que houve rescisão sumária dos contratos vigentes com três outras empresas, isso em janeiro de 1999, sob o pretexto de irregularidades na execução do serviço, até alcançar a prorrogação indevida do contrato firmado com a QUALIX, no ano de 2005, sob o argumento de 'impedimento ambiental'.

Pois bem. Após exame dos autos, chega-se à conclusão de que, no mínimo, houve vulneração ao princípio licitatório, consagrado no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a saber: 'ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'.

Para tanto concluir, basta observar que, a despeito de a Diretoria da BELACAP, presidida pelo primeiro requerido, ter ciência da necessidade de realização de projeto básico e obtenção de licença ambiental para operacionalização dos serviços de limpeza e coleta de lixo, a exemplo da instalação do aterro sanitário, não adotou providências tempestivas para obter o referido documento.

Tinha o requerido ciência da necessidade da obtenção de licença ambiental não apenas pela atuação do MPDFT, com propositura de Ações Civis Públicas, mas também porque se presume o conhecimento da legislação pelo administrador, notadamente quando tem corpo jurídico para lhe orientar, como no caso.

O que se vê, a partir do exame dos autos, é que o primeiro requerido se adiantou para rescindir o contrato com as três empresas que prestavam serviço ao Distrito Federal na gestão do governo anterior ao seu, mas não adotou as providências necessárias à execução correta do serviço de coleta e descarte do lixo.

Até se poderia reconhecer a dificuldade inerente ao processo licitatório desta magnitude não fosse o fato de, no que interessa a este feito, o primeiro requerido – embora ciente da necessidade de regularização ambiental da prestação do serviço – não ter encaminhado, desde logo, o procedimento administrativo para obtenção de licença ambiental, logrando prorrogar o contrato 39 com a QUALIX por mais 12 meses.

Como consignado acima, deixou o primeiro réu para requerer a licença na véspera do vencimento do contrato, de forma a artificializar uma situação emergencial, a legitimar a manutenção da QUALIX na prestação do serviço, tendo como parâmetro o contrato 39/2000.

Poder-se-ia cogitar novamente de pura ineficiência administrativa. Não é o que se extrai dos autos, uma vez que o primeiro requerido, apesar da experiência que acumulara durante mais de cinco anos em que permaneceu na direção da autarquia, não providenciou sequer o projeto básico necessário ao novo certame.

Observe-se que, em 1999, na antevéspera da rescisão dos contratos com empresas particulares, o Diretor-Geral da BELACAP, ora requerido, utilizou a 'caótica' situação do descarte do lixo, sem aterro sanitário adequado, para justificar a aludida rescisão contratual.

Todavia, CINCO anos após a contratação da QUALIX, inclusive sem licitação em alguns períodos, nada foi resolvido a esse respeito.

A propósito, a irregularidade ambiental que existia à época da rescisão contratual, e que não foi solucionada durante toda a gestão do primeiro requerido, funcionou posteriormente como novo artifício 'legal´ para a prorrogação do contrato com a QUALIX, evitando-se nova licitação.

O que se nota é a concatenação de atos voltados para a manutenção da QUALIX à frente da prestação do serviço, com prejuízo para o princípio licitatório.

Ao agir assim, evitou-se a necessária concorrência e, como relatado, o aperfeiçoamento da prestação de serviço essencial à população, quiçá com significativos prejuízos econômicos, ficando patente o dolo indireto.

A intenção do primeiro requerido não foi outra, pela evidência da cronologia dos atos e do conhecimento prévio das providências a serem adotadas, senão de favorecer a QUALIX, evitando-se o processo licitatório.

Houve, no dizer de Benedicto de Tolosa Filho[1], 'quebra dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que atentem contra os princípios da Administração Pública, consagrados pelo *caput* do art. 37 da Constituição Federal'.

Frise-se que, para se extrair a intenção do imputado, em se tratando de conduta voltada a evitar o procedimento licitatório, há que se observar a postura do administrador ao longo dos anos, notadamente quando insiste em realizar atos à margem da lei.

O que houve, no caso concreto, foi orquestração de uma sistemática voltada a impedir licitação no setor, com violação do disposto no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, que limita o prazo da contratação emergencial, a saber:

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

No dizer de Fábio Medina Osório[2], a postura global do imputado, e não uma irregularidade administrativa isolada, é que pode justificar a aplicação das sanções previstas na lei, como no caso sob análise. Confira-se:

A tipificação formal é apenas um primeiro passo no enquadramento da conduta do agente. Necessário, ainda, verificar a adequação material de sua conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas,

1 TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.

2 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 199.

exame de particularidades comportamentais, circunstâncias concretas, causa e motivações específicas e relevantes do agir humano, fatores sociais complexos e influentes no resultado, enfim, um conjunto indeterminável de circunstâncias.

Ainda que se admitisse a extrapolação do prazo supracitado, como ocorrido na noticiada transação do MPDFT, não se pode tolerar tal expediente para consolidar práticas irregulares, notadamente quando conhecidas e patrocinadas pelo mesmo agente público.

Não foi outra a conclusão do TJDFT, conforme se vê no acórdão abaixo transcrito, que reconheceu, no exame da repercussão criminal dos fatos narrados na inicial, a existência do dolo e da desnecessidade de comprovação do dano patrimonial, a saber:

PENAL. CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89, *CAPUT*, DA LEI 8.666/93. DEIXAR DE OBSERVAR FORMALIDADES PERTINENTES À DISPENSA. DOLO. SITUAÇÃO EMERGENCIAL. PRORROGAÇÃO ILÍCITA DO CONTRATO. Mesmo com o conhecimento do prazo previsto na lei de licitações, para duração dos contratos emergenciais, atrasou o acusado por tempo desarrazoado a realização de licitação com ampla concorrência, nos moldes dos princípios administrativos. Houve dolo específico. O acusado contratou empresa, sem licitação, aditou o contrato, alterando, contra a lei, a data de início de vigência da situação emergencial. Realizada a licitação tardia, prorrogou indevidamente o contrato com a mesma empresa. As sucessivas prorrogações, com o excessivo extrapolamento do prazo legal, demonstram perfeitamente o dolo específico exigido pelo art. 89 da Lei 8.666/1993 consistente em 'deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade'. O termo inicial do contrato emergencial conta-se a partir do fato que ensejou a emergência ou calamidade, nos termos do inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/1993. Acresça-se que a tipificação do crime do artigo 89 da Lei 8.666/93 independe da obtenção de vantagem econômica. Suficiente, como apenas exigido no tipo legal, a dispensa ou não exigência da licitação fora das hipóteses previstas na lei, ou a não observância das formalidades pertinentes à sua dispensa ou inexigibilidade. Por evidente, infere a lei resultado danoso ao erário com a não realização da licitação, que objetiva,

precipuamente, o melhor preço para a Administração. Apelo provido para condenar o acusado pela prática do crime do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93. (20030111061642APR, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 28/08/2008, DJ 30/09/2008 p. 92)

A conduta de evitar a eventual renovação da prestadora do serviço por meio da licitação constituiu prática deliberada do requerido, que ofendeu o disposto no art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92. Confira-se:

(...) VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Noutro giro, cumpre registrar que, indubitavelmente, a segunda requerida foi beneficiada pelo ato ímprobo, visto que permaneceu prestando serviço ao ente da Administração Indireta à margem do procedimento licitatório.

Portanto, deve ser responsabilizada como partícipe do ato ímprobo.

Há, porém, uma questão processual relevante.

Tendo em vista a inexistência de dano patrimonial efetivo, torna-se inaplicável ao caso o disposto no art. 10 da Lei 8.429/92.

Adéqua-se ao caso, entretanto, o disposto no art. 11 da Lei 8.429/92, norma subsidiária, visto que, como dito, houve violação ao princípio licitatório e, por consequência, ofensa à legalidade.

Relevante destacar que no direito processual brasileiro não se exige a indicação exata do dispositivo legal na causa de pedir, mas sim os fatos que ensejam o pedido, de modo que eventual menção a um texto de lei na petição inicial não vincula o magistrado no momento de proferir a sentença de mérito. Por oportuno, transcrevo o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) 6. O enquadramento legal do ato considerado ímprobo, ainda que errôneo, não enseja a extinção liminar da Ação Civil Pública. 7. A *causa petendi,* na Ação Civil Pública, firma-se na descrição dos fatos, e não na qualificação jurídica dos fatos. Por isso mesmo, é irrelevante, na petição inicial, eventual capitulação legal imprecisa, ou até completamente equivocada, desde que

haja suficiente correlação entre causa de pedir e pedido. 8. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, a petição inicial não necessita descer a minúcias do comportamento de cada um dos réus. Basta a descrição genérica dos fatos e das imputações. 9. *In casu*, essa descrição é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. 10. Não há elementos no acórdão recorrido que indiquem abusividade na aplicação da medida de indisponibilidade dos bens do recorrente. A revisão do entendimento adotado pela instância ordinária implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 11. A indisponibilidade dos bens não é sanção, mas providência cautelar destinada a garantir o resultado útil do processo e a futura recomposição do patrimônio público lesado, bem como a execução de eventual sanção pecuniária a ser imposta e qualquer outro encargo financeiro decorrente da condenação. 12. A totalidade do patrimônio do réu garante 'o integral ressarcimento do dano' (art. 7º, parágrafo único, da Lei da Improbidade Administrativa). Por isso, o bloqueio judicial pode recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. 13. Recurso Especial não provido." (REsp 817.557/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 10/02/2010)

No caso concreto, ficou demonstrado que os requeridos frustraram a licitude de procedimento licitatório.

Também restou caracterizado o dolo, dirigido à consecução do resultado lesivo aos princípios da Administração, nos termos das razões já indicadas.

Noutro giro, como cediço, o *caput* do artigo 11 da Lei 8.429/1992 afirma que "constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições".

Portanto, ainda que os fatos encontrem previsão formal no tipo indicado no art. 10, inciso VII, da Lei 8.429/92, a ausência de prova de dano patrimonial efetivo transfere o enquadramento para o disposto no art. 11 da mesma lei.

Destaque-se que, por se tratar de violação ao princípio licitatório, não há necessidade de demonstração de dano efetivo e patrimonial, sob pena de se impedir o efetivo combate a tão grave conduta administrativa.

Seria completo absurdo exigir comprovação, na esfera cível, do dano efetivo gerado pela frustração da licitação, e não se exigir igual prova na esfera penal.

Como provar, com vistas para o passado, que outra empresa prestaria o serviço por menor valor?

Certo é que a realização da licitação não causaria prejuízo à administração; ao revés, seria prática republicana e consentânea com a Constituição Federal.

Ademais, havendo contraprestação, não há que se falar em dano correspondente ao valor repassado à segunda requerida.

Saliente-se que a violação ao art. 11 da supracitada lei enseja penalidade menor que a prevista para vulneração ao disposto no art. 10, até porque este dispositivo legal exige demonstração de dano patrimonial. Não há, assim, prejuízo para os requeridos.

De todo modo, os requeridos se defendem dos fatos e não do enquadramento legal.

Dito isso, passo à análise das penalidades aplicáveis.

Nesse aspecto, dispõe o art. 12 da Lei 8.429/92 que: "na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente".

Nota-se que as sanções estabelecidas na Lei 8.429/1992 trazem um conteúdo pedagógico, visando à repressão da reincidência nas condutas ímprobas.

Nessa perspectiva, dispõe o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa que: "independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato".

Para a violação ao disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, mostra-se cabível o ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos".

No caso concreto, como dito, não houve demonstração efetiva da lesão ao patrimônio público, por impossibilidade técnica de tal aferição.

Portanto, não há dano a ressarcir, sendo inviável a apuração em liquidação de sentença, como pretendido na inicial, pelas razões delineadas acima, bem assim porque imprescindível para a própria aplicação da sanção.

Por outro lado, a cominação da perda da função pública mostrar-se-ia medida adequada em relação ao primeiro requerido.

Todavia, houve pedido de exoneração, daí porque constitui medida inaplicável ao caso concreto.

Considerando que o ato de improbidade apresenta gravidade acentuada, dado o histórico de oposição velada a realização de licitação, é razoável a imposição de multa civil, além da proibição de contratar com o poder público, sem prejuízo da suspensão dos direitos políticos.

Deve ser fixada a multa civil no montante de 20 (vinte) vezes o valor da remuneração percebida quando ainda era ocupante do cargo em comissão, bem assim a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de 03 (três) anos.

Tendo em vista a gravidade dos fatos, aplicável ao caso, ainda, a suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 4 anos.

No tocante à requerida, mostra-se adequada a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios

> pelo prazo de 03 (três) anos. Prejudicados os demais pedidos, visto que inaplicáveis ao caso.
>
> Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, na forma do inciso II do artigo 12 da Lei 8.249/1992, condenar o requerido:
>
> 1) a suspensão dos direitos políticos por 4 (quatro) anos;
>
> 2) ao pagamento de multa civil no valor correspondente a 20 (vinte) vezes remuneração quando ainda era ocupante do cargo de Diretor-Geral, quantia essa que deverá ser corrigida pelo INPC;
>
> 3) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> Julgo, ainda, parcialmente procedente o pedido para, na forma do inciso III do artigo 12 da Lei 8.249/92, cominar à QUALIX a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> Declaro resolvido o mérito da demanda, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Acrescento que a conduta descrita no artigo 11 da Lei 8.429/92 não exige a presença do dolo específico, sendo suficiente o genérico, traduzido na prática de ato que os réus sabiam ser incompatível com os princípios da Administração Pública.

Transcrevo, porque oportuno, excerto do voto proferido pelo eminente Min. Herman Benjamin:

> Conforme recentemente decidido pela Segunda Turma do STJ no REsp 765.212/AC, de minha relatoria, mas com valiosos subsídios jurídico-doutrinários aportados pelo eminente Ministro Mauro Campbell, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa censurada pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo genérico, consistente na vontade de realizar ato que atente contra os princípios da Administração Pública. Essa já era, em linhas gerais, a posição da Primeira Turma, na esteira da qual

> passa a se alinhar a Segunda Turma, no que tange à exigibilidade de dolo na tipificação da infração ao art. 11.
>
> Não se impõe a presença de dolo específico, ou seja, de comprovação de intenção especial do ímprobo, além da realização de conduta tida por incompatível com os princípios administrativos.
>
> Vale frisar que o enriquecimento ilícito e o dano ao Erário são elementares, respectivamente, às condutas censuradas pelos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/1992, e apenas secundários com relação à norma residual contida no art. 11 da mesma lei.
>
> Nessa linha, para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se desnecessária a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário. (STJ, S 1, REsp. 951.389, Min. Herman Benjamin, julgado em 2010)
>
> Logo, é indubitável o dolo com que se houve o primeiro réu.

Quanto ao segundo, vale lembrar que o artigo 3º, da Lei 8.429/92, prevê a aplicação de suas disposições, "no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta".

A propósito, a Corte Superior já decidiu que o dispositivo se aplica às pessoas jurídicas:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. (...) 2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios. (T 1, REsp. 970.393, Min. Benedito Gonçalves, 2012).
>
> No mesmo sentido: T 2, REsp. 1122177, Min. Herman Benjamin, 2010.

Na espécie, restou inequivocamente comprovado que a segunda apelante beneficiou-se significativamente das ilegalidades orquestradas com o claro objetivo de

frustrar o procedimento licitatório para a prestação de serviços com vultosa contraprestação, os quais foram com ela contratados à margem da concorrência, com insofismável e vergonhoso favorecimento pessoal que, é óbvio, ambos os réus sabiam ser ilegal. Os dois agiram com má-fé.

Com efeito, o dolo é inequívoco. É evidente que ambos conhecem a lei – ao menos, não podem alegar ignorância a respeito – e quiseram agir contrariamente aos seus ditames.

Não se trata, como afirmado da tribuna pela ilustre advogada dos apelantes, de presunção de dolo, mas, sim, de inferência desse elemento subjetivo a partir das circunstâncias do fato.

Destarte, nos termos do art. 3º, da Lei 8.429/92, mostra-se irrepreensível a condenação da 2ª ré, por ter se beneficiado diretamente do ato ímprobo.

Por fim, quanto às sanções, basta cotejar-se as que são cominadas com as que foram aplicadas para constatar-se a inexistência de excesso:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
>
> (...)
>
> III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> – SR. L.A.P.F.: a) suspensão dos direitos políticos por 4 anos; b) multa civil, no valor correspondente a 20 vezes a remuneração percebida no cargo de Diretor Geral da BELACAP, autarquia Distrital; c) proibição de contratar com o poder público, receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indire-

tamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

– SUSTENTARE SERVIÇOS AMBIENTAIS S/A (nova razão social de QUALIX Serviços Ambientais LTDA.): proibição de contratar com o poder público, receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

Posto isso, nego provimento a ambos os apelos.

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Revisor) – Senhor Presidente, das anotações que fiz, cheguei à mesma conclusão a que chegou o eminente Relator.

Por isso, peço vênia a S. Ex.a para subscrever integralmente as razões do seu douto voto e, com base nelas, negar provimento a ambos os apelos.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – Senhor Presidente, não só ouvi, como li o voto do eminente Relator e, *data venia,* também penso que há que se negar provimento a ambos os recursos, em face da documentação que se colheu nos autos.

DECISÃO

Negou-se provimento aos recursos. Unânime.

Resolvendo questão de ordem, o eminente Relator, após a manifestação da defesa do apelante e do Ministério Público, com a concordância dos demais integrantes do quórum, determinou que o segredo de justiça, no presente feito, seja observado apenas quanto aos documentos juntados por linha.

Deverá constar da certidão a solução da questão de ordem.

APELAÇÃO CÍVEL

2007011029349-2

Relator – Des. Sérgio Rocha

Segunda Turma Cível

EMENTA

Civil. Consumidor. Indenização por danos morais e materiais. Resultado positivo do exame de gravidez. Ausência de erro. Submissão da paciente à cirurgia de risco ao feto. Filho que nasce com sequelas permanentes. Ausência de erro ou falha na prestação do serviço do laboratório.

1. O laboratório não comete erro ao fornecer o resultado de exame de forma correta. O fato de o resultado vir instruído com valores de referência, e não indicar especificamente "positivo para gravidez" não implica falha na prestação do serviço.

2. Se a paciente se submete à cirurgia que prejudicou o desenvolvimento saudável de seu filho, o erro não pode ser imputado ao laboratório, que forneceu o resultado correto do exame.

3. Não tendo sido comprovado o erro do laboratório, desaparece o nexo de causalidade com os danos dos autores, para a condenação do laboratório ao pagamento de indenização.

4. Negou-se provimento ao apelo dos autores.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sérgio Rocha – Relator, Fátima Rafael – Revisora, Carmelita Brasil – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 7 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

FATO E CAUSA DE PEDIR

Adoto o relatório da sentença, *in verbis*:

> L.F.T.B. e L.T. de M. ajuizaram ação de indenização contra EXAME LABORATÓRIO DE PATOLOGIA CLÍNICA LTDA.
>
> Argumentam que em decorrência de exame negativo para gravidez, cujo laudo foi emitido pela ré, a segunda autora, representante legal do primeiro autor, submeteu-se a cirurgia corretiva do esôfago.
>
> Contudo, relatam que esta cirurgia não poderia ser realizada em caso de gravidez. Em face da cirurgia, o primeiro autor nasceu prematuro, enfrentando vários problemas no parto, o que resultou em problemas graves de saúde e limitações físicas para o resto da vida.
>
> Afirmam ter havido defeito na prestação de serviço, em face do erro de diagnóstico, pois se a segunda autora soubesse que estava grávida jamais teria se submetido à cirurgia do esôfago.
>
> Requerem a citação do réu; gratuidade de Justiça; a procedência do pedido para condenar o réu ao pagamento do valor mensal de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) a título de pensão, desde o nascimento até que complete setenta anos, resultando no valor de R$ 2.940.000,00 (dois milhões, novecentos e quarenta reais), pedindo a provisão deste valor para garantia do pagamento; a condenação do réu ao pagamento de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada um dos autores, a título de dano moral; a intimação do Ministério Público. Instruiu com os documentos de fls. 17/92.
>
> A gratuidade de Justiça foi deferida (fl. 94)
>
> O réu apresentou contestação (fls. 96/111).
>
> Argumenta, em síntese, que a sua obrigação é de meio e não de resultado, e consiste em empregar as técnicas apropriadas para a análise clínica do material

coletado, ficando a critério do médico a avaliação do conjunto com as demais circunstâncias para o correto diagnóstico. Explana a respeito do exame realizado para detecção de uma possível gravidez e afirmou que, de acordo com os valores de referência, o resultado de gravidez da segunda autora deu positivo.

Desse modo, não houve erro imputável ao laboratório, não havendo nexo de causalidade entre o resultado do exame e os problemas enfrentados pelos autores. Impugnou, outrossim, o valor pleiteado a título de indenização. Pede, ao final, sejam julgados improcedentes os pedidos. Instruiu com os documentos de fls. 112/147.

Réplica às fls. 153/160.

Instadas as partes a especificarem provas, ambas pediram a produção de prova oral e pericial.

Às fls. 173/174 deferi a produção das provas solicitadas pelas partes, especificando os pontos controvertidos.

Conforme determinado, o prontuário da segunda autora no Hospital Brasília foi juntado em cópia às fls. 182/284.

Realizada audiência de conciliação, instrução e julgamento (fls. 307/308) foi colhido o depoimento da testemunha arrolada pela parte ré.

As partes apresentaram alegações finais, os autores às fls. 693/703 e o réu, às fls. 710/718.

Parecer final do Ministério Público às fls. 723/731.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO (FLS. 732/736)

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios oficiou nos autos pela improcedência da ação.

SENTENÇA (FLS.732/736)

O MM. Juiz sentenciante da 4ª Vara Cível de Brasília, Dr. Robson Barbosa de Azevedo, julgou improcedente o pedido dos autores, e os condenou ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 700,00 (setecentos reais), salientando que sua exigibilidade está suspensa porque os autores litigam sob o pálio da gratuidade de Justiça.

APELAÇÃO DOS AUTORES (FLS.740/750)

Os autores, L.F.T.B. e L.T. de M., alegam que: 1) em razão de necessitar de realizar cirurgia por ser portadora de "megaesôfago", a autora fez exame de gravidez, no dia 15/06/2004, como parte dos requisitos pré-operatórios, onde ficou registrado que ela não estava grávida; 4) o resultado indica que os hormônios marcadores biológicos estavam na normalidade para mulheres não gestantes; 2) no dia 22/06/2004 a autora se submeteu à cirurgia e tomou vários medicamentos, que deram causa ao nascimento prematuro do primeiro autor, L.F.T.B., que ficou com sequelas permanentes – microcefalia e tetraparesia, que o tornam incapaz para qualquer ato da vida civil e dependente de terceiros; 3) a prestação do serviço do réu foi defeituosa; 4) existem dois tipos de exames Beta-HCG para detecção do hormônio Gonodotrofina Coriônica: o B-HCG quantitativo, e B-HCG qualitativo; 5) o B-HCG quantitativo serve para excluir o resultado de uma gravidez ectópica (fora da cavidade uterina), no seguimento de uma mulher após situação de aborto, ou quando há suspeita de doença trofoblástica (tumor no lugar de gravidez); 6) o B-HCG qualitativo tem como resultado uma gravidez positiva ou negativa, sem a especificação de quantidades ou taxas relativas à presença do hormônio, servindo somente para determinar a existência de uma gravidez; 7) o resultado do exame fornecido pelo réu não se trata do corriqueiro exame para gravidez, mas sim de exame para acompanhamento de sequelas pós-aborto ou presença de evolução de tumores relacionados ao aparelho reprodutivo; 8) foi fornecido o resultado do exame sem a especificação de que tipo de exame se tratava; 9) o serviço oferecido foi incompleto, defeituoso e inadequado, tendo induzido a autora em erro quanto ao resultado, que não apontou ser positivo para gravidez; 10) ficou comprovada a relação de causalidade entre o serviço defeituoso e os danos acarretados aos autores; 11) a ação deve ser julgada procedente.

Contrarrazões às fls. 758/766.

PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA (FLS. 771/773)

O d. representante da Procuradoria de Justiça, ratificando as razões de apelação dos autores, oficiou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Rocha (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação interposta pelos autores, L.F.T.B. e L.T. de M.

DA AUSÊNCIA DE ERRO OU FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

Alegam os autores, L.F.T.B. e L.T. de M., que: 1) a prestação do serviço do réu foi defeituosa; 2) existem dois tipos de exames Beta-HCG para detecção do hormônio Gonodotrofina Coriônica: o B-HCG quantitativo, e B-HCG qualitativo; 3) o B-HCG quantitativo serve para excluir o resultado de uma gravidez ectópica (fora da cavidade uterina), no seguimento de uma mulher após situação de aborto, ou quando há suspeita de doença trofoblástica (tumor no lugar de gravidez); 4) o B-HCG qualitativo tem como resultado uma gravidez positiva ou negativa, sem a especificação de quantidades ou taxas relativas à presença do hormônio, servindo somente para determinar a existência de uma gravidez; 5) o resultado do exame fornecido pelo réu não se trata do corriqueiro exame para gravidez, mas sim de exame para acompanhamento de sequelas pós-aborto ou presença de evolução de tumores relacionados ao aparelho reprodutivo; 6) foi fornecido o resultado do exame sem a especificação de que tipo de exame se tratava; 7) o serviço oferecido foi incompleto, defeituoso e inadequado, tendo induzido a autora em erro quanto ao resultado, que não apontou ser positivo para gravidez.

Sem razão os autores/apelantes.

A sentença está bem fundamentada e rebate por si só, pontualmente, os argumentos do apelo. Com o objetivo de atender aos princípios constitucionais da celeridade e efetividade da justiça, acolho como meus seus judiciosos fundamentos.

O feito está suficientemente instruído e apto a receber sentença. Não há questões preliminares a serem decididas, por isso examino diretamente o mérito.

Trata-se de pedido de indenização em que os autores alegam defeito na prestação do serviço pelo réu, que emitiu laudo de exame em que, segundo alegam, foi negado o estado de gravidez da segunda autora. Em razão desta negativa, a segunda autora submeteu-se a uma cirurgia de correção do esôfago.

Contudo, embora o resultado exame tenha negado o estado gravídico, a autora encontrava-se grávida e a submissão a tal cirurgia, bem como a ingestão de remédios muito fortes resultou em parto prematuro, tendo o primeiro autor nascido com problemas sérios de saúde e comprometimento de seu desenvolvimento físico.

O resultado do exame que gerou a presente lide foi acostado à fl. 49. A controvérsia reside na falta de especificação no corpo do laudo se a segunda autora estava ou não gestante, constando apenas valores de referência.

Verifico constar o seguinte no laudo juntado à fl. 49:

"Resultado: 3.254,00 mUI/mL

VALORES DE REFERÊNCIA:

Masculino: abaixo de 5 mUI/mL

Feminino – não gestantes: Abaixo de 5 mUI/mL"

Numa análise entre o resultado emitido e os valores de referência, verifica-se que em caso de mulheres, resultados abaixo de 5 mUI/mL significam negativo para gravidez, ou seja "feminino – não gestantes". O resultado do exame feito pela segunda autora apontou para um valor de 3.254,00 mUI/mL.

Infere-se, portanto, que o réu emitiu um laudo com resultado positivo para gravidez. E segundo as alegações feitas pela parte autora, a interpretação é que foi equivocada, pois em todas as manifestações feitas nos autos, a parte autora argumenta que o resultado do exame foi de 3 mUI/mL e, sendo

assim, apontava um resultado negativo. Mas, na verdade, consta o valor de 3.254,00 mUI/mL, ou seja, bem acima de 5 mUI/mL.

Constata-se que se havia alguma dúvida quanto ao estado da segunda autora, se grávida ou não, este fato não foi informado ao médico que realizou a cirurgia, pois este, ouvido em audiência, declarou não ter tido ciência de tal resultado, conforme se verifica nos trechos a seguir transcritos (fl. 308):

"Que tratava-se de uma paciente jovem e uma cirurgia pouco comum e em face do tempo não se recorda se efetivamente solicitou o exame para fins de confirmação de gravidez. Que fez a cirurgia não sabendo que a paciente estava grávida. Que somente após um ano da cirurgia ou por ocasião da retirada dos pontos é que ficou sabendo pela própria mãe da operada que na época da cirurgia ela estava grávida. Que a cirurgia foi de acalasia do esôfago. Que a acalasia do esôfago pode ser tratada após o parto e que não recomenda a feitura durante a gravidez, mas não lhe foi dado ciência sequer do atraso menstrual. Acrescentou que a internação inicial da paciente era por pneumonia, sendo esse o ponto em que iniciou a acompanhar a paciente. Que a cirurgia mencionada, além de outras pode ser causa de um parto prematuro. (...) Que se tal exame de fl. 49 lhe fosse apresentado não teria feito a cirurgia. Que mesmo em casos extremos a melhor conduta é deixar transcorrer a gravidez e não intervir cirurgicamente, que a intervenção somente dar-se-ia em caso de gestação excepcionalmente."

Verifico, portanto, que se a autora submeteu-se a cirurgia a que não poderia ter-se submetido por estar grávida, este fato não pode ser imputado ao réu.

Conforme já salientado, o resultado de fl. 49 aponta para existência de gravidez ainda que não esteja especificado com a palavra "POSITIVO".

Se havia alguma dúvida da segunda autora quanto à possibilidade de gravidez, ou se queria ter certeza de que não estava grávida, deveria ter apresentado o laudo ao médico assistente. Contudo, não o fez, e sequer relatou que encontrava-se com atraso menstrual, conforme foi relatado pelo próprio médico em audiência. Neste caso, se o médico tivesse dúvida na interpretação do laudo, poderia ter solicitado outro exame.

> Como se infere na petição inicial, a pretensão da autora fundamenta-se na existência de defeito na prestação do serviço por parte do laboratório que figura no polo passivo. Entretanto, não houve erro ou defeito na prestação do serviço, o que afasta a responsabilidade civil, não subsistindo o dever de indenizar.

Acrescento os fundamentos do parecer do Ministério Público de primeiro grau:

> (...) A despeito disso, entende este órgão ministerial que também não houve erro no fornecimento de informações pela empresa ré, de forma a comprometer a correta fruição do serviço por ela prestado. A testemunha, ao analisar o exame em audiência, explicou que aqueles dados fornecem para um médico fortes indícios de estado gravídico – o que já era suficiente para inibir a realização da cirurgia (fl. 308). Por outro lado, ao falar em "fortes indícios" e "para um médico", a testemunha indica que ela própria, sendo médico, não atestaria a gravidez só olhando para o exame. Sendo assim, não poderia o laboratório também fazê-lo.
>
> Justamente por não poderem fazer esse tipo de assertiva que os laboratórios limitam-se a instruir os exames que realizam com valores de referência, que servem apenas para mostrar o resultado obtido para aquele indivíduo insere-se ou não em um determinado padrão. A falta de identificação com a referência pode ter causas variadas, que o exame, por si só, não revela.
>
> Quanto à falta de advertência de que o exame deveria ser submetido à analise médica, tal fato não implica informação defeituosa. Assim como o exame não trouxe expressamente grafado "resultado positivo para gravidez", como alegam os autores, também não está ali consignado "resultado negativo para gravidez". O exame traz apenas a quantidade do hormônio gonadotrofina cariônica no sangue da autora, acompanhado dos valores de referência. É evidente que o entendimento de tais informações exige conhecimento técnico, de forma que ao interpretá-lo por conta própria, não tendo o conhecimento necessário para tanto, a autora assumiu o risco de fazê-lo erroneamente.
>
> Por outro lado, a realização deste exame era pré-requisito para a realização do procedimento cirúrgico, e por esta razão foi exigido. A (*sic*) laboratório

> não tem ingerência sobre a decisão do paciente de apresentá-lo ou não ao seu médico, ou deste em exigir ou não a apresentação. (fls. 730/731)

Assim, nego provimento ao apelo da autora, no ponto.

DA AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR

Alegam os autores, L.F.T.B. e L.T. de M., que o réu, Exame Laboratório de Patologia, tem o dever de indenizá-los pelos danos morais e materiais suportados, em razão da falha na prestação do serviço.

Sem razão os autores/apelantes.

Como acima afirmado, não houve erro ou falha na prestação do serviço do réu, cujo resultado do exame deu positivo para a gravidez, não havendo, portanto, nexo de causalidade entre o correto resultado do exame e à submissão da autora à cirurgia, que comprometeu o desenvolvimento de seu filho.

Nego provimento ao apelo dos autores, no ponto.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nego provimento ao apelo dos autores, L.F.T.B. e L.T. de M.

É como voto.

Desa. Fátima Rafael (Revisora) – Com o Relator.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2008011014021-2

Relator – Des. Arnoldo Camanho de Assis

Quarta Turma Cível

EMENTA

Civil e processual civil. Rescisão contratual. Cessão de direitos intermediada por corretor. Fraude arquitetada pelo mandatário. Celebração do contrato sem a presença dos pactuantes. Elaboração de duas minutas de contratos distintas. Previsão de pagamento a prazo em uma deles. Previsão de pagamento à vista com quitação imediata na outro. Ludibriação de ambos os contratantes. Nulidade da primeira minuta de contrato. Alteração da primeira página e aposição fraudulenta de rubrica do demandado nesta mesma folha. Anulabilidade da segunda minuta. Erro substancial da autora. Ausência de pedido de anulação. Impossibilidade de invalidação. Pagamento feito ao corretor pelo demandado. Exoneração da obrigação. Atribuição dos ônus da sucumbência à demandante.

1. Os litigantes celebraram contrato de cessão de direitos sobre imóvel, intermediado por corretor contratado pela cedente, em que o mandatário, por meio de fraude, aproveitando-se da circunstância de que as partes subscreveram o ajuste em momentos distintos, após colher as assinaturas e rubricas do cessionário em duas cópias idênticas, alterou a primeira página de uma das vias do contrato, colhendo a assinatura da cedente em duas minutas distintas, entregando uma minuta para cada um dos pactuantes. Na primeira cópia, que ficou em poder da cedente, previu-se que o pagamento seria feito a prazo e na segunda, que ficou com o cessionário, restou consignado que o pagamento foi feito à vista com quitação imediata.

2. Comprovado que a via entregue à cedente foi fraudada pelo corretor, em razão da alteração dos termos originais de uma das cláusulas constantes de sua primeira página e da aposição de rubrica falsa do cessionário na primeira folha, e que, por outro lado, a cópia entregue ao cessionário tinha assinaturas e rubricas válidas, tendo as da autora sido inseridas por erro substancial quanto ao conteúdo, há

que se reconhecer a invalidade da primeira e a anulabilidade da segunda. Dessa forma, se a concedente não requereu a anulação do contrato representado pela via que estava em poder do cessionário, há que se reconhecer que o pagamento feito pelo cessionário ao corretor da cedente, ainda que o mandatário não tivesse poderes para recebê-lo e dar quitação em nome desta, exonerou o cessionário de sua obrigação, pois a cedente, ainda que não tenha recebido o dinheiro entregue ao corretor, deu quitação da obrigação do cessionário.

3. Resta à cedente o direito de reaver, pela via própria, o dinheiro que foi recebido pelo corretor e não lhe foi repassado.

4. Se, em virtude do provimento do recurso do réu, o pedido da autora foi julgado improcedente, há que se atribuir à requerente a integralidade dos ônus da sucumbência arbitrados na sentença.

5. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Arnoldo Camanho de Assis – Relator, Antoninho Lopes – Revisor, Cruz Macedo – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Cruz Macedo, em proferir a seguinte decisão: dar provimento ao recurso, maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Relator) – Cuida-se de apelação interposta por E.B.S.M. contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 19ª Vara Cível de Brasília, que julgou parcialmente procedente o pedido de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por danos morais formulado por E.N. da C. em face do ora apelante, resolvendo o contrato celebrado entre as partes. Em antecipação de tutela, determinou ao primeiro que restitua à segunda o imóvel objeto da avença, sob pena de multa de R$ 2.000,00 (dois mil reais), por dia de atraso.

O apelante pugna pela reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido. Aduz que negociou durante todo o tempo com o corretor da apelada e que fez o pagamento pela cessão de direitos sobre o imóvel diretamente ao mandatário, que tinha poderes para recebê-lo em nome da recorrida. Sustenta que a recorrida conferiu amplos poderes para que o corretor vendesse o imóvel, inclusive o de receber o valor da venda em seu lugar. Assevera que recebeu do corretor cópia da cessão de direitos, em que constava a assinatura da autora, dando plena quitação do imóvel. Aduz que, por essas razões, cumpriu com sua obrigação, sendo incabível a rescisão da avença e restituição do imóvel à requerente. Sucessivamente, requer a revogação da antecipação de tutela concedida na sentença, sob o fundamento de que a sentença, ao determinar a restituição do imóvel no prazo de dez (10) dias, quando a autora havia requerido a devolução em quinze (15) dias, incorreu no vício do julgamento *ultra petita*. Caso mantida a antecipação de tutela, postula a redução da multa cominatória diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais) arbitrada na sentença.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Relator) – Restou incontroverso nos autos que as partes litigantes contrataram a cessão de direitos do terreno objeto de discussão pelo valor de R$ 47.000,00 (quarenta e sete mil reais), tendo sido o negócio intermediado pelo corretor A.F. da S.J.

A autora alega que o ajuste previa o pagamento no prazo de noventa (90) dias, tendo recebido cheques pós-datados que não foram liquidados, ao passo que o réu sustenta ter pago a quantia à vista, ao corretor da requerente, tendo obtido quitação da demandante, consoante a cláusula 2, do contrato.

O ilustre magistrado singular asseverou que o réu pagou mal, pois entregou o dinheiro ao corretor, sem que este tivesse poderes para receber pagamento e dar quitação em nome da autora. Todavia, deixou de analisar a relevante alegação do requerido, de que a autora assinou contrato, concordando com o pagamento à vista e

dando quitação imediata, consoante previsto na cláusula segunda da avença e que, por esse motivo, exonerou-se da obrigação ao pagar o valor da venda ao corretor.

Dessa forma, deve-se indagar o que de fato foi acordado pelas partes. Se restou previsto pagamento a prazo ou se o pagamento foi à vista com quitação imediata.

A resposta para tais questionamentos depende, necessariamente, da análise acerca da validade das cópias dos contratos trazidas aos autos pela parte autora e pela parte ré, às fls. 102/105 e 118/121, respectivamente. Na cópia da requerente, previu-se que o pagamento seria feito a prazo, ao passo que, na via apresentada pelo requerido, consignou-se que o pagamento foi feito à vista, com quitação imediata.

Do que emerge dos elementos constantes dos autos, o contrato, redigido pelo representante da autora, foi subscrito pelas partes em momentos distintos. Como se verifica dos depoimentos prestados pela requerente (fls. 283), pelo requerido (fls. 284) e pelo corretor (fls. 286), o instrumento contratual foi levado à demandante, que o assinou em duas vias, e depois ao demandado, que as subscreveu.

Cada uma das partes ficou com uma via do pacto.

Entretanto, percebe-se a ocorrência de três pontos divergentes entre a primeira página da via do contrato que ficou em poder da parte autora (fls. 102/105) e a primeira lauda do instrumento que ficou com o réu (fls. 118/121). Tais divergências estão na redação da cláusula segunda – a via da requerente prevê pagamento a prazo e a via do requerido dispõe que o pagamento foi feito à vista com quitação imediata –, na rubrica do demandado e na formatação gráfica. Isso foi atestado pelo laudo pericial, que afirmou o seguinte: "em razão de a via do Réu apresentar perfeita harmonia entre os diversos componentes da respectiva formatação, conclui-se que esse era o texto originário, do qual foram impressas as duas vias do contrato. Após as respectivas assinaturas por parte do Réu, o texto da segunda cláusula foi alterado na matriz, e a respectiva folha foi reimpressa e substituiu, na via da Autora, a folha originária. Nessa folha nova foi falsificada a rubrica do Réu". A contrafação foi admitida pelo corretor A., em seu depoimento judicial de fls. 286.

Daí, podem-se extrair as seguintes hipóteses: a) A. apresentou versões distintas do contrato para cada um dos contratantes, fazendo a autora acreditar que realizou negócio com pagamento a prazo e, o réu, que a requerente deu quitação do pa-

gamento feito ao corretor; b) A. associou-se à autora, modificando o conteúdo do contrato posteriormente, com a ciência desta, para prejudicar o réu; c) A. associou-se ao requerido, modificando o conteúdo do contrato posteriormente, com a ciência deste, para prejudicar a demandante.

Entretanto, confrontando as provas dos autos com as demais circunstâncias do negócio, que podem ser extraídas do restante do acervo probatório, é possível concluir que ambos os contratantes estavam de boa-fé e que foram enganados por A.F. da S.J.

A circunstância de a autora ter recebido um cheque pós-datado, clonado, no valor de R$ 47.000,00 (quarenta e sete mil reais) – com data de pagamento prevista para noventa (90) dias depois da data da celebração da avença –, que posteriormente foi substituído por outros dois cheques, fraudados, também pós-datados, de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) e 30.000,00 (trinta mil reais), indica que celebrou a avença acreditando que o pagamento seria feito no prazo de noventa (90) dias. Além disso, o corretor reconheceu, nos depoimentos prestados na Delegacia de Polícia (fls. 24/26) e na fase instrutória do presente processo (fls. 286), que recebeu o pagamento à vista, mas que não o repassou à autora, enganando-a. Além disso, não há nada nos autos que permita concluir que houve uma associação entre ambos, com o intuito de prejudicar o requerido. Dessa forma, deve-se concluir que a requerente estava de boa-fé e que acreditava que o pagamento seria feito a prazo.

Por sua vez, o réu tem em seu poder uma via autêntica do contrato, em que consta que o pagamento foi feito à vista, com quitação imediata, constando desse documento a assinatura e rubricas regulares da autora, o que indica que acreditava que o pagamento feito ao corretor implicou quitação da obrigação. Ademais, A. reconheceu, nos depoimentos prestados na Delegacia de Polícia (fls. 24/26) e na fase instrutória do presente processo (fls. 286), que recebeu o dinheiro do requerido e que este estava de boa-fé. Em outra vertente, não há provas de que houve qualquer associação entre o corretor e o demandado com o intuito de prejudicar a demandante.

Constatando-se que ambas as partes estavam de boa-fé e que foram enganadas pelo corretor, a conclusão que se pode extrair dos elementos constantes dos autos, em especial das declarações das partes e do laudo pericial, é a seguinte: o corretor imprimiu duas vias idênticas do contrato, com o mesmo conteúdo da có-

pia que está em poder do réu. Antes de apresentá-las à autora, substituiu a primeira página de uma delas, confiando que a demandante não leria a outra cópia com a mesma atenção – o que ocorreu, de fato, consoante a requerente afirmou em seu depoimento pessoal (fls. 283). Assim, obteve as assinaturas e rubricas da demandante em ambas as vias, que apresentavam divergências na primeira página, no tocante à redação da cláusula segunda – em uma delas previa-se que o pagamento seria feito a prazo e em outro que seria feito à vista com quitação imediata – e no que diz respeito à formatação gráfica (imperceptível ao leigo). Em seguida, substituiu a primeira página da via do contrato, em que se previa, na cláusula segunda, que o pagamento deveria ser feito a prazo, pela folha que havia destacado antes de apresentar à autora, em que se dispunha que o pagamento era à vista com quitação imediata. Assim, apresentou ao réu as duas vias idênticas do contrato, em que se previa o pagamento à vista, com quitação imediata, obtendo suas assinaturas e rubricas. Dessa forma, tinha em mãos duas cópias idênticas do contrato, com as rubricas e assinaturas de ambas as partes, exceto a rubrica da autora na primeira página de uma delas – pois tinha sido aposta na folha que foi substituída – e mais uma cópia em avulso da primeira página adulterada em que consta apenas a rubrica da requerente – pois foi substituída pela página em que consta apenas a rubrica do réu. Deixou em poder do réu a via que contém todas as rubricas e todas as assinaturas regulares, ficando com a via em que faltava a rubrica da autora na primeira página e mais a cópia avulsa. Em seguida, substituiu a primeira página desta via pela folha avulsa, em que consta apenas a rubrica da demandante, inserindo, de próprio punho, a rubrica do demandado, e a entregou à requerente. Depois, provavelmente, descartou a folha substituída.

Por meio desta fraude, muito bem engendrada, o corretor conseguiu enganar ambas as partes, fazendo a autora acreditar que realizou negócio para pagamento a prazo e o réu acreditar que a requerente deu quitação do pagamento feito ao corretor, ficando com o dinheiro e não o entregando à demandante. Isto foi possível porque o negócio não foi celebrado na presença de ambas as partes.

Fixada a premissa de que ambas as partes estavam de boa-fé e que foram enganadas pelo corretor, resta indagar o que deve prevalecer, se é a cláusula do contrato que está em poder do réu, segundo a qual a autora deu quitação do pagamento feito a A., ou se é a cláusula do pacto que está na posse da autora, que diz que

o pagamento seria feito a prazo. Caso se entenda pela segunda opção, deve-se indagar se o pagamento feito ao corretor teve o condão de desobrigar o requerido.

Na hipótese vertente, deve-se reputar como válido o contrato que está em poder do réu. Isso porque consta da avença a assinatura e rubricas válidas da autora, ainda que a sua vontade tenha sido emitida de forma errônea, ao passo que o instrumento que está em poder da requerente é inválido, porquanto foi fraudado e não houve concordância do requerido com o seu teor. Ressalte-se que o equívoco da demandante, que configura erro substancial, nos termos do art. 139, inciso I, do CC, não é suficiente para a anulação deste negócio jurídico, porquanto o vício de tal natureza é apenas relativo, nos termos do art. 138, do CC, dependendo de pedido expresso para seu reconhecimento, que não foi formulado no presente processo.

Por essas razões, o réu cumpriu com sua obrigação, pois pagou ao corretor e obteve quitação da avença. Resta à autora, que não tão tomou as precauções necessárias na escolha do representante e no momento de celebrar o ajuste, postular do mandatário as perdas e danos, em razão do dolo deste, nos termos do art. 148, segunda parte, do CC, por meio da via processual adequada.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido, revogando a antecipação de tutela concedida pela sentença. Por conseguinte, atribuo os ônus da sucumbência integralmente à autora.

É como voto.

Des. Antoninho Lopes (Revisor) – Com o Relator.

Des. Cruz Macedo (Vogal) – Pedi vista dos autos em Sessão realizada em 17/10/2012, para melhor exame da matéria.

Após a análise dos autos, *data venia* do entendimento em contrário acolhido pelos e. Desembargadores que me precederam, tenho que o recurso não merece provimento, devendo ser mantida a r. sentença recorrida.

Cuida-se, na origem, de ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e danos morais ajuizada por E.N. da C. em desfavor de E.B.S.M., visando ao desfazimento do Instrumento Particular de Cessão de Direitos e a retomada do imóvel, tendo em vista o não recebimento do pagamento.

Examinando detidamente a r. sentença monocrática (fls. 310/319) constata-se que, de fato, há necessidade de rescisão do contrato, eis que o demandado pagou a terceiro que não detinha poderes para receber a quitação do imóvel, que significa não ter adimplido corretamente sua obrigação. Confira-se (fls. 313/315):

> Com efeito, o art. 722 do Código Civil conceitua o contrato de corretagem nos seguintes termos: "pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas". Isso significa dizer que entre a autora e o corretor de imóveis não existiu contrato de mandato, sequer na sua modalidade verbal, mas apenas contrato de corretagem, o qual "é simplesmente consensual e por isso independe de prova documental. (...) Uma vez comprovada a aproximação útil entre os interessados no negócio imobiliário, resta evidenciada a concretude da avença" (*in* Código Civil anotado e comentado, James Eduardo Oliveira, Ed. Forense: 2010, 2ª Ed, pág. 667). Tal conclusão pode ser obtida a partir da declaração feita pela própria autora em sua petição inicial, fl. 03, no sentido de que A.F. da S.J. "foi constituído para intermediar referida venda". Portanto, a tarefa do referido corretor era apenas a mediação entre as partes contratantes no tocante à cessão de direitos do imóvel objeto da demanda, no caso, autora e réu. Por consequência lógica, não havendo outorga expressa de poderes de quitação, não poderia o referido corretor receber o pagamento pelo objeto do contrato em nome da autora, uma vez que o artigo 308 do Código Civil dispõe: "o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito". Sendo certo que a atuação do corretor de imóveis se limitava à mediação da negociação da cessão de direitos, não havendo poderes para representação da autora, não tinha o corretor o direito de receber o pagamento efetuado pelo réu, não obstante tal realidade, o referido corretor recebeu o pagamento, fl. 57, o que foi declarado pelo réu e confirmado pelo próprio corretor na audiência de instrução, fls. 284/286. Ocorre que, a autora sequer soube de referido pagamento da forma feita, portanto, não retificou o pagamento, tampouco o valor foi revertido em seu proveito. Ademais, é certo que a obrigação de verificar o

limite dos poderes outorgados ao corretor é do devedor, uma vez que este, ordinariamente, apenas tem a incumbência de realizar a mediação entre os interessados. Nesse sentido está o seguinte excerto doutrinário: "Seja qual for a espécie de representação de que esteja tratando, é preciso que o devedor verifique os poderes do representante, pois a extinção da pendência dependerá da regularidade da quitação dada, e isso se adstringe umbilicalmente às prerrogativas conferidas ao indivíduo que representa o credor". (*In* Curso de Direito Civil, Fabrício Zamprogna Matiello, Vol 2, LTr, pág. 159). Ou seja, se o pagamento foi feito a terceiro que não tinha poderes para receber o pagamento, não tendo o devedor buscado se informar efetivamente quanto aos limites da corretagem, referido pagamento não tem efeito liberatório não exonerando o devedor. Em outras palavras, quem paga mal paga duas vezes. Para corroborar esta conclusão, vejamos o ensinamento do mestre Washington de Barros Monteiro, na obra Curso de Direito Civil, 32ª Ed. Saraiva, vol. 4, pág. 258/259: "Pagamento feito a terceiro desqualificado, que não seja credor ou seu representante, não tem efeito liberatório, não exonera o devedor". Nesse sentido está o seguinte precedente deste e. TJDFT: "Paga a dívida a quem não detinha poderes para recebê-la, tem-se que o devedor pagou mal, sujeitando-se, por isso, à repetição." (20010110458534APC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, julgado em 04/12/2003, DJ 19/02/2004 p. 63). Desta forma, entendo que o pagamento feito pelo réu e recebido pelo corretor de imóveis, A.F. da S.J., não tem efeito liberatório do réu, permanecendo o réu inadimplente com relação à autora e ao contrato firmado.

Diante dessa análise, o que merece ser frisado, é que a autora comprovou que não recebeu o pagamento, conforme os depoimentos prestados nos autos, inclusive o do próprio corretor, e, por outro lado, o réu demonstrou que pagou a quem não possuía poderes para receber, conforme se vê pelo recibo de fl. 57.

Certo é que, ao corretor de imóveis compete exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária, nos termos do que dispõe o art. 3º da Lei 6.530/78, mantida pelo Código Civil art. 729 (grifei). Confira-se:

> Art 3º Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.
>
> Do mesmo modo, o art. 722 do Código Civil determina que: "Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas."
>
> Significa dizer que a competência do corretor se limita a intermediar a negociação, sendo que, para receber valores, patente a necessidade de outorga pelo vendedor de poderes expressos nesse sentido e, "caso o pagamento não seja feito ao credor ou a seu legítimo representante, será inválido e não terá força liberatória. (MORATO, Antônio Carlos, *et alii.* Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3ª ed. Barueri, SP – Manole, 2010. p. 273)
>
> Desse modo, tendo o requerido repassado, como afirma ter feito, o pagamento à pessoa incapaz de dar quitação, deixou de observar o disposto nos artigos 308 e 310 de Código Civil em vigor, que assim estabelecem:
>
> Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.
>
> Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

Na espécie, cabe ainda destacar que não há falar em credor putativo, eis que este "se apresenta aos olhos de todos como o **verdadeiro credor**, embora não o seja." (grifei) (idem, p. 274), o que não é o caso, considerando a ausência de qualquer autorização ou manifestação da autora-vendedora nesse sentido.

Sobre o tema, confira-se jurisprudência deste c. Tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO EFETUADO A TERCEIRO, ESTRANHO À RELAÇÃO JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO

> CASO. ERRO NÃO ESCUSÁVEL. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Para que o erro no pagamento seja escusável, não basta a boa-fé do devedor, sendo necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebedor é o verdadeiro credor. 2. Inexistindo erro escusável do devedor, não é válido o pagamento feito àquele que não era credor, afastando-se, portanto, a possibilidade de pagamento a credor putativo contemplado no art. 309 do Código Civil, mormente porque o devedor foi demandado em ação de cobrança pela real credora e tinha ciência inequívoca de quem era a verdadeira e legítima beneficiária. 3. Nos termos do art. 308 do Código Civil, a extinção da obrigação só ocorre quando o pagamento é efetuado ao credor ou a quem o representa legal, judicial ou convencionalmente. 4. Recurso conhecido e não provido. Unânime. (Acórdão 620008, 20120020151692AGI, Relator OTÁVIO AUGUSTO, 3ª Turma Cível, julgado em 12/09/2012, DJ 16/10/2012 p. 104)

Trago à lide, com o fito de ampliar a presente fundamentação, excerto do voto do e. Relator Otávio Augusto proferido na ocasião do julgamento acima citado, *verbis:*

> Assim, a obrigação não pode ser tida como quitada, já que o erro no pagamento só pode ser escusável se presente a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebedor é o verdadeiro credor. A extinção da obrigação somente ocorre quando o devedor efetua o pagamento ao credor ou a quem o represente legal, judicial ou convencionalmente (art. 308 do Código Civil). (...) Com efeito, o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor, desde que provada a boa-fé e que o erro era escusável. Além da boa-fé, exige-se a escusabilidade do erro que provocou o pagamento, para a exoneração do devedor. A boa-fé, no entanto, pode ser elidida demonstrando-se que o *solvens* (devedor) tinha ciência de que o *accipiens* (credor putativo) não era o credor. Se, por outro lado, o erro que provocou o pagamento incorreto é grosseiro, não se justifica a proteção a quem agiu com desídia, negligência ou imprudência. Se o *solvens* (devedor) conhecia o fato de que o credor putativo é incapaz de fornecer quitação e, mesmo assim, realiza o pagamento, este será considerado ineficaz se não restar provado, pelo devedor, que o cumprimento da obrigação aproveitou

> ao credor, conforme disposto no artigo 310 do Código Civil. Portanto, não basta a mera alegação de pagamento a credor putativo, sendo mister a diligência e prudência do devedor em aferir quem seja o verdadeiro credor, averiguando-se a legitimidade do recebedor da prestação, pois a quitação feita a pessoa errada, além de não afastar os efeitos da mora, deverá ser efetuada novamente. (AGI 20120020151692)
>
> Deve ainda se ter em conta, ser patente a negligência do réu, tendo em vista que, embora estivesse realizando uma transação desse porte, sequer encontrou pessoalmente a vendedora quando da contratação e tampouco no Cartório, na ocasião em que fora autenticar os documentos, sendo portanto sua responsabilidade o fato de presumir que o corretor fosse pessoa qualificada a receber o pagamento.

Do mesmo modo, já me manifestei em situação análoga, nos seguintes termos:

> CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CESSÃO DE DIREITOS DE LOTE LOCALIZADO EM CONDOMÍNIO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Tendo a Requerida repassado, como afirma ter feito, o pagamento à pessoa incapaz de dar quitação, deixou de observar o disposto nos artigos 308 e 310 do Código Civil em vigor, devendo ser julgado procedente o pedido formulado em ação de cobrança de valores atinentes à cessão de direitos de imóvel entabulado entre as partes. 2. A procedência da ação de cobrança se mostra cabível também pelo fato de que a devedora sequer comprova ter repassado qualquer contraprestação ao corretor da Autora, máxime quando este último não detinha poderes para tal. 3. Recurso provido. (Acórdão 617709, 20070710051174APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 29/08/2012, DJ 18/09/2012 p. 177)

Pois bem, nessa esteira, tenho que, no presente caso, a r. sentença deve ser mantida integralmente, haja vista que a responsabilidade pelo desfazimento do contrato deve ser imputada ao réu que efetuou o pagamento a quem não detinha poderes para receber, razão pela qual deve prevalecer a resolução do contrato com a reintegração de posse em favor da autora.

Lado outro, também permanece o disposto na r. sentença (fl. 316) no sentido de ser facultado ao réu o direito de buscar pelas vias próprias a devolução do valor pago ao corretor de imóveis.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, divirjo do voto do e. Relator, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo integralmente a r. sentença recorrida.

É como voto.

DECISÃO

Dar provimento ao recurso, maioria.

APELAÇÃO CÍVEL

2008011112092-3

Relator – Des. Otávio Augusto

Terceira Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Reparação de danos morais. Registro de nascimento. Criança do sexo feminino registrada com nome masculino. Dano moral causado por titular de serventia extrajudicial. Atividade delegada. Responsabilidade objetiva. *Quantum.* Valor razoável e proporcional. Majoração. Inviabilidade. Sentença mantida.

1. Os notários e registradores respondem direta e objetivamente pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros, bastando ao autor demonstrar o ato indevido e o nexo de causalidade para a configuração do dano moral, sendo desnecessária a comprovação do prejuízo. Assim, o dano está enquadrado na modalidade *in re ipsa*, o qual deriva do próprio evento danoso.

2. O *quantum* indenizatório deve ser aferido com moderação e proporcionalidade ao dano causado, a fim de que não estimule reparações além do razoável e enriquecimento indevido.

3. Recursos desprovidos. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Otávio Augusto – Relator, Mário-Zam Belmiro – Revisor, Silva Lemos – 1º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Otávio Augusto, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de Julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível e recurso adesivo interpostos contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito Substituta da Unidade de Apoio judicial – Regime de Mutirão, que nos autos da ação de reparação de danos morais proposta por E.A.A., representada por E. de S.A. em desfavor de A.F.Q. de S. e J.P.A., julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o 1º réu, A.F.Q. de S. a pagar à autora a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais.

Inconformado, apela o primeiro réu, às fls. 139/143, buscando a reforma da r. sentença para julgar improcedente o pedido inicial. Para tanto, sustenta que a autora não demonstrou a ocorrência de transtornos capazes de configurar dano moral. Assevera que o erro na grafia do registro da infante perdurou por apenas três anos, sendo que nesse período a mesma não poderia ser motivo de chacota, conforme afirmado na inicial, uma vez que não possuía idade escolar. Aduz que a inicial não narrou qualquer situação vexatória nos três primeiros anos de vida da apelada, sendo que meros aborrecimentos não são suficientes para configurar dano moral passível de indenização. Requer o provimento do recurso para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

A autora interpôs apelo adesivo à fls. 158/164, pugnando pela reforma da r. sentença para que o quantum fixado a título de danos morais seja majorado. Argumenta que o valor fixado demonstra-se insuficiente para reparar o dano moral suportado, sendo irrisório perante o poder econômico do réu.

Preparo do recurso do réu à fl. 145.

O recurso adesivo interposto pela autora foi apresentado sem preparo, uma vez que a recorrente milita sob o pálio da gratuidade de justiça.

A autora apresentou contrarrazões às fls. 151/157, pugnando pela manutenção do *decisum*.

Apesar de devidamente intimados, os réus não apresentaram contrarrazões.

Parecer da ilustre Procuradora de Justiça às fls. 173/179, pugnando pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Otávio Augusto (Relator) – Presentes os pressupostos processuais dos recursos, deles se conhece.

Conforme relatado, cuida-se de recursos interpostos contra a r. sentença que, na ação de reparação de danos morais proposta por E.A.A., representada por E. de S.A., julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu, A.F.Q. de S., a pagar à autora o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais.

O réu alega em seu recurso de apelação que não restou demonstrado qualquer dano capaz de gerar o dever de indenizar. Argumenta que a autora teve seu assento de nascimento com erro por apenas três anos, não havendo qualquer comprovação de tenha sofrido chacotas na escola, uma vez que não possuía sequer idade escolar. Requer o provimento do recurso para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

A autora, por sua vez, requer a majoração do valor fixado a título de danos morais, por entender que o valor fixado no *decisum* não é capaz de reparar o dano causado pelo erro cometido pelo réu. Afirma que, perante o poder econômico do réu, o valor fixado é irrisório.

Sem razão os recorrentes. Vejamos.

Segundo dispõe o Código Civil no seu artigo 186, aquele que pratica ato ilícito deve responder pelos danos morais e materiais causados.

A obrigação de reparação civil só surge quando há uma relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. Torna-se, portanto, obrigatório que o dano decorra, clara e explicitamente, da conduta voluntária do ofensor.

Verifica-se nos autos que, da falta de cuidado do registrador na prática de ato próprio da serventia resultou, inequivocadamente, a lavratura da Certidão de Nascimento à fl. 21, atribuindo um nome masculino a uma criança do sexo feminino.

Sobre a responsabilidade dos registradores, a Carta Magna em seu artigo 236 esclarece que:

> Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
>
> §1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Como se sabe, a ação de indenização por danos morais causados por atos praticados pelos notários e seus prepostos encontra esteio na responsabilidade civil do Estado. Nesse sentido, a Constituição Federal prevê em seu art. 37, §6º que:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre a responsabilidade dos oficias de registros a Lei 8.935/1994 dispõe que:

> Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Desse modo, sendo uma delegação do Estado, os notariais e oficiais de registro respondem objetivamente pelos danos comprovadamente causados, na prática de ato próprio da serventia, aos usuários e terceiros, nos termos do art. 236 da Constituição Federal e art. 22 da Lei 8.935/1994. Assim, é assente a responsabilidade individual e pessoal dos notários e oficiais de cartório.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona nesse sentido. Confiram-se os seguintes julgados, *in verbis*:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR PÚBLICO. LAVRATURA DE ASSENTO DE NASCIMENTO COM INFORMAÇÕES INVERÍDICAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FILHA PRIVADA DO CONVÍVIO MATERNO. DANOS MORAIS. VALOR DA COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÃO. **1. A doutrina e a jurisprudência dominantes configuram-se no sentido de que os notários e registradores devem responder direta e objetivamente pelos da-**

nos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros. Precedentes. 2. Da falta de cuidado do registrador na prática de ato próprio da serventia resultou, inequivocamente, a coexistência de dois assentos de nascimento relativos à mesma pessoa, ambos contendo informações falsas. Essa falha na prestação do serviço, ao não se valer o registrador das cautelas e práticas inerentes à sua atividade, destoa dos fins a que se destinam os registros públicos, que são os de "garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos", assim como previsto no art. 1º da Lei 8.935, de 1994. 3. O dano moral configurou-se ao ser privada a vítima, ao longo de sua infância, adolescência e início da vida adulta, do direito personalíssimo e indisponível ao reconhecimento do seu estado de filiação, conforme disposto no art. 27 do ECA, desrespeitando-se a necessidade psicológica que toda a pessoa tem de conhecer a sua verdade biológica. Consequentemente, foi despojada do pleno acesso à convivência familiar, o que lhe tolheu, em termos, o direito assegurado no art. 19 do ECA, vindo a lhe causar profunda lacuna psíquica a respeito de sua identidade materno-filial. 4. É da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde alguma relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro. Precedente. 5. Para a fixação do valor da compensação por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades do processo, a necessidade de que a compensação sirva como espécie de recompensa à vítima de sequelas psicológicas que carregará ao longo de toda a sua vida, bem assim o efeito pedagógico ao causador do dano, guardadas as proporções econômicas das partes e considerando-se, ainda, outros casos assemelhados existentes na jurisprudência. Precedentes. 6. Recurso especial provido. (REsp 1134677/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 31/05/2011) (g.n.)

ADMINISTRATIVO. DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem julgou procedente o pedido deduzido em Ação Ordinária movida contra o Estado do Amazo-

> nas, condenando-o a pagar indenização por danos imputados ao titular de serventia. 2. No caso de delegação da atividade estatal (art. 236, §1º, da Constituição), seu desenvolvimento deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público. 3. O art. 22 da Lei 8.935/1994 é claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que deve responder solidariamente o ente estatal. 4. Tanto por se tratar de serviço delegado, como pela norma legal em comento, não há como imputar eventual responsabilidade pelos serviços notariais e registrais diretamente ao Estado. Ainda que objetiva a responsabilidade da Administração, esta somente responde de forma subsidiária ao delegatário, sendo evidente a carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam*. 5. **Em caso de atividade notarial e de registro exercida por delegação, tal como na hipótese, a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório ainda oficializado. Precedente do STF.** 6. Recurso Especial provido. (REsp 1087862/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/05/2010)

Desse modo, os notários e registradores respondem objetivamente pelos danos comprovadamente causados na prática de ato próprio da serventia, aos usuários e terceiros, bastando ao autor demonstrar o ato indevido e o nexo de causalidade para a configuração do dano moral, sendo desnecessária a comprovação do prejuízo. Assim, o dano está enquadrado na modalidade *in re ipsa*, o qual deriva do próprio evento danoso.

Na hipótese, restou claro o nexo de causalidade entre o serviço deficiente prestado pelo réu e os danos causados à autora, sendo que nos casos de responsabilidade objetiva o dano é presumido e independe de prova.

Com base nessas linhas e volvendo à situação descrita no processo, conclui-se que restou suficientemente comprovada a falha na prestação do serviço, com evidente nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo à vítima, elementos que se mostram suficientes para a configuração da responsabilidade objetiva do registrador.

O dano moral sofrido pela autora foi relevante, pois permaneceu, por três anos, em seu registro de nascimento com um nome masculino, o que repercutiu negativamente na sua esfera de convívio social.

Conforme salientado pela ilustre Procuradora de Justiça, em sua manifestação às fls. 173/179: "a pouca idade da segunda apelante durante o período em que teve nome masculino em seu registro civil não significa que ela não sofreu danos morais ou que não tinha entendimento para sofrer danos morais. Pelo contrário, geralmente é durante os primeiros anos de vida que a criança sofre traumas que carrega durante toda a vida. Ademais, crianças com 2 a 3 anos de idade já tem vocabulário extenso e sabem diferenciar nomes masculinos de femininos."

É evidente que a atribuição de um nome masculino a uma menina enseja imensuráveis constrangimentos que, por si sós, configuram dano à moral ao indivíduo, impondo, a quem deu causa, a reparação do prejuízo suportado em razão desse fato.

Com efeito, na quantificação do dano moral, tenho reiteradamente adotado o posicionamento no sentido de que o valor da indenização deve ser arbitrado com parcimônia, a fim de que não estimule reparações além do razoável e fora dos parâmetros comumente observados pela jurisprudência.

O critério de fixação é subjetivo e meramente estimativo, devendo-se ter como norte, contudo, a razoabilidade e a proporcionalidade, as condições do ofensor e as do ofendido, além da natureza do direito violado. A indenização tem caráter retributivo, como forma de compensar a dor psíquica sofrida pelo ofendido, e preventivo, de modo que o ofensor seja inibido na reiteração do comportamento lesivo.

*In casu,*levando-se em consideração as circunstâncias em que se deu o ato lesivo, notadamente o grau de culpa do registrador e o tempo em que o erro persistiu, sem se descurar do aspecto punitivo, tem-se por adequado e razoável o valor fixado na r. sentença a título de danos morais.

Considerando esses parâmetros, é possível observar que o valor arbitrado na sentença é justo, pois suficiente para punir com moderação a conduta do réu, sem implicar enriquecimento ilícito da autora.

Nesse sentido, confira-se ementa do julgado a seguir:

> CONSUMIDOR. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SERASA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO. 1. A inscrição indevida de nome de consumidor em cadastro de restrição ao crédito, em razão de parcela de financiamento por ele já quitada caracteriza conduta passível de gerar dano moral. As empresas envolvidas na relação consumerista respondem objetivamente aos danos causados ao consumidor por inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes. 2. O *quantum* indenizatório a título de danos morais deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se, no caso concreto, a extensão e a gravidade do dano, a capacidade econômica do agente, as condições da vítima além do caráter punitivo-pedagógico da medida. De igual modo, não pode ser fonte de enriquecimento ilícito. 3. A condenação imposta na sentença se mostra adequada e suficiente, apta a atingir os fins a que se destina, devendo ser mantida. 4. Apelo improvido. Sentença mantida. (Acórdão 600072, 20100112146999APC, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, julgado em 27/06/2012, DJ 12/07/2012 p. 135) (g.n.)
>
> Assim, levando em consideração o grau de culpabilidade do réu, a capacidade econômica das partes, o caráter punitivo e compensatório da sanção e, principalmente, a natureza intrínseca da indenização, tem-se por adequada a manutenção da quantia fixada na r. sentença a título de danos morais.

À guisa de tudo quanto exposto, NEGA-SE PROVIMENTO a ambos os recursos, mantendo-se incólume a r. sentença.

Des. Mário-Zam Belmiro (Revisor) – Com o Relator.

Des. Silva Lemos (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2009011071135-9

Relator – Des. J.J. Costa Carvalho

Segunda Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Consumidor. Produto defeituoso. Piso cerâmico. Necessidade de troca. Obrigação de fazer. Execução das obras necessárias. Desocupação da residência. Hospedagem da família. Antecipação dos efeitos da tutela. Dano moral.

1. O fornecedor que vendeu produto com defeito deve reparar o dano decorrente. Assim, tratando-se de venda de pisos com defeito, devem as rés ser responsabilizadas pela retirada do produto defeituoso e colocação de novas placas sem defeito.

2. Não havendo nos autos qualquer elemento que recomende a realização da obra em prazo menor que o assinalado no laudo pericial, este deve ser concedido às rés para que cumpram a obrigação de fazer.

3. Ao fim do prazo assinalado, devem as rés entregar ao autor a obra pronta, arcando com todos os ônus que lhe são peculiares. O modo de executá-la deve obedecer ao bom senso, aos costumes locais, e às normas que naturalmente incidem à espécie.

4. A responsabilidade por eventuais danos aos bens do autor decorre da lei, e seu ressarcimento, caso ocorram, deve ser buscado em momento oportuno e pela via própria.

5. Sendo necessário que o autor desocupe sua casa antes do início das obras, e não sendo cabível exigir-lhe arcar com os custos desta recolocação, pois não concorreu para a ocorrência do dano que sofreu, devem as rés arcar com os custos de moradia da família do autor durante o período de realização das obras, podendo oferecer-lhe hospedagem no Plano Piloto em hotel, apart-hotel, ou unidade residencial mobiliada (casa, apartamento ou quitinetes), que ofereçam padrão de conforto (espaço físico e utilidades) do mesmo nível da casa do autor.

6. Antecipação dos efeitos da tutela deferida para determinar que as rés iniciem

o cumprimento da obrigação em 20 dias, a contar da publicação do acórdão, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais).

7. A frustração da expectativa do consumidor em poder desfrutar de sua casa com o padrão de beleza esperado, os transtornos enfrentados no relacionamento com os fornecedores e os que experimentará em decorrência das obras enseja dano moral, a ser indenizado no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

8. Deu-se provimento ao apelo da primeira ré. Deu-se parcial provimento ao apelo do autor.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, J.J. Costa Carvalho – Relator, Sérgio Rocha – Revisor, Carmelita Brasil – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: dar provimento ao apelo do réu. Dar parcial provimento ao apelo do autor. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por U.S.F. e CECRISA REVESTIMENTOS CERÂMICOS S/A contra a r. sentença de fls. 389/392, na qual o d. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo primeiro apelante para condenar solidariamente a segunda apelante e LEROY MERLIN COMPANHIA BRASILEIRA DE BRICOLAGEM a promover a substituição de piso defeituoso comprado pelo autor.

Em suas razões recursais, o autor (primeiro apelante) requer a procedência total de seus pedidos, para que seja acrescida à condenação imposta às rés a obrigação de custearem a hospedagem de sua família em hotel padrão quatro estrelas durante o período das obras, as despesas com mudança e armazenamento dos móveis e utensílios da residência, e o consumo de água e luz da casa durante a realização da obra. Pleiteia, ainda, indenização por danos morais.

Já a segunda ré (segunda apelante) insurge-se apenas quanto ao prazo para cumprimento da obrigação imposta em primeiro grau, pugnando pela sua dilação de 20 para 45 dias.

Contrarrazões recíprocas pelo desprovimento do recurso adverso.

É o relatório.

VOTOS

Des. J.J. Costa Carvalho (Relator) –

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Restou incontroverso nos autos que o autor, U.S.F., comprou em estabelecimento comercial da segunda ré, LEROY MERLIN COMPANHIA BRASILEIRA DE BRICOLAGEM, certa quantia de pisos produzidos pela primeira ré, CECRISA REVESTIMENTOS CERÂMICOS S/A, os quais não correspondiam ao padrão de qualidade prometido.

O defeito do produto só foi detectado pelo autor após a colocação das placas em sua casa. Após frustradas tentativas de substituir o produto junto às fornecedoras, o consumidor ajuizou a presente ação. Requereu que as rés fossem condenadas a executar as obras necessárias à troca do piso. Por entender que não seria adequado permanecer em sua residência durante a prestação do serviço, pediu também que as rés arcassem com a hospedagem de sua família em hotel de padrão quatro estrelas. E, em ressarcimento de todos os incômodos, pediu indenização por danos morais.

O MM Juiz *a quo* acolheu apenas o primeiro pedido, assinalando às rés o prazo de 20 dias, a contar do trânsito em julgado da r. sentença, para iniciarem a obra, e mais 20 dias para que a concluam.

Registre-se que as rés não recorreram contra o conteúdo da obrigação de fazer que lhes foi imposta, qual seja, de executarem as obras necessárias à troca do piso. Apenas a primeira ré recorreu quanto à forma de cumprimento da obrigação, mais especificamente para requerer a dilação do prazo para conclusão da obra, de 20 para 45 dias.

Também o autor recorreu quanto à forma de cumprimento da obrigação: no fim do recurso, pede que as rés "arquem com as despesas de mudança e armazenamento

dos móveis e utensílios da casa" (fl. 423); ao longo de suas razões recursais, pontua outras questões referentes ao modo de cumprimento da obrigação, os quais serão analisados adiante.

Quanto ao pedido para que as rés custeiem a retirada e guarda dos itens que guarnecem a residência, o ora apelante incorre em inovação recursal. Isto porque, na inicial, seu pedido é para as rés sejam responsabilizadas pela "vigilância e guarda dos bens que guarnecem a residência" (fl. 10). Este pedido decorreu do entendimento esposado nos fundamentos da inicial, em que o autor expôs que os encargos necessários à reparação integral do dano abrangeriam "guarda e custódia dos bens que permanecerem na casa" (fl. 8). Ou seja, o autor pediu que a condenação incluísse a obrigação de zelar pelos bens que permaneceriam na casa durante as obras de troca do piso. Agora, em sede recursal, pretende impor às rés a obrigação de retirar referidos bens da casa, armazená-los e devolvê-los ao lar após o término dos reparos. Tal pedido não ultrapassa a barreira do conhecimento.

Feitos estes esclarecimentos, conheço parcialmente do recurso de apelação interposto pelo autor, e conheço integralmente do apelo da primeira ré.

Passo a examiná-los.

APELO DA PRIMEIRA RÉ

Às fls. 178-179 o d. juízo de primeiro grau deferiu a produção de prova pericial com o objetivo de constatar o alegado vício no produto.

Em seu pormenorizado laudo, a *expert* consignou que "o prazo previsto para a reforma é de 45 (quarenta e cinco) dias, considerando a casa desocupada para realização da reforma" (fl. 296).

Não há nos autos qualquer elemento que recomende a realização dos trabalhos em prazo menor. Por tal razão, dou provimento ao apelo da primeira ré, para fixar em 45 (quarenta e cinco) dias o prazo para que as rés executem as obras necessárias à troca do piso da casa do autor.

APELO DO AUTOR

Conforme adiantado nas considerações iniciais deste voto, o autor questiona em seu recurso de apelação diversos pontos quanto à forma de cumprimento da obrigação imposta às rés. Pretende que o Judiciário determine de forma pormenorizada certa gama de questões, quais sejam: em que horários e dias da semana serão realizados os serviços, quantos trabalhadores serão empregados e por qual processo serão selecionados, quem será o responsável pela fiscalização e cumprimento de normas trabalhistas, como será feita a limpeza do local, a circulação de pessoas pela casa, como aferir se a obra foi realizada dentro do padrão esperado, responsabilidade por eventuais danos aos bens da família e reembolso pelos gastos com energia elétrica e água.

Entretanto, a resposta a todas estas questões decorre naturalmente da obrigação de fazer pleiteada. Poderia o autor ter realizado as obras de substituição do piso e posteriormente ajuizado ação com o objetivo de ser ressarcido pelos danos materiais suportados. Entretanto, preferiu buscar – e conseguiu – condenar as rés em obrigação de fazer. Isto significa, por óbvio, que as rés estão obrigadas a, no prazo de 45 dias (conforme provimento já conferido ao apelo da primeira ré), trocar todo o piso defeituoso. Ou seja, ao fim do prazo assinalado, devem as rés entregar ao autor a obra pronta, arcando com todos os ônus que lhe são peculiares.

Pouco importa se os gestores das sociedades rés irão pessoalmente à casa do autor arrancar os pisos velhos e colocar os novos (situação hipotética em que não precisariam arcar com encargos trabalhistas), se irão contratar uma empresa de construção civil, ou se irão arregimentar pedreiros autônomos (e se estes serão 1 ou 100). Pouco importa se os trabalhadores realizarão o serviço de segunda à sexta, se trabalharão uma ou oito horas por dia (desde que, é óbvio, dentro das normas que regem a execução de obras no local).

O que importa é que a obra seja entregue. O modo de executá-la deve obedecer ao bom senso, aos costumes locais, e às normas que naturalmente incidem à espécie. Não há como exigir do julgador que edite um regulamento a ser cumprido. E caberá às rés arcar com os ônus e consequências das escolhas que adotarem sobre cada um desses temas.

A responsabilidade por eventuais danos aos utensílios domésticos decorre da lei, e seu ressarcimento, caso ocorram, deve ser buscado em momento oportuno e pela via própria. Assim, é natural e esperado que as rés ajam com a cautela ne-

cessária na proteção de todos os bens do autor, fazendo uso dos métodos ordinariamente adotados pela construção civil. Por outro lado, pode o autor, caso não confie em tais procedimentos, adotar outros, por conta própria.

Quanto ao questionamento sobre a aferição de que a obra foi realizada de modo correto, a resposta também decorre do bom senso. Se o autor ficar satisfeito com o serviço que lhe for entregue, nenhum questionamento restará sobre o tema. Insatisfeito, poderá buscar a via adequada a reprimir o descumprimento de obrigação de fazer judicial, demonstrando seu eventual direito pelas formas processualmente admitidas.

Os gastos com água e luz que forem decorrentes da obra também estão naturalmente inseridos nos ônus da obrigação imposta às rés. Entretanto, adianto que este tema será melhor apreciado a seguir, junto com o próximo pedido recursal: o custeio de hospedagem do autor e de sua família em hotel durante a realização das obras.

Sobre o ponto, importante reiterar o que restou consignado pela perita: o prazo de conclusão das obras é de 45 dias, considerando-se a casa desocupada. Não é necessário ter maiores conhecimentos técnicos na área para saber que, com a casa ocupada, o prazo necessário seria maior. Assim, considerando que é interesse tanto do autor, quanto das rés, que a obra não se estenda por prazo maior que este, inexorável concordar que é necessário desocupar a casa para que as obras sejam realizadas. Aliás, não poderiam as rés "beneficiar-se" do prazo de 45 dias constatado pela perícia e ignorar que este prazo está adstrito à prévia desocupação da casa. Neste sentido, pode-se até afirmar que, ao recorrer pugnando pela concessão de 45 dias para cumprir a obrigação, buscando a prevalência das conclusões periciais, a primeira ré aquiesceu à necessidade de recolocação da família do autor em outro local.

Portanto, sendo necessário que o autor desocupe sua casa antes do início das obras, e não sendo cabível exigir-lhe arcar com os custos desta recolocação, pois não concorreu para a ocorrência do dano que sofreu, devem as rés custear a hospedagem da família do autor. Não obstante, o pedido merece ponderação. O autor pediu colocação em hotel de padrão quatro estrelas no centro de Brasília. Há aqui certo exagero. Primeiro, porque o autor não mora no centro de Brasília, mas no Lago Sul, em local distante cerca de 13km do Setor Hoteleiro Sul. Ademais, a recolocação não precisa ser necessariamente em hotel, sendo razoável também que ocorra em apart-hotel ou outra unidade residencial compatível com o padrão de

vida do autor – casa ou apartamento com no mínimo três quartos, ou até mesmo três quitinetes localizadas no mesmo bloco de um conjunto residencial.

Também não há que se cobrar pelas refeições e bebidas. O autor e sua família teriam que fazer refeições diárias em qualquer situação, não sendo os gastos com estes itens decorrência da obrigação de fazer imposta às rés. Por outro lado, impedida a família do autor de usar a lavanderia de sua casa, razoável que as rés, caso optem por hospedá-los em hotel, arquem com custos da lavagem de suas roupas, juntamente com as diárias.

Assim, a solução mais adequada ao ponto é determinar que as rés arquem com os custos de moradia da família do autor durante o período de realização das obras (diárias, mensalidades, garagem/estacionamento, condomínio, água, luz), podendo oferecer-lhe hospedagem no Plano Piloto em hotel, apart-hotel, ou unidade residencial mobiliada (casa, apartamento ou quitinetes), que ofereçam padrão de conforto (espaço físico e utilidades) do mesmo nível da casa do autor. Caso o local oferecido não possibilite à família lavar suas roupas por conta própria (ou seja, local sem máquina de lavar roupas), os gastos com lavanderia também deverão ser suportados pelas rés.

Aqui, conforme prometido, deve ser retomada a questão referente às tarifas de água e luz da casa do autor. Considerando que a família do autor não estará ocupando a casa durante a obra, resta claro que todos os gastos com água e luz do período deverão ser arcados pelas rés, pois serão decorrentes da obra.

Sobre o pedido de imposição de *astreintes* em caso de atraso na conclusão da obra, tenho que os gastos das rés com hospedagem da família do autor, embora ostentem natureza jurídica diversa, surtirão o mesmo efeito: desestimular/penalizar o atraso no término do cumprimento da obrigação.

Por outro lado, não se pode deixar de fixar multa para o caso de as rés atrasarem o início do cumprimento da obrigação. Assim, as rés devem iniciar as obras em até 20 (vinte) dias, sob pena de multa diária de mil reais. O termo inicial deste prazo será a publicação do acórdão, eis que defiro a antecipação de tutela pleiteada pelo autor.

Com efeito, as rés não se insurgiram contra a obrigação de fazer que lhes foi imposta. Apenas a primeira ré requereu a dilação do prazo assinalado, e seu recurso está sendo provido neste voto. Assim, não há porque aguardar o trânsito em jul-

gado do presente *decisum*, quanto à obrigação de fazer, pois não mais remanesce interesse recursal às rés neste ponto.

Além disso, o autor está há mais de três anos aguardando o cumprimento de uma obrigação que restou incontroversa, período no qual outras partes de sua casa têm sofrido inevitável desgaste. Assim, é razoável afirmar que a demora no início das obras terá por resultado um "piso novo em uma casa velha". Aqui, pois, o perigo de demora apto a justificar a antecipação de tutela.

Por fim, resta analisar o pedido de indenização por danos morais.

O defeito detectado no produto fornecido pelas rés, qual seja, o comprometimento de sua finalidade estética, por si só, já ensejaria dano moral, ante a frustração da expectativa do consumidor em poder desfrutar de sua casa com o padrão de beleza esperado. Acrescente-se a isso os transtornos enfrentados pelo autor no relacionamento com os fornecedores e os que deverá experimentar em decorrência das obras que serão necessárias para substituição das placas.

A comercialização de produto defeituoso e a recalcitrância dos fornecedores em reconhecer o defeito merecem ser reprimidas. Também o fato de que o autor ficará privado do uso pleno de sua residência por prazo de 45 dias deve ser ressarcido.

Assim, com o objetivo de compensar o sofrimento do autor e desestimular a reiteração da conduta das rés, fixo o dano moral em R$ 20.000 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente e juros legais a partir deste julgamento.

DA SUCUMBÊNCIA

O valor apontado pelo autor na inicial para fixação da indenização por danos morais tem caráter meramente estimativo, de modo que o acolhimento do pedido em quantia inferior à sugerida não configura sucumbência parcial. Assim, restou mínima a sucumbência do autor (apenas no pleito referente à colocação de sua família em hotel, que foi parcialmente acolhido neste voto).

Nestes termos, as rés devem ser condenadas ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

DISPOSITIVO

Ante o exposto:

1) DOU PROVIMENTO ao apelo da primeira ré CECRISA REVESTIMENTOS CERÂMICOS S/A para assinalar o prazo de 45 dias para a conclusão das obras;

2) DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo do autor para acrescentar à condenação imposta às rés na r. sentença recorrida as seguintes obrigações:

a) arcar com as tarifas de água e luz da casa do autor que sejam referentes ao período de duração das obras;

b) providenciar e custear moradia para o autor e sua família, durante a execução das obras, na forma determinada na fundamentação deste voto;

c) pagar ao autor, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$ 20.000 (vinte mil reais).

Concedo a antecipação de tutela requerida quanto ao cumprimento da obrigação de fazer, determinando que as rés deem início às obras no prazo de 20 dias, a contar da publicação do acórdão, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitado o valor da multa para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Custas e honorários pelas rés, conforme fixado acima.

É o voto.

Des. Sérgio Rocha (Revisor) – Com o Relator.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Dar provimento ao apelo do réu. Dar parcial provimento ao apelo do autor. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2009011117178-5
Relatora – Desa. Carmelita Brasil
Segunda Turma Cível

EMENTA

Responsabilidade civil. Empresa de transporte metroviário. Metrô/DF. Passageira paraplégica. Queda por ocasião do desembarque com cadeira de rodas. Falha no serviço prestado. Culpa exclusiva da vítima não caracterizada. Dano moral. *Quantum*. Honorários advocatícios sucumbenciais. Art. 20, §3º, CPC.

1. A posição predominante no c. STJ é de que a responsabilidade do Estado e das empresas prestadoras de serviço público por atos omissivos é subjetiva, devendo-se apurar, segundo preceitua a teoria francesa do *faute du service* (falta do serviço), a culpa da Administração pelo evento danoso.

2. Na hipótese, a responsabilidade da empresa metroviária restou devidamente caracterizada, pois, ao franquear a utilização dos seus serviços por cadeirantes sem lhes oferecer a segurança adequada à manutenção da sua incolumidade física, incide em omissão que se erige como causa adequada ao acidente experimentado pela passageira.

3. Para a fixação do *quantum* devido a título de danos morais, a jurisprudência pátria tem consagrado a dupla função: compensatória e penalizante.

4. O critério para a fixação dos honorários, nas causas em que houver condenação, é o preconizado no §3º do art. 20 do CPC.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Carmelita Brasil – Relatora, Waldir Leôncio Lopes Júnior – Revisor, J.J. Costa Carvalho – Vogal, sob a presidência da Senho-

ra Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: dar parcial provimento ao apelo da autora. Negar provimento ao apelo do réu. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 31 de julho de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o contido na r. sentença de fls. 245/253, que ora transcrevo, *in verbis:*

> A. de O.C. ajuizou a presente ação, submetida ao rito ordinário, em desfavor da COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL – METRÔ/DF.
>
> Em breve relato, aduz que no dia 16/6/2008, a autora embarcou em uma das composições do metrô na estação da Ceilândia Sul, com destino à Estação Central da Rodoviária do Plano Piloto. Narra que, no momento do desembarque, a autora procurou algum empregado do metrô para auxiliá-la, mas, naquele dia, não encontrou nenhum funcionário. Salienta que, por diversas vezes, não há funcionários para ajudar no embarque e desembarque.
>
> Narra que ficou sem condições de desembarcar, motivo pelo qual aceitou a ajuda de um usuário do metrô. Ocorre que, sem o conhecimento necessário para realizar o desembarque, o usuário não segurou corretamente a cadeira de rodas da autora, momento em que a autora caiu, ficando desacordada por alguns segundos. Ressalta que os empregados do réu encaminharam a autora até o Hospital Santa Lúcia, onde foi constatado que dois parafusos instalados em sua coluna vertebral foram quebrados em razão do acidente.
>
> Como consequência do acidente, sustenta que sofreu danos patrimoniais consistente em despesas médicas para recuperação das lesões sofridas pela queda. Sustenta, ainda, que sofreu danos morais. Nesse ponto, a autora esclarece que era atleta paraolímpica, com futuro promissor, sendo que, após o acidente deixou de ser selecionada para participar das Olimpíadas de Pequim. Assevera que após o acidente a autora passou a sentir mais dores, visto que quebrou um dos parafusos que sustentava parte de sua coluna vertebral.

Em virtude dos fatos alegados, pede a condenação do réu ao pagamento de R$ 4.211,30 (quatro mil, duzentos e onze reais e trinta centavos) a título de danos materiais e ao pagamento de R$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) a título de danos materiais.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 11/92.

A decisão de fl. 93 deferiu os benefícios da justiça gratuita.

O réu apresentou contestação às fls. 100/111. Alega que a autora dispensou inúmeras vezes a ajuda dos empregados do Metrô/DF no desembarque. Salienta que a autora assumiu o risco de se locomover com a ajuda de terceiros, sendo certo que o acidente foi causado por imperícia do usuário que a auxiliou no desembarque. Ressalta que não existe no Metrô/DF um cargo com atribuições específicas de auxílio a portadores de necessidades especiais, contudo, os empregados lotados nas estações são orientados a prestar auxílio aos usuários portadores de necessidades especiais.

Assevera que o réu não tem atribuição legal de conduzir o portador de necessidade especial em todo o seu trajeto, sendo que a legislação assegura outros modos de locomoção com maior segurança e independência, franqueando o passe livre ao acompanhante do portador de necessidades especiais. Assim, sustenta a ausência de omissão passível de gerar a responsabilidade do réu. Por fim, afirma que o valor pleiteado a título de reparação por danos morais é excessivo e desarrazoado.

Com a contestação foram apresentados os documentos de fls. 113/134.

Réplica às fls. 138/141, na qual a autora alega a intempestividade da contestação apresentada pelo réu.

Na fase de especificação de provas, as partes requereram a produção de prova testemunhal (fls. 146/147 e 148), que foi deferida à fl. 149.

Termo de audiência e depoimentos colhidos constam às fls. 176/179 e 228/230.

Acrescento que o pedido foi julgado parcialmente procedente para condenar a ré a pagar à autora R$ 2.257,00 (dois mil duzentos e cinquenta e sete reais) a título

de danos materiais e R$ 10.000,00 (dez mil reais) como compensação pelos danos morais sofridos, estes a serem corrigidos monetariamente pelo INPC desde a prolação da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso. Restou estabelecido que a atualização da quantia referente aos danos materiais deve se dar pelo INPC a partir do desembolso, assim como os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês. Ante a sucumbência mínima da autora, a ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Ambas as partes apelaram.

A Companhia do Metropolitano do Distrito Federal, às fls. 255/262, sustenta que a autora é usuária do METRÔ/DF e utiliza o transporte metroviário com frequência. Diz que no dia do acidente, a autora não recebeu diretamente qualquer ajuda dos empregados da ora apelante, mas de estranhos sem sequer saber se estavam qualificados para tanto, o que ocasionou a queda.

Alega, ainda, que imediatamente à queda os funcionários do METRÔ prestaram os primeiros socorros, colocando a autora em uma maca e a encaminhando ao Hospital Santa Lúcia.

Afiança que mesmo que se cogitasse de monitoramento da usuária, os empregados da companhia estariam apenas perto da situação para dar um suporte em caso de necessidade. Defende que de uma forma ou de outra a queda seria inevitável, haja vista a pura e simples imperícia da pessoa que tentou ajudar a autora.

Conclui afirmando que o acidente ocorreu após o desembarque, sendo que a autora assumiu o risco ao pedir ajuda para terceiros, motivo pelo qual teria se patenteado a culpa exclusiva da vítima.

Preparo regular (fls. 263).

A autora, na apelação de fls. 265/269, alega que já estava pré-selecionada para a equipe de basquete paraolímpica do Brasil e que iria participar das Olimpíadas de Pequim. Sustenta que diante da perda de poder representar seu país numa competição mundial, o *quantum* compensatório há de ser majorado para o valor equivalente a 200 (duzentos) salários-mínimos.

Assevera, outrossim, a necessidade de fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais com fundamento no §3º do art. 20 do CPC, em percentual sobre o valor da condenação.

Sem preparo, haja vista a recorrente litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Contrarrazões devidamente ofertadas às fls. 275/278 e 287/291, manifestando-se pelo não provimento do recurso da contraparte.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Carmelita Brasil (Relatora) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos interpostos.

Trata-se de apelações objetivando a reforma da r. sentença que, nos autos de ação de conhecimento ajuizada por A. de O.C. em face da Companhia Metropolitana do Distrito Federal – Metrô/DF, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a pagar à autora R$ 2.257,00 (dois mil duzentos e cinquenta e sete reais) a título de danos materiais e R$ 10.000,00 (dez mil reais) como compensação pelos danos morais sofridos, estes a serem corrigidos monetariamente pelo INPC desde a prolação da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso e, aqueles, pelo INPC a partir do desembolso.

Por questão de ordem lógica, analiso, primeiramente, o apelo manejado pela ré, porquanto de objeto mais abrangente, uma vez que o recurso da autora versa acerca do *quantum* compensatório arbitrado na r. sentença e sobre o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Verifica-se dos elementos que instruem os autos que, no dia 16/06/2008, por volta das 07h da manhã, a autora, A. de O.C., paraplégica, ao utilizar-se dos serviços da empresa ré, sofreu grave acidente nas dependências do Metrô, na Estação Central da Rodoviária de Brasília/DF, ao desembarcar do trem sem auxílio de funcionário da Companhia do Metropolitano, mas de usuário do serviço. Consta que ao ser desembarcada do trem, com a cadeira de rodas, esta virou e fez com que a autora caísse de costas no chão. Encaminhada para o Hospital Santa Lúcia, constatou-

-se que em decorrência dessa queda, teve fratura na base do parafuso inserido à direita em L2, com interrupção dos treinos aos quais vinha se submetendo (fls. 16/26, 64 e 65).

A vítima, então, alegando a responsabilidade da empresa ré pelo ocorrido ante a não observância dos procedimentos de atendimento que devem ser dispensados ao deficiente locomotor, no tocante ao embarque e desembarque do passageiro, ajuizou a presente ação indenizatória objetivando a composição dos danos materiais e morais decorrentes do evento.

A tese defensiva pela ré, ao seu turno, consiste na culpa exclusiva da vítima, alegando que a autora, desembarcou com a ajuda de estranho, sem sequer saber se estava qualificado para tanto.

A ocorrência do evento é incontroversa. Assim, diante das circunstâncias fáticas em que ocorreu o aludido evento, impõe-se aferir se restou caracterizada a responsabilidade civil da empresa ré no caso concreto.

In casu, a ré é empresa pública de direito privado, prestadora de serviço público e, como tal, em se tratando de conduta comissiva, responde objetivamente pelos danos resultantes da atuação de seus prepostos (CF, art. 37, §6º).

A hipótese dos autos, contudo, refere-se à responsabilidade civil por omissão, configurando-se quando o ente público que, tendo o dever jurídico de agir, permanece inerte, propiciando a ocorrência do dano.

Na doutrina, ainda não se pacificou o entendimento sobre qual seria o tipo da responsabilidade estatal pelos atos omissivos. Parte da doutrina defende a responsabilidade subjetiva do Estado, com fundamento na teoria da falta do serviço (*faute du service*), ao passo que a outra corrente orienta-se no sentido da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello é um dos expoentes da corrente da responsabilidade subjetiva do Estado. Segundo o administrativista, a responsabilidade objetiva insculpida no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, aplica-se apenas nos casos de ato comissivo, isto é, quando o Estado é o agente causador direito do dano. Nas omissões, todavia, seria inconcebível responsabilizar o Estado objetivamente, pois o dano não decorre de uma ação direta do Estado, mas sim de um fator

externo, que por ausência ou deficiência do serviço público, acaba gerando o fato danoso. Assim, em se tratando de atos omissivos, a conduta do Estado não é causa do dano, embora seja condição para sua ocorrência.[1]

Hely Lopes Meirelles, de forma contrária, defende que a teoria do risco administrativo, que implica a responsabilidade objetiva do Estado, também engloba os atos estatais omissivos, de forma que, se o dano decorrer da ausência de um serviço que deveria ter sido prestado, caberá à Administração indenizar o particular pelos prejuízos sofridos, independentemente da demonstração de dolo ou culpa do agente, já que a lesão ocorreu dentro dos riscos assumidos pelo Poder Público na consecução de seus fins.[2]

Há, ainda, os autores que diferenciam a omissão específica da omissão genérica. Para essa corrente, apenas a omissão específica ensejaria a responsabilidade civil do Estado, ante a configuração do dever individualizado de agir, consoante destaca Sérgio Cavalieri Filho, *in litteris*:

> É preciso, ainda, distinguir omissão genérica do Estado (item 77) e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro , em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir. Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 967.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.654.

> prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso, haverá responsabilidade objetiva do Estado.[3]

A jurisprudência também não é pacífica sobre a matéria, cumprindo destacar, apenas, que a posição predominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade do Estado seria subjetiva, cabendo ao particular comprovar a culpa administrativa no caso concreto, consoante se verifica dos seguintes precedentes, *in litteris*:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO--CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ELEMENTO SUBJETIVO RECONHECIDO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. ÍNDICE. ART; 1.062 DO CC/1916 E ART. 406 DO CC/2002. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) 2. A jurisprudência dominante tanto do STF como deste Tribunal, nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva. (...) 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1069996/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 01/07/2009)
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INCÊNDIO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO DE CASA DESTINADA A "SHOWS". DESAFIO AO ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO ESTATAL E O DANO – INCÊNDIO – .CULPA DE TERCEIROS. PREJUDICADA A ANÁLISE DO CHAMAMENTO DO PROCESSO. (...) 4. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de Responsabilidade Subjetiva do Estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funciona-

3 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240.

> mento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a responsabilidade objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso. Precedentes: (REsp 721439/RJ; DJ 31.08.2007; REsp 471606/SP; DJ 14.08.2007; REsp 647.493/SC; DJ 22.10.2007; REsp 893.441/RJ, DJ 08.03.2007; REsp 549812/CE; DJ 31.05.2004) (...) 12. Recurso Especial provido. (REsp 888.420/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 27/05/2009)

Cumpre, pois, apurar a responsabilidade da empresa prestadora de serviço público no tocante à queda da passageira, paraplégica e que se locomove com cadeira de rodas, por não ter sido auxiliada por funcionário da empresa no momento do desembarque.

Ab initio, como é cediço, as empresas de transporte coletivo são responsáveis pela intangibilidade física dos seus passageiros durante o percurso, sendo, certo, pois, que à ré assumiu o compromisso de preservar a incolumidade da passageira. Assim, havendo falha na prestação do serviço, que resulta em danos à autora, configura-se a responsabilidade da empresa.

A meu ver, analisando os elementos dos autos, tenho que restou caracterizado o dever de indenizar, ainda que se adote a teoria da responsabilidade subjetiva, ante a demonstração da culpa da empresa pelo evento danoso.

O art. 734 do Código Civil, ao tratar do contrato de transporte de pessoas, preconiza que "O transportador responde pelos danos causados às pessoas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade."

Com efeito, a requerida, ao permitir a utilização dos seus serviços por portador de necessidades especiais, *in casu*, uma portadora de paraplegia completa, com nível sensitivo L1 (fls. 65), que necessita de usar cadeira de rodas para se locomover, assume, inquestionavelmente, a obrigação quanto à segurança destes, não só durante o percurso em si, como também no embarque e desembarque, mormente

porque, como é cediço, tal auxílio é necessário à preservação da incolumidade física do passageiro até o seu destino final.

Embora a intenção da empresa ré em franquear a utilização dos seus serviços por portadores de necessidades especial seja correta, o transporte não foi realizado com as cautelas necessárias, sendo certo, inclusive, que a atual recomendação em casos como o dos autos, é de que "um funcionário do metrô embarca o passageiro, havendo a informação para que outro funcionário o desembarque no final da viagem" (fls. 229 – C. A. da S., funcionário da ré).

Ora, o risco de acidentes em hipóteses como a delineada nos autos é plenamente previsível, exigindo uma conduta mais cautelosa da empresa de transporte metroviário, com a adoção efetiva de medidas que pudessem evitar o infortúnio ocorrido nos autos, as quais, inclusive, atualmente contam com a devida previsão.

No particular, tenho que a r. sentença apelada fez percuciente análise da questão, motivo pelo qual também adoto como razões de decidir os fundamentos nela contidos, *in verbis*:

> No caso, não há controvérsia acerca do acidente ocorrido no dia 16/6/2008, por volta da 7h, na Estação Central do Metrô/DF, quando a autora caiu de costas na plataforma da referida estação. O acidente ocorreu no momento em que a autora desembarcava na Estação com o auxílio de outro usuário, já que, como cadeirante, não tinha condições de desembarcar sozinha.
>
> Alega a autora que, no momento do desembarque, procurou algum empregado do Metrô para auxiliá-la, mas naquele dia não encontrou nenhum empregado disponível. Em razão disso é que autora aceitou a ajuda de outro usuário, que não tinha conhecimento de como manusear a cadeira de rodas para fazer corretamente o desembarque.
>
> O réu, por sua vez, afirma que no dia do acidente a autora não pediu auxílio aos empregados que trabalham na estação de desembarque onde ocorreu o acidente. Assevera que a autora é a única responsável pelo ocorrido, já que assumiu o risco de ser conduzida no desembarque por um terceiro. Salienta que por várias vezes a autora dispensou a ajuda dos empregados do Metrô/DF.

A controvérsia, portanto, consiste em analisar a responsabilidade do réu pelo acidente sofrido pela autora, portadora de necessidades especiais, que desembarcou sem auxílio de um dos empregados do Metrô/DF, com treinamento para situações desse tipo.

Nesse ponto, necessário destacar que, como afirma o próprio réu na contestação, os empregados do Metrô/DF, lotados nas Estações, são orientados a prestar auxílio aos usuários portadores de necessidades especiais, executando, além de suas tarefas, o acompanhamento destes usuários no acesso e saída do transporte público. Com efeito, o referido treinamento é necessário, na medida em que é obrigação do prestador de serviço público preservar a incolumidade física dos usuários que dele se utilizam.

Corroborando a obrigação da prestadora de serviço público, cumpre transcrever os arts. 1º a 3º da Lei 6.149/1974, que dispõe sobre a segurança do transporte metroviário e dá outras providências:

Art. 1º A segurança do transporte metroviário incumbe à pessoa jurídica que o executa observando o disposto nesta Lei, no regulamento do serviço e nas instruções de operações de tráfego.

Art. 2º Para os fins desta Lei, incluem-se na segurança do transporte metroviário a preservação do patrimônio vinculado a ele, as medidas de natureza técnica, administrativa, policial e educativa que visem a regularidade do tráfego, à incolumidade e comodidade dos usuários, à prevenção de acidentes, à higiene e à manutenção da ordem em suas instalações.

Art. 3º Para a segurança de transporte metroviário, a pessoa jurídica que o executa deve manter corpo próprio e especializado de agente de segurança com atuação nas áreas do serviço, especialmente nas estações, linhas e carros de transporte."

Nesta esteira, o Decreto Distrital 26.516/2005, que estabelece os direitos e obrigações dos usuários da Companhia do Metropolitano do Distrito Federal, bem como as condições básicas da prestação dos serviços pela Companhia, dispõe em seu art. 64, §1º, o seguinte:

"Art. 64. Para atender ao disposto na Lei Federal 6.149, de 2 de dezembro de 1974, o METRÔ-DF deverá adotar medidas de natureza técnica, administrativa, educativa e policial, destinadas a:

(...)

III – incolumidade e comodidade dos usuários;

IV – prevenção de acidentes;"

Registre-se que o documento constante às fls. 220/225 estabelece o procedimento de atendimento ao usuário que necessita de cuidados especiais no âmbito do Metrô/DF. Em que pese o procedimento ter vigência a partir de 14/9/2009, ou seja, posteriormente ao acidente, é certo que à época do acidente os empregados do Metrô/DF já possuíam treinamento para prestar o auxílio aos usuários portadores de necessidades especiais, como se verifica pelo documento de fls. 32/48, o qual apresenta o treinamento operacional básico do Metrô/DF, datado de 2006.

Portanto, não se olvida que o Metrô/DF tem o dever de garantir a segurança de todos os usuários, inclusive aqueles portadores de necessidades especiais, o que implica o auxílio para embarque e desembarque nas estações. Na verdade, trata-se de obrigação imposta que tem por fim garantir a inclusão dos portadores de deficiência, assegurando-lhes direitos básicos de todo cidadão, possibilitando a melhora da condição social e econômica dessa minoria por meio do acesso ao transporte público.

A partir disso, cumpre apreciar as demais provas constantes nos autos, a fim de verificar se a ré adotou as cautelas necessárias para evitar a ocorrência do acidente ocorrido no dia 16/6/2008.

A autora, em depoimento pessoal prestado perante este Juízo, declarou que:

(...) quando a depoente pegava o metrô na estação da Ceilândia, estava com o marido; que o embarque era efetuado pelo marido da depoente; que um funcionário do metrô ia junto acompanhando a depoente e o seu esposo; que quem fazia o embarque da depoente era o esposo desta; que o esposo da depoente descia do metrô na estação de Taguatinga e a depoente seguia

até a estação central, na rodoviária do Plano Piloto; que a depoente nunca fazia o desembarque sozinha porque tinha medo de descer e havia obstáculos; que os funcionários do metrô às vezes ajudavam no desembarque da depoente, e às vezes não; que os funcionários justificavam que não havia pessoal suficiente para realizar o desembarque; que a depoente sabe informar que os funcionários do metrô são treinados para atender o embarque e desembarque da depoente; que todos os dias que a depoente embarca no metrô, pede para um funcionário da estação onde é feito o embarque e este liga para a estação de desembarque para que um funcionário promova o desembarque da depoente; que, na data do fato, não tinha funcionário para o desembarque..."

A testemunha C. A. da S., agente de segurança do Metrô/DF na época dos fatos, declarou que:

(...) que, atualmente, há um serviço para usuários com necessidades especiais em que um funcionário do metrô embarca o passageiro, havendo a informação para que outro funcionário o desembarque no final da viagem; que na ocasião dos fatos não havia tal serviço; que na época dos fatos, na verdade, existia o serviço, só que era necessário a requisição pela pessoa portadora de necessidades especiais; que, no dia dos fatos, havia funcionário para fazer o serviço, mas como não houve requisição, não tinha nenhum funcionário aguardando a autora; que não tem conhecimento se, após o atendimento de emergência, o metrô prestou algum auxílio para a autora; que após o atendimento de emergência, deixou a autora no hospital, cumprindo com as suas obrigações; que, atualmente, o usuário que não solicitou o serviço antes de entrar no metrô e venha a necessitar de um serviço de desembarque poderá acionar um botão de emergência para conversar diretamente com o piloto; que o botão serve para atendimento de qualquer tipo de problema que esse sistema existia desde 2008, já que vem de fábrica com todos os trens (...); que não sabe se, na época dos fatos, a autora tinha o costume de pedir auxílio dos funcionários do Metrô; que não tem conhecimento se a autora é, atualmente, usuário do Metrô, já que não mais trabalha na estação do ocorrido; que não tem conhecimento se a autora recusou alguma vez o serviço de auxílio a portadores de necessidades es-

peciais (...) que foi informado no ato do atendimento à autora que a mesma não havia feito requisição de ajuda para embargar; que é feito um registro ao centro de controle avisando da requisição; que a solicitação do serviço poderia ser feita de forma oral, situação em que o funcionário repassava a informação para que outro desembarcasse o passageiro, havendo registro da ligação; que não sabe por quanto tempo ficava gravado do registro; que o novo procedimento, implantado a partir de 2009, não está associado ao acidente da autora; que visa apenas melhorar o procedimento; que após a implementação do sistema tem certeza que houve a redução dos acidentes com usuários; que há informação. por escrito acima do botão de emergência (referido acima) não sabendo se há outras forma de divulgação a respeito da possibilidade de conversar com o piloto; que disponibiliza atendimento de primeiro socorro com base em padrões internacionais.

A prova testemunhal diverge em relação à suposta ausência de solicitação da autora para auxílio no embarque e no desembarque. Enquanto a autora afirma que solicitou o auxílio e não foi atendida, a testemunha arrolada pela ré afirma que havia funcionário para fazer o serviço, mas não houve solicitação da autora, que preferiu a ajuda de terceiros.

A despeito da controvérsia, observo que em 2009 foi adotado um novo procedimento operacional para atendimento ao usuário com deficiência – fls. 221/222. Em análise do novo procedimento adotado, no que tange ao embarque e desembarque dos portadores de necessidades especiais, exige-se uma postura ativa dos empregados responsáveis pelo atendimento destes usuários. Quer dizer, o procedimento independe de solicitação do usuário deficiente, devendo o empregado acompanhar e monitorar o usuário, de forma a evitar a exposição de riscos dentro do Metrô/DF. Como visto em linhas anteriores, trata-se de obrigação legal atribuída à prestadora de serviço público que assim deve proceder.

Apesar do novo procedimento adotado em 2009, o procedimento anterior já previa a postura ativa dos empregados do Metrô/DF, como se observa pelos documentos de fls. 32/48, o qual apresenta o treinamento operacional básico do Metrô/DF, datado de 2006. No referido documento constam

todos os detalhes para atendimento ao portador de necessidades especiais, especialmente no que diz respeito ao embarque e ao desembarque.

Na verdade, ainda que a autora tenha dispensado a ajuda dos empregados do Metrô/DF, qualificados para atendimento aos portadores de necessidades especiais, deveria haver um monitoramento da usuária, o que certamente poderia ter evitado o acidente. O monitoramento do usuário portador de necessidades especiais era procedimento adotado à época do acidente, conforme se observa pela leitura do relatório informativo constante à fl. 134. No relatório, o empregado do Metrô/DF relatou o acidente narrado nos presentes autos, destacando que em outras oportunidades, quando acionado o CSO para auxiliar essa usuária, a mesma costumava dispensar ajuda e era apenas acompanhada de perto.

Ressalte-se que o procedimento operacional" juntado às fls. 231/233, vigente a partir de 1/4/1999, estabelece critérios para atendimento aos usuários portadores de necessidades especiais. É importante destacar a orientação ao empregado de manter-se atento à eventual presença de usuário portador de necessidades especiais" e de oferecer ajuda". Em caso de dispensa de ajuda, o empregado deverá observá-lo, acompanhando-o à distância.

O mesmo documento informa que, independentemente de solicitação, cabe ao empregado da estação informar o número da composição em que o usuário portador de necessidades especiais está embarcando, justamente para que seja disponibilizado auxílio do desembarque.

Portanto, é certo que mesmo havendo dispensa de ajuda de usuário qualificado, fazia-se necessário o monitoramento do portador de necessidades especiais, com vistas a evitar qualquer acidente nas estações do Metrô/DF e em atenção à obrigação da empresa pública de preservar a incolumidade dos usuários do serviço público.

Diante disso, entendo que estão caracterizados os requisitos que ensejam a responsabilidade civil objetiva da empresa pública ora ré, sendo necessária a reparação pelos danos sofridos."

> Assim, tenho que a relevância causal da omissão restou devidamente demonstrada na hipótese. Sobre o nexo causal omissivo, Sérgio Cavalieri Filho, destaca:
>
> A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.
>
> (...)
>
> Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, consequentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça."

In casu, a omissão relevante se configura justamente porque a empresa possuía o dever jurídico de garantir a incolumidade física da vítima, sendo certo que a sua conduta em não providenciar as medidas cabíveis para situação de risco criada constituiu a causa adequada do evento danoso.

A culpa também restou devidamente comprovada, pois era previsível, diante das circunstâncias sob as quais ocorrem o embarque, transporte e desembarque dos cadeirantes, que um acidente pudesse ocorrer, tendo a empresa ré agido com negligência ao não adotar as cautelas necessárias à segurança da passageira.

Assim, ante a presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil – conduta, nexo causal, dano e culpa – patente o dever de indenizar.

O segundo tema do recurso da ré está adstrito à verba compensatória arbitrada pela r. sentença, o que é objeto do recurso da autora. No particular, a requerente pugna pela majoração da verba, afirmando que, inclusive, iria representar o Brasil nas paraolimpíadas de Pequim.

Lecionando sobre como se determina o *quantum* devido à vítima em caso de dano estético, espécie de dano moral, razão pela qual também de induvidosa pertinência na hipótese dos autos, enfatiza Teresa Ancona Lopez de Magalhães:

> Realmente em matéria de dano estético, como dano moral, não se pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita (*restitutio in integrum*) visto que indenizar significa tornar indene, isto é, eliminar o prejuízo e suas consequências. Paro Orlando Gomes, no caso de dano extrapatrimonial trata-se de compensação e não de ressarcimento.
>
> Na verdade, portanto, não há equivalente da dor em dinheiro. Não há o que de chama de *pecunia doloris* ou *pretium doloris*, e sim, a compensação ou benefício de ordem material, que permita ao lesado obter prazeres e distrações que, de algum modo, atenuem sua dor. Ou nas palavras de Cunha Gonçalves: "não é o preço da dor embora essa expressão seja usada como inexata antonomásia do dano moral – é o instrumento de alguns confortos e algumas distrações, de lenitivos ao desgosto, de um possível prazer que amorteça a dor... Não é remédio que produza a cura do mal, mas sim um calmante. Não se trata de suprimir o passado, mas sim de melhorar o futuro. O dinheiro tudo isso pode" (*in* O Dano Estético, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 75).

O STJ tem consagrado a doutrina da dupla função na indenização do dano moral: compensatória e penalizante. Dentre os inúmeros julgados que abordam o tema, destaco o Resp 318379-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, que asseverou em seu voto, *in verbis:*

> (...) a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar de sua *ratio essendi* compensatória, e, assim, causar enriquecimento indevido à parte.
>
> É preciso que o prejuízo da vítima seja aquilatado numa visão solidária da dor sofrida, para que a indenização se aproxime o máximo possível do justo." [4]

Na hipótese em exame, o dano sofrido pela autora, embora não lhe tenham advindo sequelas físicas mais severas, é bastante grave, sendo certo que, conforme a

4 Voto do Resp 318379-MG, Terceira Turma, DJ de 04/02/2002.

parte afirmou, utilizava-se do transporte metroviário principalmente para se deslocar até seu trabalho e, não obstante, foi vítima do sinistro narrado, advindo-lhe, daí, um rosário de transtornos.

É cediço que nenhuma importância pecuniária será capaz de reparar, efetivamente, a angústia que a passageira, portadora de paraplegia, experimentou ao cair de costas no chão da estação do metrô, sendo, a compensação pecuniária, mero refrigério para as suas aflições.

Não obstante, a alegação de que iria representar o Brasil nas paraolimpíadas de Pequim não restou comprovado. Com efeito, a declaração de fls. 15 tão somente comprova que a autora era filiada como atleta da Federal de Basquetebol em cadeiras de roda do Distrito Federal, tendo participado regularmente das competições oficiais da entidade. As fotografias juntadas às fls. 88/92 corroboram tal fato. Nada mais.

Dessa forma, atenta aos princípios gerais e específicos que devem nortear a fixação da indenização, notadamente o bom senso e a proporcionalidade, considero que o valor arbitrado pela r. sentença recorrida deve ser majorado para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No que tange aos honorários advocatícios sucumbenciais, considerando que houve condenação ao pagamento de indenização pelos danos materiais e de valor compensatório pelos danos morais sofridos, aplicável, ao caso, a regra contida no §3º do art. 20 do CPC, segundo a qual, "os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação" atendidos os requisitos contidos nas alíneas "a", "b" e "c".

Logo, tenho que o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação atende à determinação de observância do grau de zelo do profissional, do lugar da prestação do serviço, além da natureza e importância da causa, do trabalho realizado pelo advogado e do tempo exigido para o serviço.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento ao recurso da autora para majorar a compensação pecuniária para R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo a forma de atualização especificada na r. sentença apelada e para, com fulcro no art. 20, §3º, do CPC, fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior (Revisor) – Com o Relator.

Des. J.J. Costa Carvalho (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Dar parcial provimento ao apelo da autora. Negar provimento ao apelo do réu. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2009011150156-6

Primeira Turma Cível

Relator – Des. Flavio Rostirola

EMENTA

Civil. Indenização por reparação de danos. Roubo em *shopping center*. Empreendedor e lojista. Não aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade sem culpa. Não cabimento. Risco habitual da atividade desenvolvida no *shopping*. Culpa dos funcionários do *shopping* para a ocorrência do roubo. Falta de provas.

1. Consubstancia o *shopping center* realidade comercial complexa, desprovida de regramento legal específico, composta por três sujeitos: o empreendedor, o lojista e o consumidor. A despeito da existência de efetiva prestação de serviços, repele-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações travadas entre o "empreendedor" e o "lojista".

2. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil consagra cláusula geral da responsabilidade sem culpa, baseada na ideia de risco criado, e mitigado, ou não integral, dada a exigência de circunstância específica, além da causalidade entre a conduta e o dano, que está na particular potencialidade lesiva da atividade desenvolvida.

3. A atividade desenvolvida no *shopping center* não implica risco excepcional. Trata-se de risco habitual, inerente a qualquer atividade, de maneira que se refuta a responsabilidade sem análise de culpa.

4. O serviço de segurança privada, em *shopping center*, não se mostra suficiente para que o *shopping* arque com a responsabilidade de furtos ou roubos ocorridos no seu interior, sendo necessário que tenha havido culpa *lato sensu* de qualquer funcionário seu, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código Civil.

5. Ainda que se cogitasse de qualquer responsabilização sem exame de culpa, roubo em joalheria em pleno *shopping center* caracteriza fortuito externo, que exclui tanto a responsabilidade dita objetiva quanto aquela fundada no risco.

6. Apelo não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Flavio Rostirola – Relator, Simone Lucindo – Revisora, Alfeu Machado – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer e negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 7 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por TANZANITA VAREJO DE JOIAS LTDA. contra a r. sentença de fls. 434/440 – proferida em ação de indenização – mediante a qual a nobre magistrada *a quo* julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo improcedente o pedido e resolvo o processo nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Condeno a autora no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, ora fixados em R$ 5.000,00, consoante o disposto no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil. Sentença registrada nesta data. Publique-se. Intimem-se." (fls. 439/440)

> Nas razões recursais, acompanhadas de preparo (fl. 465), a Recorrente argumenta que se qualificaria como consumidora, pois o contrato firmado com o Recorrido seria atípico, sendo o lojista destinatário final do produto e serviço fornecido pelo *shopping*. Aduz que se trataria, no caso, de responsabilidade objetiva. Sustenta que se haveria instalado no *shopping*, em vez de em uma *"loja de rua"*, em razão de conforto, praticidade, volume de vendas e segurança. Assevera que, com o roubo das joias, em pleno *shopping center*, os artigos 41 e 61 do Regimento Interno do Apelado haveriam sido descumpridos.

Subsidiariamente, afirma a tese de responsabilidade subjetiva. Alega que essa poderia ser constatada pela negligência na prestação do serviço de segurança, o que haveria ensejado oportunidade para o roubo. Salienta que o Apelado haveria

registrado despesas com segurança, em junho de 2009, no valor de, aproximadamente, R$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais), importância essa que teria sido rateada entre os lojistas. Enfatiza que o Recorrido haveria assumido o dever de guarda, que não teria sido honrado.

Contrarrazões às fls. 472/478.

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) – conheço do apelo, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

A Recorrente argumenta que se qualificaria como consumidora, pois o contrato firmado com o Recorrido seria atípico, sendo o lojista destinatário final do produto e serviço fornecido pelo *shopping*. Aduz que se trataria, no caso, de responsabilidade objetiva. Sustenta que se haveria instalado no *shopping*, em vez de em uma *"loja de rua"*, em razão de conforto, praticidade, volume de vendas e segurança. Assevera que, com o roubo das joias, em pleno *shopping center*, os artigos 41 e 61 do Regimento Interno do Apelado haveriam sido descumpridos.

Subsidiariamente, afirma a tese de responsabilidade subjetiva. Alega que essa poderia ser constatada pela negligência na prestação do serviço de segurança, o que haveria ensejado oportunidade para o roubo. Salienta que o Apelado haveria registrado despesas com segurança, em junho de 2009, no valor de, aproximadamente, R$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais), importância essa que teria sido rateada entre os lojistas. Enfatiza que o Recorrido haveria assumido o dever de guarda, que não teria sido honrado.

Rememoremos brevemente a situação fática que permeia a lide.

Em 30 de junho de 2009, às 13 horas, aproximadamente, três pessoas haveriam adentrado o estabelecimento comercial da Autora, portando armas de fogo, compelindo os funcionários a lhe entregarem joias e dinheiro.

A Requerente, na exordial, aduz que haveria ocorrido negligência na segurança do *shopping*, assim detalhando:

> Além de informar diretamente ao segurança, por telefone celular, a gerente da Autora finalmente conseguiu estabelecer contato com a administração do *Parkshopping*, informando o ocorrido e solicitando – outra vez – providências para evitar a fuga. Porém, mesmo após ter dado a notícia do assalto, por telefone celular à segurança, e por telefone fixo à administração do *Shopping*, e ter solicitado ajuda para impossibilitar a fuga dos assaltantes, ainda assim os ladrões escaparam com o produto do crime, sem qualquer resistência dos profissionais contratados pela Ré. (fl. 05)
>
> Resta perquirir se o noticiado roubo, nas dependências do *shopping center*, justificaria a responsabilização do Réu.

Constato que a Autora, ora Apelante, firmou com o Réu, ora Apelado, "instrumento particular de contrato atípico de locação de loja de uso comercial (LUC) do PARKSHOPPING", por meio do qual a Demandante alugou loja, para o desenvolvimento de suas atividades empresariais voltadas para o comércio de joias (fl. 40).

Do contrato locatício firmado entre as partes pode-se extrair que a relação entre Apelante e Apelado não possui natureza consumerista. Como destacou a ilustre sentenciante, "O *shopping center* é uma realidade comercial bastante complexa, podendo ser conceituado como centro comercial planejado, composto de lojas destinadas à exploração comercial e à prestação de serviços, sujeitas à administração única e normas contratuais padronizadas, tendente à captação facilitada de consumidores. De fato, cuida-se de ente despersonalizado e desprovido de regramento legal específico, composto por três sujeitos, o empreendedor, o lojista e o consumidor. Não obstante a existência de efetiva prestação de serviços, não há que se falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor para as relações havidas entre o 'empreendedor' e o 'lojista'." (fl. 436)

O colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor entre o lojista e o empreendedor. Tal relação não segue a trilha do "consumidor" e "fornecedor". Confira-se, *mutatis mutandis*:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. *SHOPPING CENTER*. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI DO INQUILINATO. LEI 8.245/91. 1. Esta Corte firmou compreensão de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locativos. 2. Aos contratos de *shopping center* aplica-se a Lei do Inquilinato (art. 54 da Lei 8.245/91). 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRgAg 706.211/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 5/11/2007).

Uma vez refutada a ideia de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, repele-se a possibilidade de exame do litígio vertente à luz da Responsabilidade Objetiva do fornecedor de serviços, hipótese regulada no artigo 14 do CDC.

Por outro lado, o caso em tela se subsume ao artigo 927 do Código Civil, cuja redação transcrevo:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Tal dispositivo "(...) consagra, em seu texto, o que representa inovação do sistema: a coexistência genérica e, segundo se entende, não hierarquizada de regras baseadas na teoria da culpa e na teoria do risco. Ou seja, por ele se altera o modelo subjetivo levado aos Códigos do século XIX, em que o centro da responsabilidade civil sempre foi, quase que exclusivamente, a culpa, tudo a fim de atender a um reclamo da sociedade mais industrial e tecnológica, pródiga na facilitação da ocorrência de acidentes (fala-se na era dos acidentes ou na civilização dos acidentes) e, assim, na indução a uma desigualdade das relações que dificulta a prova da culpa pela vítima. De outra parte, ocupa-se o novo modelo de Estado social muito especialmente da garantia de preservação da pessoa humana, de sua dignidade." (Claudio Luiz Bueno de Godoy – Coordenador Ministro Cezar Peluso *in* Código Civil Comentado, Manole, 6ª edição, p. 924)

A "Grande inovação contém, todavia, o parágrafo do art. 927. Não propriamente por concernir a uma responsabilidade sem culpa, já constante de legislação especial ou,

antes, da própria Constituição Federal (...). A novidade está na previsão genérica ou numa cláusula geral da responsabilidade sem culpa, baseada na ideia de risco criado, e mitigado, ou não integral, dada a exigência de circunstância específica, além da causalidade entre a conduta e o dano, que está na particular potencialidade lesiva da atividade desenvolvida (...)." (Claudio Luiz Bueno de Godoy – Coordenador Ministro Cezar Peluso *in* Código Civil Comentado, Manole, 6ª edição, p. 924)

Na esteira desse raciocínio, a atividade desenvolvida no *shopping center* não implica risco excepcional. Cuida-se de risco habitual, inerente a qualquer atividade, de maneira que, mais uma vez, se refuta a responsabilidade sem análise de culpa, no caso em questão.

Eis orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a propósito:

> DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. (...) – Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho. – A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo. (...) (REsp 1067738/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 25/06/2009)

> Cumpre, de tal sorte, averiguar, com base no artigo 932, inciso III, do Código Civil, se os funcionários do Recorrido haveriam, seja por omissão, seja por ação, contribuído para que o roubo se perpetrasse, haja vista que, como bem sublinhou a augusta julgadora singular, "O serviço de segurança privada é um atrativo utilizado pelo '*shopping center*' para obter clientela (consumidores ou lojistas), todavia, tal fato, por si só, não é suficiente para que o *shopping* arque com a responsabilidade de furtos ou roubos ocorridos no

> seu interior, sendo necessário que tenha concorrido com culpa *lato sensu* de qualquer funcionário seu." (fl. 437)

Ao apreciar os depoimentos colhidos, verifica-se que não restou demonstrada a culpa de qualquer empregado do Recorrido.

M.M.S., uma das testemunhas, elucidou que, tão logo os ladrões deixaram a loja, essa acionou um dos seguranças do *shopping*, seu marido, que prontamente haveria chegado ao local:

> que estava na loja no dia dos fatos; que trabalhava na loja à época dos fatos, porém, não mais lá trabalha; que assim que os bandidos saíram da loja, ligou para o seu marido, que é segurança do *shopping*; que disse ao seu marido que a loja estava sendo assaltada; que seu marido lhe perguntou se era uma brincadeira; que lhe respondeu que não, que a loja efetivamente estava sendo assaltada; que pediu a presença de seu marido imediatamente; que em pouquíssimo tempo seu marido chegou à loja, pois a viatura em que estava passava, no momento da ligação, pela entrada D do *shopping*; que seu marido chegou a cruzar com um dos bandidos; que a depoente não disse a seu marido como eram os bandidos; que todos os funcionários saíram correndo da loja e seu marido acionou outros seguranças; que logo após seu marido ter passado o rádio, chegam outros seguranças, bem como o Coronel V.; que aproximadamente vinte minutos após os fatos chagaram a Polícia Civil e a Polícia Militar; que a segurança do *shopping* passava em frente à loja habitualmente antes dos fatos; que não ficava nenhum segurança parado nas proximidades da loja (...) que os bandidos saíram pela portaria D; que a portaria D foi a mesma utilizada pelo seu marido para entrar no *shopping*; que seu marido só cruzou com o último marido que saiu da loja. (...) que a loja tem alarme da pânico; que ninguém conseguiu acionar o alarme de pânico, pois o bandidos estavam o tempo todo com armas apontadas pelos funcionários; que no dia dos fatos o cofre estava com a porta aberta; que frequentemente via os seguranças do *shopping* passando pela porta da loja. (fl.358)

> A seu turno, I.D.E., também testemunha, corroborou tal depoimento:
>
> que estava dentro da loja no dia dos fatos; que estava trabalhando no momento dos fatos; que trabalhava no estabelecimento da autora; que todos

os funcionários da autora foram rendidos; que durante a ocorrência dos fatos não compareceu à loja nenhum policial ou segurança do *shopping*; que antes dos fatos não tem conhecimento da presença de seguranças do *shopping* nas proximidades da loja; que antes do assalto não havia segurança habitualmente nas cercanias da loja; que após a saída dos assaltantes da loja, viu a Senhora M. ligar para seu marido, que é segurança do *shopping*; que acredita que no dia dos fatos o marido da Senhora M. estava fazendo a ronda do estacionamento; que ouviu a Senhora M. dizer para o marido que a loja havia sido assaltada; que em seguida pediu para M. desligar o telefone; que, imediatamente após, ligou para o 190, quando recebeu a informação de que a polícia nada poderia fazer, pois a loja era dentro de um *shopping*; que após saiu correndo para o corredor do *shopping*, quando então viu o marido da Senhora M. se aproximar; que não tentou ligar para a administração do *shopping*; que após R. receber a informação da depoente sobre o assalto, este passou um rádio, quando então, prontamente, outros seguranças compareceram ao local; que a polícia chegou ao local cinco minutos depois; que a depoente no dia dos fatos não tentou contato direto com a administração; que não se recorda se algum funcionário tentou contactar a administração do *shopping*. (...) que pode afirmar que o Senhor R., segurança do *Shopping*, estava a serviço no dia dos fatos; que, pelo que se recorda, foi o Senhor R. que passou o rádio para a administração do *Shopping*, noticiando o ocorrido; que a polícia disse à depoente que não poderia atuar por ser um estabelecimento privado; que antes do assalto praticado no estabelecimento da autora, não teve notícia de outros eventos similares no *shopping*; que teve notícia de outros assaltos ocorridos dez dias depois dos fatos narrados nos autos. (...) que no dia dos fatos, pelo que se lembra, chegaram outros três seguranças do *shopping*; que a chegada deles foi muito rápida; que os seguranças são muito competentes; que no momento dos fatos o cofre do estabelecimento estava acessível, pois sua porta estava encostada; que o cofre do estabelecimento autor é aberto de manhã, no início do expediente, e apenas é fechado à noite, quando de seu encerramento; que havia uma funcionária como segurança nas proximidades do cofre. (fl. 359)

Por derradeiro, D.T.S. depôs na linha dos outros depoimentos, confirmando tais versões:

> que estava na loja no dia dos fatos; que trabalhava na loja àquela época; que após os bandidos saírem da loja, ouvida a Senhora M. chamando pelo depoente, bem como pela Senhora P.; que neste momento estava dentro do cofre; que saiu do cofre, bem como da loja; que não fez qualquer telefonema para a administração do *shopping*; que logo em seguida que os funcionários da loja começaram a gritar noticiando o assalto, os seguranças do *shopping* se aproximaram; que durante o assalto ou no exato momento em que saíram da loja, não havia segurança nas proximidades; que mesmo antes dos fatos não havia qualquer segurança fixo que ficasse nas proximidades da loja; que durante o assalto as pessoas que estava em outras lojas, ou mesmo transeuntes, não disseram ao depoente ter percebido o assalto durante o ato (fl. 357).

Observa-se que a presença dos funcionários, seguranças do *shopping,* não influiu na ocorrência ou não do roubo. Como bem ponderou a douta julgadora monocrática, "Embora haja divergência no que diz respeito à existência ou não se segurança fazendo ronda nas imediações do estabelecimento da autora no momento do crime certo é que, de fato, a presença do segurança não seria fato impeditivo do crime, primeiro porque se cuida de local público, de livre acesso, não havendo restrição quanto aos frequentadores. Segundo porque conforme declarado na exordial, os autores do crime estavam armados, ao passo que a segurança utilizada pelo réu é desarmada. Não se pode olvidar que, a autora dispunha de "alarme de pânico", porém seus funcionários não fizeram uso de tal recurso. Como se vê, não restou caracterizada a culpa do réu pelo evento, não havendo que se falar em indenização por dano material, sendo, pois, a improcedência do pedido inicial medida de rigor." (fl. 439)

Soma-se a tais fundamentos a contribuição do renomado autor C.R.G., na obra *"Responsabilidade Civil" (Editora Saraiva, p. 454),* que assim informa:

> entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo inexistir responsabilidade de *shopping center* por furto de bolsa ocorrido em praça de alimentação, tendo em vista a inocorrência de ato comissivo ou omissivo que tenha contribuído para o evento danoso. Afirmou o acórdão que não foi demonstrada negligência dos funcionários da segurança, sendo inexigível garantia de segurança pessoal absoluta no estacionamento, por não ter sido prometi-

> da, aduzindo que a responsabilidade objetiva do estabelecimento é restrita a danos causados por equipamentos, como escadas rolantes e elevadores (AP.261590-4/0, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j.07.10.2003)
>
> Se tais razões não bastassem, ainda que se cogitasse de qualquer responsabilização sem exame de culpa, o aludido roubo caracteriza fortuito externo, que exclui tanto a responsabilidade dita objetiva quanto aquela fundada no risco. Recorde-se que, "Para que o fortuito externo possa excluir a responsabilidade (fundado no risco), ou mesmo o interno (quando a responsabilidade se funda na culpa, como nos acidentes automobilísticos), faz-se, entretanto, mister que o fato não seja devido a qualquer culpa do autor do dano, ainda que indireta ou remota. (C.R.G. *in* 'Responsabilidade Civil', Editora Saraiva, p.454)

Esse reflete, pois, o caso em testilha, no qual não se evidenciou qualquer culpa, ainda que indireta ou remota, do Recorrido.

Esta nobre Turma já se pronunciou acerca do tema, *mutatis mutandis:*

> CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. VOO INTERNACIONAL. CANCELAMENTO. ERUPÇÃO DE VULCÃO. INTERDIÇÃO PARCIAL DO ESPAÇO AÉREO DO CONTINENTE EUROPEU. COMPANHIA AÉREA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FATO FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE. ILÍCITO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA. PASSAGEM. UTILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. REEMBOLSO. NECESSIDADE. 1.(...) 2.A erupção de vulcão que, causando precipitação de cinzas no espaço aéreo do continente europeu, determinara a paralisação do tráfego aéreo e, via de consequência o cancelamento de voos, consubstancia fato fortuito externo, traduzindo excludente de responsabilidade da prestadora de serviços aéreos pelo cancelamento de voos que, obstando a qualificação do ilícito contratual, afasta a gênese da obrigação de compor os danos derivados do havido aos consumidores destinatários dos serviços originalmente contratados por romper o nexo de causalidade entre o havido e ilícito passível de ser imputado à fornecedora (CC, 734; CDC, art. 14). 3.Conquanto ilidido o ilícito contratual imputável à trans-

portadora (...) (Acórdão n.552925, 20100111818852APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/11/2011, Publicado no DJE: 05/12/2011. Pág.: 80)

No colendo Superior Tribunal de Justiça, segue orientação jurisprudencial nesse sentido, também, *mutatis mutandis:*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTADORA. ROUBO.FORTUITO EXTERNO. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, não responde a transportadora por roubo da carga a ser transportada. Fato de terceiro, fortuito externo ao contrato de transporte.2. Hipótese em que o acórdão recorrido reconhece que a empresa transportadora mantinha segurança adequada em seu depósito, com muros altos e monitoramento adequado via rádio e segurança, não tendo tido parcela de culpa alguma no roubo da mercadoria a ser transportada mediante assalto a mão armada cometido por grande número de homens, com moderno armamento e ameaça de morte aos funcionários da transportadora.3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 748.322/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 18/12/2012)

Essas as razões por que NEGO PROVIMENTO ao apelo, para manter incólume a r. sentença hostilizada.

É o meu voto.

Desa. Simone Lucindo (Revisora) – Com o Relator.

Des. Alfeu Machado (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer e negar provimento, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2009011154707-0
Relator – Des. Mário-Zam Belmiro
Terceira Turma Cível

EMENTA

Civil e processual civil. Apelação cível. Dano moral. Provocações recíprocas. Agentes públicos que devem ter comportamento exemplar. Delegada no exercício regular de direito. Autoridade máxima na delegacia de polícia. Oficial da polícia militar. Hierarquia e disciplina. Recurso do autor desprovido e recurso da ré parcialmente provido.

1. Não há subordinação entre as instituições policiais, civil e militar, tendo cada uma seu regramento legal próprio, a primeira trabalhando na repressão de crimes, e a segunda servindo ostensivamente na prevenção da criminalidade.

2. Condutas recíprocas que desbordam do exercício regular de direito, trazendo gravame às instituições responsáveis pela segurança pública na Capital da República.

3. A exasperação do ânimo de ambos os contendores descaracteriza o intuito de ofender ou mesmo atingir a honra subjetiva ou quaisquer atributos da personalidade das partes sob litígio, ainda mais quando os contendores se encontram agindo no estrito cumprimento de dever legal.

4. Recurso de apelação do autor desprovido e da ré parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mário-Zam Belmiro – Relator, Nídia Corrêa Lima – Revisora, Esdras Neves – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Otávio Augusto, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento ao recurso do autor. Dar parcial provimento ao recurso da ré. Maioria. Vencido o Revisor, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 24 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório constante na r. sentença objurgada, *in litteram:*

> Cuida-se de ação de REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS ajuizada por R.C.F. em desfavor de D.M.K., ambos qualificados nos autos.
>
> Narra o autor, em apertada síntese, que, na condição de policial militar, estava de serviço, trabalhando como oficial de dia quando o CB O. e o SD M. solicitaram seu auxílio para condução até a delegacia de indivíduos detidos comprando considerável quantidade de droga. Assim, reuniu as provas, inclusive fita de filmagem do fato, e apreendeu o menor vendedor da droga e acompanhou os policiais até a Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente para lavratura do flagrante.
>
> Ao chegar à DPCA, o autor forneceu sua carteira de identificação funcional e relatou os fatos objeto do flagrante. Para sua surpresa, os policiais se recusaram a lavrar o flagrante, ao argumento de que a Delegada de plantão, ora requerida, entendia que os fatos mereceriam melhor análise antes da capitulação.
>
> Como precisou se ausentar rapidamente da DPCA, o autor esqueceu sua identidade funcional no local e pediu para o colega CB O. levá-la. No entanto, este lhe informou que a requerida se negou a entregar a carteira, dizendo que só entregaria ao autor porque precisa conversar com ele.
>
> Ao chegar na DPCA, o autor afirma que foi até a sala da requerida e esta começou a repreendê-lo, com expressões gravosas, explicando as funções de cada polícia com expressões gravosas e bastante exaltada. Então, o autor solicitou sua carteira e disse que precisa ir embora, ocasião em que a requerida determinou que o autor permanecesse no local, pois pretendia lhe dar um sermão sobre as atribuições de cada polícia.
>
> O autor, então, dirigiu-se até a porta de saída da delegacia e, nesse momento, a requerida se colocou em sua frente de braços abertos e começou a gritar, na presença de todos, que o autor estava proibido de sair de sua sala

e de sua delegacia, gritando e dizendo que era "era mais homem que ele, e que provaria isso" e que este "não passava de um moleque".

Ao final, a requerida deu voz de prisão ao autor por um suposto desacato, solicitando que seus agentes cumprissem a ordem, o que, no entanto não ocorreu. Diante disso, o autor tentou novamente se retirar da delegacia, ocasião em que se colocou entre ele e a porta. O autor tentou afastá-la com uma das mãos e com a outra abrir a porta e chegou até a parte externa da delegacia.

Nesse momento, a requerida agarrou o autor pelas pernas com a intenção de impedi-lo de caminhar e determinou que seus agentes o imobilizassem, ordem atendida e que causou ao autor lesões nas costas e deslocamento de seu ombro direito.

A requerida acionou várias viaturas da DOE e de outras delegacias da Polícia Civil alegando que estava sob risco. As viaturas foram até o local e os agentes se posicionaram com armas em punho, em posição de enfrentamento, tendo comparecido ao local várias autoridades policiais.

Após a presença das autoridades, a situação foi resolvida pelo diálogo e os envolvidos encaminhados ao IML. O autor preferiu atendimento no Hospital Santa Helena, onde se constatou deslocamento do ombro.

Em razão do fato, o autor foi afastado de suas funções e respondeu a sindicância interna e sindicância na Polícia Civil.

Afirma que, além das agressões verbais, a autora lhe deu ordem ilegal de prisão e o impediu de se retirar do local pelo uso da força, agredindo-o fisicamente. Além disso, imputou falsamente ao autor a prática do crime de desacato.

Todos esses fatos lhe provocaram angústia interna e denegriram sua imagem perante colegas de corporação, pois a notícia se propagou e teve grande repercussão social. Postulou, portanto, indenização pelos danos morais no montante de R$ 30.000,00.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 22/91.

Citada, a requerida apresentou a contestação de fls. 100/115.

Sustenta que, de fato, o autor compareceu à DPCA para registrar flagrante de tráfico de drogas com participação de menor. No entanto, chegou ao local de forma impositiva e arrogante determinando que a requerida registrasse o flagrante como tráfico. A requerida mencionou que analisaria melhor a situação, não tendo sido possível ver as filmagens por ausência de aparelho adequado.

O autor, inconformado por não ter a requerida atendido às suas ordens, evadiu-se do local sem assinar o procedimento de apuração de ato infracional, o que fez com intenção de desmoralizar a delegada. Além disso, quando o autor retornou até a delegacia para assinar o termo e pegar sua carteira funcional, desacatou e lesionou a requerida, tanto que afirmou que "se a delegada fosse homem, ele resolveria de outra forma", ocasião em que a requerida respondeu que era "mais homem que ele e provaria isso" e que ele "não passava de um moleque".

Sustenta que, de fato, deu voz de prisão ao autor em razão do desacato e desobediência e que, porque o autor desobedeceu à ordem de prisão, ela se colocou à frente do autor, ocasião em que ele a agrediu através de uma cotovelada no rosto, como constatado pelo laudo do IML.

Assim, agiu nos estritos limites da lei e de acordo com suas atribuições de Delegada de Polícia, o que torna indevida qualquer indenização a título de danos morais. Insurge, por fim, do valor atribuído aos danos morais alegados.

Acosta a documentação de fls. 116/168.

A requerida apresenta, ainda, a reconvenção de fls. 169/180, em que postula a condenação do autor em indenização por danos morais em razão dos constrangimentos e humilhação que sofreu perante os outros agentes no valor de R$ 20.000,00.

Realizada audiência de instrução e julgamento, em que ouvidas as testemunhas arroladas e feitas alegações finais orais pelas partes (fls. 349/357).

Vieram os autos conclusos para prolação de sentença.

É o relatório[1].

1 Fls. 358/362.

Acrescento que, o Meritíssimo Juiz de Direito da Quarta Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré/apelante ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigidos monetariamente e com juros de mora, ambos, a partir da publicação da sentença.

Condenou a ré, também, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados estes no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), acrescentando que, transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias contados do trânsito em julgado da sentença, sem que haja o pagamento espontâneo do valor da condenação, haverá a incidência da multa de 10% (dez por cento), na forma prevista pelo artigo 475-J, do Codex de Ritos.

Insurge-se o apelante/autor[2], contra a v. decisão, oportunidade em que argumenta haver sido ofendido com expressões e gritos, pois a ré/apelante "(...) dizia-se inclusive 'mais homem que ele, e que provaria isso', perante todos, e que este 'não passava de um moleque'. A recorrida chegou ao cúmulo de dar voz de prisão 'por suposto desacato', solicitando que seus agentes cumprissem tal ordem, e ante a inicial resistência dos mesmos em fazê-lo, tendo em vista que até mesmo estes a entendiam como, no mínimo, descabida, a Recorrida, afrontando o Recorrente, até mesmo tentando intimidá-lo, disse que se seus agentes não cumprissem a ordem de prisão, 'ela mesma o faria sozinha'", e que, "(...) ao tentar sair da DCA, por fim foi, agarrado pelas pernas, na intenção de impedi-lo até mesmo de caminhar, determinando ainda aos seus agente que imobilizassem-no, o que foi feito, causando inclusive lesões nas costas e o deslocamento do seu ombro direito (...)"[3].

Por fim, verbera que "(...) o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça é pela valoração dos danos morais a se indenizar, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não deve ser outro o entendimento para o caso em questão, senão de que seja majorada a condenação, dos atuais R$ 2.000,00 para a monta apontada em inicial, tendo em vista que os danos causados ao Recorrente avançaram a sua imagem, tendo abarcado a sua integridade física, sua masculinidade,

2 Fls. 393/401.

3 Fls. 395 e verso.

o exercício de sua função pública e o seu poder de hierarquia perante os seus subordinados (...)"[4].

De outra banda, rebela-se a ré/apelante contra a r. sentença, argumentando que o autor não produziu nenhuma prova capaz de sustentar as suas alegações, oportunidade em que tece considerações a respeito das formalidades inerentes à lavratura de flagrantes nas delegacias de polícia.

Entende, também, que "(...) ao contrário do que consta da sentença, temos que a requerida, como registrado, não excedeu suas atribuições e não quis impor 'subordinação' ao autor, mas, tão somente, exerceu com responsabilidade os poderes inerentes ao seu cargo" e que, (...) consolidado o entendimento jurisprudencial de que o registro de ocorrência policial é exercício regular de direito, não ensejando nenhuma condenação por dano moral (...)"[5], oportunidade em que transcreve excerto de julgado desta colenda Casa de Justiça em apoio a sua tese.

Acrescenta, ainda, que (...) ao contrário do que concluiu a sentença, vemos da análise dos autos que – reconhecidamente – ambas as partes acabaram por ficar nervosas e é também cediço que as altas emoções afastam o dolo nesse tipo de situação, devendo, também, por esse motivo, ser reformada a sentença (...)"[6].

Alfim requer, "(...) seja recebido e provido o presente apelo, a fim de que seja reformada a decisão de 1º grau para que seja julgado improcedente o pleito autoral, reconhecendo-se que a requerida agiu no estrito cumprimento do dever legal, devendo ainda a sentença ser reformada para que seja julgada procedente a reconvenção, condenando-se o autor nos consectários legais (...)"[7].

O autor/apelante não pagou preparo por se encontrar sob o pálio da gratuidade judiciária.

Comprovante do pagamento de preparo da ré/apelante[8].

---

4 Fls. 400 verso.

5 Fls. 417.

6 Fls. 419.

7 Fls. 424.

8 Fls. 425.

Apresentação de contrarrazões de ambos apelantes[9].

Vieram-me os autos conclusos[10].

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Conforme relatado, cuida-se de Recursos de Apelação interpostos em face de sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais, julgou procedente o pedido contido na peça vestibular, e julgou improcedente a reconvenção proposta pela ré.

Passo ao exame do recurso interposto pelo autor/apelante.

A douta magistrada fundamentou a decisão condenatória no postulado legal da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito praticado, em tese, pela ré/apelante, a qual "(...) ultrapassando os limites de sua função pública, teria agredido o autor verbalmente, fisicamente e imputado a ele, indevidamente, a prática de crime e, em consequência, ordenado a sua prisão (...)"[11].

Valendo-se dos depoimentos prestados quando da instrução processual, sua excelência entendeu que a recorrente desbordou de suas atribuições funcionais, principalmente, pela ausência de hierarquia e subordinação entre os agentes policiais militares e delegados da polícia civil, *in litteram*.

> O que parece ter havido na hipótese foi uma discussão motivada por conflito de hierarquia, embora, como se sabe, não exista hierarquia nem subordinação entre agentes da polícia militar e delegados da polícia civil.

9 Fls. 431/449.

10 Fls. 454.

11 Fls. 362.

> As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, artigo 144, §6º).
>
> A polícia civil é dirigida por delegados de carreira (§4º), os quais, no entanto, não tem poder de comando sobre os policiais militares. Sabe-se, inclusive, que a unificação entre as instituições de segurança pública tem sido tema de constantes debates por estudiosos do ramo, isso porque graves problemas operacionais surgem exatamente por causa dessa falta de unificação. Também é de conhecimento público que, de tempos em tempos, rixas corporativas motivam conflitos entre as instituições.
>
> A organização da Polícia Militar está disciplinada pela Lei 6450/77, sendo instituição autônoma e não subordinada à Polícia Civil, nos termos do artigo 144 da Constituição da República (...)"[12]. (destaquei)
>
> Verifica-se, que a prova testemunhal colhida na instrução processual não é suficiente para a caracterização do ilícito civil, pois, repita-se, foi reconhecido pelo julgado, um pretenso conflito de hierarquia entre o agente de polícia militar e a delegada de polícia.

Passo a análise do recurso da ré/apelante.

Não há se falar, também, ao meu sentir, em ilícito civil na conduta do oficial militar, pois, lançar uma crítica sobre a atuação da delegada pelo fato da mesma não considerar, imediatamente, o estado de flagrância do menor apreendido pelo possível tráfico de entorpecentes, atua como fator de descaracterização do desejo de ferir os atributos da personalidade da autoridade policial.

E mais. No momento das discussões o militar se encontrava no exercício regular de um direito que lhe assistia, qual seja, ver consumada a operação policial que teria flagrado o cometimento de um crime considerado hediondo.

O autor, oficial da Polícia Militar do Distrito Federal, detentor, também, de cargo público relevante e de autoridade no exercício da prevenção à criminalidade na Capital da República, formado profissionalmente num contexto de hierarquia e disciplina,

12 Fls.369/373.

deveria agir com o mesmo comedimento perante os seus pares, e, principalmente, frente aos acusados do crime objeto do flagrante que o levara à delegacia na qual trabalhava a ré, a fim de não expor as instituições envolvidas no infeliz episódio.

A ré, por sua vez, detém cargo público de grande relevância social, pois, na qualidade de Delegada de Polícia, tem o dever-poder de zelar pelo bom andamento da apuração dos ilícitos teoricamente cometidos, devendo, entretanto, agir com comedimento.

Impende reconhecer, também, que a delegada é autoridade máxima da delegacia de polícia, exercendo o seu *munus* público com o objetivo de manter a ordem e o zelo na prática dos procedimentos que lhes são impostos pela lei penal e processual penal, não cabendo aos condutores militares impor, ao seu alvedrio, a possível capitulação das condutas tidas como criminosas.

A r. sentença objurgada, foi clara:

> (...) Como as próprias testemunhas confirmaram, o embate aconteceu na frente de policiais militares, civis e, até mesmo, dos acusados do crime objeto do flagrante, expondo, assim, a todos, inclusive àqueles que são alvo da atuação policial, a vulnerabilidade e a falta de coesão no sistema de segurança pública (...)"[13].

Portanto, restou caracterizado que as atitudes de ambos os litigantes, malgrado ultrapassarem as bordas dos seus deveres funcionais, não podem ser consideradas capazes de impor o dever de indenizar, já que a reciprocidade das agressões verbais se instalaram em ambiente naturalmente tenso, e a discussão se pautou por força da apuração de um crime que, por si só, leva uma carga de repulsa social e inquietação do Estado com o seu vertiginoso crescimento.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso do autor e dou parcial provimento ao recurso da ré para julgar improcedente o pedido vestibular, mantendo, no mais, os termos da sentença, devendo, cada litigante, arcar com as custas processuais, *pro rata*, bem como com os valores dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos, mantendo, no mais, todos os termos da r. sentença recorrida.

É como voto.

---

13 Fls. 372.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Revisora) – Conheço dos recursos, porquanto atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos por R.C.F. e por D.M.K., em face da r. sentença de fls. 358/362.

Consoante relatado, R.C.F. ajuizou Ação Indenizatória em desfavor de D.M.K., objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, em decorrência de ofensas que teriam sido irrogadas pela ré, no interior de delegacia na qual a ré exerce o cargo de delegada.

A ré ofertou contestação e apresentou reconvenção, alegando ter sofrido constrangimentos e humilhações em virtude da conduta do autor/reconvindo perante outros agentes. Pugnou, assim, pela condenação do autor/reconvindo ao pagamento de indenização por danos morais.

A d. Magistrada sentenciante julgou procedente o pedido inicial e improcedente o pleito reconvencional, oportunidade em que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Inconformadas, as partes apelaram.

O autor/reconvindo, em suas razões de apelo, pugnou pela majoração do valor da indenização por danos morais.

A ré/reconvinte, no recurso de apelação interposto, reeditou os argumentos vertidos na reconvenção e postulou a reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido deduzido na inicial e procedente o pleito reconvencional.

É a suma dos fatos.

No caso em apreço, ficou evidenciado que o desentendimento ocorrido entre as partes litigante originou-se de discussão a respeito da lavratura de autor de apreensão de menor em flagrante, que evoluiu para agressões verbais e físicas, além da prisão do autor por desacato.

A meu ver, a ré/reconvinte, na qualidade de delegada de polícia, agiu com abuso de direito ao determinar a prisão do autor/reconvindo, inclusive mediante agressão física e verbal, com a finalidade de impor sua autoridade.

A controvérsia foi dirimida de forma adequada na r. sentença, consoante o trecho da fundamentação a seguir transcrito, *verbis*:

Passo ao exame do recurso interposto pela ré/apelante.

> O que parece ter havido na hipótese foi uma discussão motivada por conflito de hierarquia, embora, como se sabe, não exista hierarquia nem subordinação entre agentes da polícia militar e delegados da polícia civil.
>
> As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, artigo 144, §6º).
>
> A polícia civil é dirigida por delegados de carreira (§4º), os quais, no entanto, não tem poder de comando sobre os policiais militares. Sabe-se, inclusive, que a unificação entre as instituições de segurança pública tem sido tema de constantes debates por estudiosos do ramo, isso porque graves problemas operacionais surgem exatamente por causa dessa falta de unificação. Também é de conhecimento público que, de tempos em tempos, rixas corporativas motivam conflitos entre as instituições.
>
> A organização da Polícia Militar está disciplinada pela Lei 6.450/77, sendo instituição autônoma e não subordinada à Polícia Civil, nos termos do artigo 144 da Constituição da República.
>
> Assim, dada a ordem ao policial militar pela delegada de polícia civil e não tendo ela sido acatada, soa desarrazoado o comando de prisão com fundamento em desobediência ou desacato.
>
> E mais desarrazoado o comportamento perpetrado pela requerida que, como apurado pelos depoimentos ouvidos em juízo, posicionou-se em frente ao autor impedindo-lhe de abrir a porta e, após ter caído no chão, quando o autor tentou abrir a porta, segurou-lhe nas pernas impedindo que ele se movesse.
>
> Não se espera esse tipo de comportamento das autoridades policiais.
>
> Entendendo a requerida pelo desrespeito a seu comando por parte de agente da polícia militar, deveria ter agido dentro da legalidade e da razo-

abilidade, oficiando o comando da polícia militar, relatado os fatos e solicitado providências, as quais seriam tomadas após a abertura de sindicância interna dentro da corporação, manifestação do agente e apreciação e decisão tomada por quem, de fato e de direito, exerce o comando na corporação da polícia militar.

No entanto, ao invés disso, tentou fazer prevalecer sua voz de comando usando a força física. Agiu ultrapassando os limites do poder que lhe foi conferido por meio da função pública de delegada de polícia civil, travando um verdadeiro confronto físico e verbal com o oficial militar, iniciando situação que quase redundou em conflito entre instituições, tanto que houve sindicância tanto na polícia civil como na polícia militar e pedido de desculpas recíprocas.

A abertura de sindicância foi posterior e em razão do fatídico episódio em que vários policiais, civis e militares, presenciaram o embate verbal e físico entre a delegada e o oficial militar.

O alegado cometimento de crime de desacato ou resistência por parte do autor, em um exame superficial próprio dessa esfera de jurisdição, não encontra qualquer amparo fático. As testemunhas não mencionaram qualquer palavra ofensiva ou com conteúdo ameaçador que demonstrasse a presença dos elementos constitutivos dos crimes mencionados e, por sua vez, que justificasse a ordem de prisão emanada da requerida.

Ao certo, o que a sociedade espera e precisa é de um convívio harmonioso, pacífico e pautado pelo bom senso e pela cordialidade entre as instituições de segurança pública.

Como as próprias testemunhas confirmaram, o embate aconteceu na frente de policiais militares, civis e, até mesmo, dos acusados do crime objeto do flagrante, expondo, assim, a todos, inclusive àqueles que são alvo da atuação policial, a vulnerabilidade e a falta de coesão no sistema de segurança pública.

Entendo, portanto, que a requerida excedeu os limites do exercício regular do direito, cometendo, dessa forma, ato ilícito como preconizado pelo artigo 187 do Código Civil.

> Tenta, por meio de reconvenção, imputar ao autor a prática de atos ofensivos a sua honra ao dizer que foi o autor quem agiu com excessos e com atitudes arrogantes.
>
> Não é, contudo, o que se extrai dos depoimentos acima.
>
> Os depoimentos, como dito, demonstram que, de fato, ambos, autor e requerida, ficaram nervosos com a situação.
>
> No entanto, possível extrair que a requerida ficou acuada com a atitude do autor de não se subordinar a seus comandos e, com isso, exaltou-se e ordenou que o autor permanecesse na delegacia para conversar com ela e, como ele não atendeu a sua ordem, ela acabou dando-lhe voz de prisão.
>
> Como relatado pelas testemunhas L. e D., os agentes de polícia civil ficaram assustados com o comando de prisão da requerida e não prenderam o autor (...)
>
> Assim, entendo que ficou evidenciada a prática de ato ilícito por parte da ré/reconvinte, o que deu ensejo aos danos de ordem moral alegados na inicial, justificando a sua condenação ao pagamento da respectiva indenização.

Com relação ao pleito reconvencional, entendo que a discussão foi causada pela conduta da própria ré/reconvinte que agiu com abuso de direito, não havendo como ser acolhida a pretensão indenizatória por ela vindicada.

Com relação ao pleito de majoração do valor da indenização formulado pelo réu/reconvinte, tenho que a pretensão recursal merece prosperar.

A indenização por danos morais tem por finalidade compensar a parte ofendida pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações experimentados, advertir a parte ofensora e prevenir quanto à repetição de condutas ilícitas semelhantes.

Neste aspecto, a indenização deve ser fixada mediante prudente arbítrio, levando-se em consideração o grau de culpa para a ocorrência do evento, a extensão do dano experimentado e as condições pessoais das partes envolvidas.

A avaliação do grau de culpa do ofensor em sentido amplo está vinculada à reprovabilidade ou à censurabilidade de sua conduta em face dos princípios e regras jurídicas vigentes.

No caso em apreço, considero grave a conduta da parte ré/reconvinte que, agindo com excesso, no exercício do cargo de delegada de polícia, impôs situação constrangedora ao autor/reconvindo, que chegou a ser agredido de forma verbal e física, e submetido à voz de prisão.

Dessa forma, atenta às peculiaridades do caso concreto, em especial a conduta da parte ré, as condições pessoais das partes envolvidas, a repercussão dos fatos e a natureza do direito subjetivo fundamental violado, entendo necessária a majoração da indenização por danos morais para o montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela ré/reconvinte e dou provimento ao recurso interposto pelo autor/reconvindo**,** para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

No mais, mantenho íntegra a r. sentença recorrida.

É como voto.

Des. Esdras Neves (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso do autor. Dar parcial provimento ao recurso da ré. Maioria. Vencida a Revisora.

APELAÇÃO CÍVEL

2009011196962-9
Relator – Des. Teófilo Caetano
Primeira Turma Cível

EMENTA

Civil e constitucional. Dano moral. Conversa reservada. Relato de suposta prática criminosa envolvendo político. Gravação do conteúdo do diálogo. Entrega da mídia às autoridades competentes. Divulgação do teor da conversa à imprensa. Responsabilização dos interlocutores. Impossibilidade. Diálogo travado sem cunho difamatório, proferido em ambiente restrito e envolvendo apenas os interlocutores. Divulgação do conteúdo da conversa aos meios de comunicação. Participação dos interlocutores. Inexistência. Colaboração com as atividades investigativas da polícia. Ato ilícito. Inexistência. Responsabilização dos interlocutores. Impossibilidade. Indeferimento de produção de provas orais. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

1. Aflorando os fatos dos quais derivam a pretensão e içados como causa de pedir incontroversos, pois não subsistente dúvida da existência e conteúdo do diálogo reputado ofensivo pelo autor e de que foram os réus que o protagonizaram, não se prestando a prova oral ventilada, a seu turno, a evidenciar quem fora o difusor da conversa e, sobretudo, evidenciar que estamparia ofensas, a matéria de fato resta cristalizada, não comportando sua apuração dilação probatória, resultando que, sob essa realidade, a emolduração dos fatos e apreensão se são aptos a conduzirem ao desiderato almejado traduz matéria exclusivamente de direito, demandando simples trabalho hermenêutico, determinando o julgamento antecipado da lide como imperativo legal coadunado com o devido processo legal, que não se compatibilizada com a realização de diligências e provas inúteis.

2. Apurado que a menção acerca da ocorrência de suposto esquema de corrupção envolvendo políticos fora engendrada em conversa sem cunho difamatório, pois proferida em ambiente extremamente restrito que envolvera estritamente os 02 (dois) interlocutores, e patenteado que o responsável pela gravação do diálogo

não colaborara para sua difusão à imprensa e que o protagonista da imprecação não tinha ciência de que o diálogo estava sendo gravado, a conversação assim realizada não pode ser reputada ofensiva aos atributos da personalidade do reportado no conversado, notadamente porque impassível de serem os interlocutores responsabilizados pela difusão do diálogo que travaram após ser repassado à autoridade policial competente para deflagrar apuração com base no reportado.

3. Cingindo-se a atuação do interlocutor à gravação da conversa que reportara o fato ofensivo e disponibilização do seu conteúdo às autoridades competentes, tornando inexorável que sua atuação não objetivara denegrir a honra e reputação dos mencionados no diálogo, mas apenas colaborar com as investigações policiais e a aplicação da lei penal, o que traduz conduta louvável por estar colaborando com a promoção da justiça e a repressão dos crimes que assolam a sociedade, resta inviabilizada a qualificação do silogismo indispensável à germinação da responsabilidade civil, máxime porque não atuara no sentido de promover ou auxiliar a divulgação da conversa reportada aos meios de comunicação, não podendo ser responsabilizado por sua difusão por outrem.

4. Agravo retido e apelação conhecidos e desprovidos. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Teófilo Caetano – Relator, Simone Lucindo – Revisora, Alfeu Machado – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer da apelação, conhecer e negar provimento ao agravo retido e negar provimento à apelação, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de indenização de danos morais, subordinada ao procedimento comum ordinário, aviada por E.C. da C. em desfavor de A.D.C.F. e D.B.R. objeti-

vando o recebimento da importância de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como compensação dos danos morais que lhe teriam advindo das ofensas que os réus teriam direcionado à sua pessoa em conversa particular que teria ganhado ampla divulgação na mídia nacional.

Como estofo das pretensões que aduzira[1], argumentara que é Deputado Federal eleito pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB/RJ) e que fora injustamente envolvido no escândalo político que abalara o Distrito Federal, após a deflagração da "Operação Caixa de Pandora" pela Polícia Federal. Relatara que, em diálogo travado entre o primeiro e o segundo réus no dia 17 de setembro de 2009, fora indevidamente apontado como partícipe de um esquema de corrupção encabeçado pelo então Governador do Distrito Federal, J.R.A. Pontuara que, segundo o teor da conversa estabelecida entre os réus, o aludido esquema de corrupção contava com a participação do Governador do Distrito Federal e de 4 parlamentares. Asseverara que fora indevidamente apontado como um dos parlamentares integrantes do esquema, que supostamente lhe estaria garantindo a percepção de propina no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) mensais.

Ressaltara que aludido diálogo, que teria sido gravado pelo primeiro réu, fora difundido e ganhara grande repercussão nos meios de comunicação, o que acabara por afetar sua vida pública e os atributos da sua personalidade. Alegara que as acusações que lhe foram direcionadas, que caracterizam, em tese, a prática dos delitos de corrupção passiva (art. 317 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP), são inverídicas, assistindo-lhe o direito de obter compensação pecuniária destinada à reparação dos danos que lhe advieram, notadamente o desconforto psíquico que o atingira e os agravos dirigidos contra sua honra, imagem e reputação.

Aperfeiçoada a relação processual, os réus veicularam defesa[2] e o autor, em réplica[3], buscara afastar as alegações expendidas nas contestações, reprisando os argumentos deduzidos na peça de ingresso e pleiteando a condenação dos réus nos moldes reclamados.

---

1 – Petição inicial de fls. 02/13 e emenda à petição inicial de fls. 34/36.

2 – Contestação de fls. 54/59 e contestação de fls. 103/114.

3 – Réplica de fls. 118/122.

Facultada às partes a especificação das provas que pretendiam produzir, o autor acudira[4] ao despacho, requerendo o depoimento pessoal de ambos os réus e a oitiva do parlamentar H.E.A. Reagindo ao chamado judicial, o primeiro réu pugnara pela oitiva de 8 (oito) testemunhas e pela expedição de ofícios ao Departamento da Polícia Federal e ao PMDB-Nacional a fim de que instruíssem o processo com documentos[5]. De seu turno, o segundo réu não apresentara qualquer requerimento voltado à produção de novas provas[6].

Através de decisão prolatada em 4 de outubro de 2011, a produção de prova oral e de expedição de ofícios para requisição de documentos fora indeferida, ao argumento de que os autos já estavam guarnecidos com elementos suficientes à formação do convencimento judicial, afigurando-se inteiramente inócua a dilação probatória[7].

Irresignado, o autor interpusera, tempestivamente, agravo retido[8], pleiteando a designação de audiência de instrução e julgamento e a colheita da prova oral que vindicara. Argumentara que, a despeito de os documentos que guarnecem os autos convergirem no sentido do deferimento do pedido que formulara, a produção da prova oral que postulara seria importante para afastar qualquer dúvida sobre os pontos controvertidos da lide. Asseverara que, com o depoimento da testemunha que arrolara, poderiam ser prestados esclarecimentos acerca da sua atuação como parlamentar, bem como poderia ser comprovado que as imputações que lhe foram endereçadas não possuem um mínimo de amparo fático.

Cumprido o itinerário procedimental sob essa moldura, sobreviera sentença[9], que, ao fundamento de que o primeiro e o segundo réus não foram os responsáveis pela divulgação na mídia da conversa que mencionava a participação do autor num mecanismo de recebimento de propina, julgara improcedente o pedido, condenando o autor no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 1.000,00 (hum mil reais) para cada um dos réus.

---

4 – Petição de fl. 126.

5 – Petição de fls. 127/129.

6 – Certidão de fl. 130.

7 – Decisão interlocutória de fl. 131/132.

8 – Agravo retido de fls. 135/139.

9 – Sentença de fls. 162/169.

Inconformado com o desate da lide, o autor apelara[10] postulando, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido que interpusera em face da decisão que indeferira a dilação probatória que reclamara, defendendo, pois, o acolhimento do inconformismo e a consequente cassação da sentença de forma a lhe ser assegurada oportunidade para produzir a prova oral que requestara.

Na hipótese de não se afigurar viável o acolhimento da irresignação declinada no corpo do agravo retido, pugnara pela reforma da sentença e acolhimento do pedido formulado na inicial. Como lastro da pretensão reformatória, reprisara os fatos e argumentos declinados na peça de ingresso e rechaçara as razões de decidir adotadas pela ilustre sentenciante. Asseverara que, diferentemente do entendimento adotado na instância de origem, os réus devem reparar as lesões causadas aos atributos da sua personalidade, independentemente de terem ou não promovido a divulgação nos meios de comunicação do diálogo que noticiara sua participação em esquema de corrupção havido no Governo de J.R.A..

Argumentara que, embora todo cidadão seja livre para expressar suas opiniões, ainda que o faça reservadamente, pode e deve ser responsabilizado pelas informações que produz, sobretudo quando inverídicas. Arguíra que, a par de não corresponder à realidade, a conversa travada pelos réus tivera grande repercussão na mídia. Sustentara que ambos os réus concorreram para o malferimento da sua honra, imagem e reputação, devendo ser condenados no pagamento de indenização por danos morais, pouco importando se foram eles ou não que divulgaram o teor do diálogo que o atingira.

Frisara que a conduta dos réus fora decisiva para a violação dos atributos da sua personalidade, pois se eles não o tivessem apontado como partícipe de um sistema de recebimento de propina e não houvessem promovido a gravação da conversa que firmaram, nenhuma lesão ao seu patrimônio moral teria sido gerada. Anotara que o segundo réu fora o responsável pelas gravações e que assumira o risco do vazamento das informações ao disponibilizar o seu conteúdo à polícia com o viso de colaborar com as atividades investigativas que vinham sendo realizadas na "Operação Caixa de Pandora". Ressaltara que o primeiro réu, a seu turno, também

10 – Apelação de fls. 173/181.

deve ser qualificado como autor do ilícito por ter realizado infundadas acusações contra sua pessoa na conversa estabelecida com o primeiro réu.

Regularmente intimado, o segundo réu contrariara o apelo, pugnando, em suma, pelo seu desprovimento[11]. O primeiro réu também ofertara contrarrazões[12] ao recurso de apelação manejado pelo autor, defendendo a rejeição da pretensão reformatória agitada.

O apelo é tempestivo, está subscrito por advogado devidamente constituído, fora regularmente preparado e corretamente processado[13].

É o relatório.

VOTOS

Des. Teófilo Caetano (Relator) – Cabível, tempestivo, preparado e subscrito por advogado devidamente constituído, satisfazendo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conheço do apelo.

Cuida-se de ação de indenização de danos morais, subordinada ao procedimento comum ordinário, aviada por E. C. da C. em desfavor de A. D. C. F. e D.B.R., objetivando o recebimento da importância de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como compensação dos danos morais que lhe teriam advindo, em virtude das ofensas que os réus teriam direcionado à sua pessoa em conversa particular que teria ganhado ampla divulgação na mídia, afetando gravemente sua honorabilidade e imagem pública.

Aperfeiçoada a relação processual e cumprido o itinerário procedimental, em meio ao qual o autor interpusera agravo retido contra a decisão interlocutória que indeferira a produção da prova oral que reclamara, sobreviera sentença, que, ao fundamento de que o primeiro e o segundo réus não foram os responsáveis pela divulgação na mídia da conversa que mencionava a participação do autor num mecanismo de recebimento de propina, julgara improcedente o pedido, condenando

11 – Contrarrazões do segundo réu de fls. 187/193.

12 – Contrarrazões do primeiro réu de fls. 196/205.

13 – Instrumento de mandato de fl. 15 e guia de preparo de fl. 182.

o autor no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 1.000,00 (hum mil reais) para cada um dos réus.

Inconformado com o desate da lide, o autor apelara postulando, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido que interpusera em face da decisão que indeferira a dilação probatória que reclamara, defendendo o acolhimento do inconformismo e a consequente cassação da sentença de forma a lhe ser assegurada oportunidade para produzir a prova oral que requestara. Na hipótese de não se afigurar viável o acolhimento da irresignação declinada no corpo do agravo retido, pugnara pela reforma da sentença e acolhimento do pedido formulado na inicial.

Considerando que o apelante reclamara o conhecimento do agravo retido que interpusera no curso processual, antes do exame do mérito deve ser elucidado. Em que pese a irresignação agitada no agravo retido, o exame cuidadoso dos autos revela que a colheita das provas orais aventadas pelo apelante é inteiramente dispensável. Com efeito, os fatos dos quais derivam a pretensão indenizatória são incontroversos, pois não subsiste dúvida da subsistência do diálogo reputado ofensivo pelo apelante e de que foram os apelados que o protagonizaram. Em contrapartida, a prova oral não seria apta a evidenciar quem fora o difusor da conversa e, sobretudo, evidenciar que estamparia ofensas ao apelante.

Em suma, os fatos dos quais derivam a pretensão emergem dos autos, não demandando sua apuração qualquer dilação probatória. Sob essa realidade, a emoldura-ção dos fatos e apreensão se são aptos a conduzirem ao desiderato almejado pelo apelante traduz matéria exclusivamente de direito, demandando simples trabalho hermenêutico. Conseguintemente, não sobejando fatos passíveis de serem elucidados através de prova oral, o julgamento antecipado da lide traduz imperativo legal coadunado com o devido processo legal, que não se compatibilizada com a realização de diligências e provas inúteis. Alinhados esses argumentos, desprovejo o agravo retido formulado pelo apelante, passando a examinar o mérito.

Consubstancia verdadeiro truísmo que a Constituição Federal resguarda a liberdade de expressão e de informação e, em contrapartida, direito de resposta proporcional ao agravo e indenização por dano moral ou à imagem (CF, art. 5º, IV, V, IX, X e XIV e art. 220). Esses princípios, ao invés de ensejarem colisão de direitos, são modulados e passíveis de subsistirem no mesmo patamar. Assim é que, resguarda-

da a liberdade de expressão, de pensamento e de informação, somente o abuso no seu exercício é que, exorbitando a proteção conferida aos direitos da personalidade, enseja a qualificação de ofensa à honorabilidade do atingido pela informação, determinando a caracterização do dano moral. No caso vertente, contudo, não se vislumbra qualquer excesso na conduta dos apelado passível de ensejar o deferimento da pretensão autoral.

Por um lado, deve-se reconhecer que ressoa incontroverso nos autos que, em conversa travada entre o primeiro e o segundo apelados, objeto de gravação realizada por iniciativa deste último, o apelante fora citado como participante de um esquema de corrupção que, supostamente, lhe garantia a percepção ilícita de R$ 100.000,00 (cem mil reais) mensais. Conquanto não se possa desconsiderar a gravidade da imputação direcionada à pessoa do apelante, não se afigura viável a responsabilização dos apelados. Vejamos.

Em relação ao primeiro apelado, não se pode desconsiderar que afirmara que o apelante vinha recebendo propina no importe de R$ 100.000,00 (cem mil reais) mensais. Essa circunstância, contudo, não justifica sua condenação. Em primeiro lugar, deve-se ter bem presente que o diálogo estabelecido entre os réus fora travado em ambiente extremamente reservado, que contava apenas com a presença dos interlocutores. Além disso, o primeiro réu não tinha conhecimento de que a conversa estava sendo gravada e sequer haviam indícios que o conduzissem a pensar que aquele rápido diálogo poderia ser gravado e posteriormente divulgado aos meios de comunicação.

Com efeito, a atuação do primeiro réu cingira-se a noticiar ao segundo réu fatos que eram do seu conhecimento e que, em tese, configuram crimes. Esse mero relato, sem cunho difamatório, proferido em ambiente extremamente restrito e direcionado apenas ao segundo réu, não caracteriza, por si só, ilícito algum à honra, imagem ou reputação dos envolvidos nas declarações. É que, para atingir os atributos da personalidade do atingido pela informação, a notícia necessariamente deve ganhar amplitude de modo a efetivamente macular sua honorabilidade. É verdade que, no caso, o diálogo havido entre os réus viera a ser divulgado pelos diversos meios de comunicação. Todavia, como já asseverado, o primeiro réu em nada colaborara para a difusão da conversa, pois não sabia e não tinha condições de saber que o diálogo estava sendo gravado, além do que, consumada a gravação,

não promovera, nem auxiliara a disponibilização do seu conteúdo aos meios de comunicação, que vieram a difundi-la.

Quanto ao segundo réu, deve-se reconhecer que fora o responsável pela gravação e entrega do seu conteúdo às autoridades competentes. Esses fatos, contudo, não autorizam sua responsabilização. Insta asseverar que não fora o responsável pela divulgação do teor da conversa em comento, pois sua conduta cingira-se à gravação do diálogo e entrega da mídia com o teor da conversa às autoridades policiais competentes para apuração do reportado. Conquanto, posteriormente, o conteúdo do diálogo tenha sido amplamente difundido e divulgado pelos variados meios de comunicação, por isso não deve ser responsabilizado o réu.

Essa apreensão se justifica porque a conduta do segundo réu não fora realizada com o escopo de denegrir a honra de ninguém; pelo contrário, objetivava apenas colaborar com as investigações policiais e a aplicação da lei penal, o que, diga-se de passagem, é louvável. Condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais, quando se afigura notório que apenas disponibilizara o teor da conversa às autoridades competentes, sem diligenciar no sentido de promover a divulgação do conteúdo do diálogo, representaria um desestímulo sem tamanho à louvável conduta que se orienta no sentido da promoção da justiça e da repressão dos crimes que assolam a sociedade, ressalvado que não se afirma a veracidade do reportado na gravação entregue às autoridades policiais. Outrossim, deve ser frisado que o segundo réu sequer mencionara a participação do autor no esquema de corrupção engendrado no Governo de J.R.A.; tal imputação origina-se de declarações feitas exclusivamente pelo primeiro réu, que, conforme pontuado, as fizera em ambiente privado e reservado.

Das considerações até aqui enunciadas sobeja, então, a certeza de que inexiste conduta praticada pelos réus passível de legitimar sua condenação por danos morais, sendo forçosa a conclusão de que o silogismo delineado pelos artigos 186 e 927 do Código Civil para o reconhecimento e deferimento da indenização perseguida pelo apelante não se aperfeiçoara. Como é perceptível, a pretensão autoral não merece acolhimento. Aliás, sob o emoldurado de conformidade com os elementos e fatos coligidos, sobeja que, a despeito do teor da conversa havida entre os réus, que viera a ser gravada e, em seguida, tornado pública, não se divisa ato

ilícito passível de lhes ser imputado, pois mantiveram o diálogo de forma reservada e não foram os responsáveis por sua difusão.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação interpostos pelo autor, mantendo incólume o ilustrado provimento arrostado.

É como voto.

Desa. Simone Lucindo (Revisora) – Com o Relator.

Des. Alfeu Machado (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer da apelação, conhecer e negar provimento ao agravo retido e negar provimento à apelação, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2009101009208-4
Relator – Des. Alfeu Machado
Primeira Turma Cível

EMENTA

Civil e processual civil. Ação declaratória. Apelação cível. Cessão de direito. Instrumento particular. Alegação de ter sido induzida a assinar página da cessão de direitos de imóvel. Acreditava tratar-se apenas de garantia dada à sua cunhada pelo empréstimo que havia feito. Não cabimento. Ciência de que se tratava de documento relativo à compra e venda de imóvel. Assinatura da recorrente na cessão de direitos e reconhecimento de firmas das partes em cartório extrajudicial. Inexistência de coação. Prazo decadencial. Quatro anos. Configuração. Alegação de ser analfabeta, possuindo apenas a terceira série primária, não possuindo nenhuma capacidade para compreender que no documento assinado pela mesma fazia menção sobre cessão de direitos e escritura de imóvel. Improcedência. Assinatura no documento. Alegação de não ter feito benfeitorias por não ter condições financeiras. Não cabimento. Não uso do imóvel por seis anos desde que recebeu o imóvel. Direito à moradia. Erro substancial ou vício de consentimento. Inexistência. Falta de comprovação. Art. 333, inciso I, do CPC. Reconvenção do réu/recorrido. Procedência do pedido. Acertada condenação da autora ao ressarcimento ao apelado/reconvinte. Sentença mantida.

1. A autora/recorrente não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, nos termos preconizados pelo do art. 333, I, do Código de Processo Civil, não provando a falsidade do documento noticiado, além de ter assumido que realmente assinou a última folha do documento particular de Cessão de Direitos.

2. A pretensão de anulabilidade do contrato de alienação celebrado pelo réu V.F. dos A., com a devida assinatura da autora/recorrente no documento de Cessão de Direitos, funda-se na ocorrência de decadência, nos termos do art. 178, inciso II, do CC/02, uma vez que decorreu mais de 4 (quatro) anos entre a celebração do negócio jurídico e o ajuizamento da ação declaratória em 20/10/2009 pela recorrente.

3. A teor do que dispõe o artigo 178, II, do Código Civil, "é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico". Conclui-se que o direito potestativo da autora de postular a anulação do negócio jurídico encontra-se fulminado pela decadência.

4. Frustrado o negócio de compra e venda do imóvel, impõe-se ao promitente vendedor proceder à devolução dos valores que lhe foram pagos a tal título, podendo haver compensação desses com os relativos à indenização devida pelo promitente comprador.

5. Se realmente a intenção da autora era ter sua casa própria e, com isso, sair do aluguel, não é crível que somente após 06 anos, contados da data em que recebeu o imóvel, venha tomar alguma providência visando exercer a posse sobre o bem. Registra-se que a requerente reside no Recanto das Emas/DF, cuja localidade não é muito distante do imóvel vindicado, o que reforça a tese de que ela somente não tinha tomado alguma providência para exercer a posse do bem porque já o havia vendido.

6. Não vislumbro a ocorrência de erro substancial na celebração do negócio jurídico, haja vista que presentes todos os elementos essenciais de validade, bem como porque ausente vício de consentimento da requerente quanto à venda do imóvel.

7. Não merece acolhimento tal irresignação, mostrando-se adequado o que foi determinado na r. sentença, porquanto reflete solução mais equilibrada para o caso.

8. APELO CONHECIDO E NEGADO provimento ao recurso para manter na íntegra a sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Alfeu Machado – Relator, Flavio Rostirola – Revisor, Teófilo Caetano – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer e negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação declaratória de nulidade de ato jurídico ajuizada por E. de S.S. em desfavor de V.F. dos A. e E.C.R. da S., em que a sentença JULGOU IMPROCEDENTES os pedidos descritos na inicial, ante a inexistência de erro substancial ou de vício de consentimento, JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO RECONVENCIONAL para condenar a requerida a RESSARCIR O RÉU/RECONVINTE no valor de R$ 2.000,00, acrescidos de correção monetária pelo INPC a partir do desembolso e incidência de juros legais de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação. Resolvo o mérito de ambas as demandas, nos termos do artigo 269, I, do CPC, CONDENOU a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do artigo 20, §§3º e 4º, do CPC. Todavia, ante a gratuidade de justiça concedida à fl. 21, SUSPENDEU a exigibilidade da cobrança, nos termos do artigo 12, da LAJ e EXORTOU a autora ao cumprimento voluntário da condenação que ora se impõe, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação da sentença, sob pena de incidência da multa prevista no art. 475-J, do CPC.

Adoto o relatório proferido pelo Juízo da 1ª. Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária de Santa Maria/DF, a seguir:

> (...) Trata-se de ação declaratória de nulidade de ato jurídico proposta por E. de S.S. contra V.F. dos A. e E.C.R. da S., por meio da qual pleiteia a declaração de nulidade de todos os atos que importam na compra e venda do imóvel situado na Quadra 120, Conjunto "X", Lote xx, Santa Maria/DF, em razão de vício de consentimento no negócio jurídico.
>
> Sustentou que seu companheiro (2º requerido) lhe induziu a assinar a cessão de direitos ora questionada, fazendo-a crer que se tratava apenas de uma garantia dada à sua cunhada pelo empréstimo de R$ 5.000,00, só vindo a tomar ciência de que na verdade se tratava de documento relativo à compra e venda do referido bem em 2009, quando o 1º requerido lhe procurou para que passasse a procuração para dar-lhe amplos poderes relativos ao imóvel, tanto que só reconhece a assinatura aposta na última página da cessão de direitos. Com a inicial vieram os documentos de fls. 08/14.

Nos termos da decisão de fl. 21, foi determinada a citação dos requeridos, bem como deferidos à parte autora os benefícios da justiça gratuita.

Citado, o 1º requerido apresentou contestação às fls. 35/39, por meio da qual sustentou a validade do negócio jurídico celebrado entre as partes, ante a contratação regular da compra e venda do imóvel, tanto que a cessão de direitos que atesta a celebração do negócio foi outorgado pela demandante na presença do serventuário do Cartório de Notas e Registro de Imóveis de Valparaíso/GO em 17/02/2005. Sustentou que pagou pelo bem a quantia de R$ 21.000,00 e nele erigiu benfeitorias, razão pela qual postula pela improcedência dos pedidos autorais.

Além disso, o 1º requerido apresentou reconvenção às fls. 50/56, por meio da qual aduziu que em 2009 negociou a venda do imóvel para terceiro pelo valor de R$ 69.000,00, tendo recebido R$ 10.000,00 de sinal e o restante receberia por ocasião da transferência do bem. Contudo, ao procurar E. e E. para que lhe outorgassem a procuração, aquele se prontificou em outorgá-la, ao passo que a demandante se negou ao argumento de que seu ex-companheiro lhe devia dinheiro, o que acarretou o desfazimento da referida venda, vindo, com isso, a sofrer prejuízos, porquanto além de ter que devolver o valor recebido como sinal, ainda teve que arcar com a comissão do corretor de imóveis, razão pela qual postulou pela condenação da requerente/reconvinda ao pagamento de R$ 30.000,00 por danos morais e R$ 2.000,00 por danos materiais.

O 2º requerido, apesar de devidamente citado, deixou passar o prazo para contestar.

Em réplica à contestação às fls. 73/75, a parte autora negou que tenha comparecido ao Cartório de Valparaíso/GO para outorgar a cessão de direitos ora questionada, sendo a assinatura aposta no referido documento reconhecida por semelhança pelo método de reconhecimento de firma, cujo procedimento não requer a presença da outorgante em cartório. No mais, refutou as teses lançadas na contestação e reafirmou os pedidos invocados na inicial.

A demandante também apresentou contestação à reconvenção às fls. 70/72, sustentando que a rubrica contida na primeira página da cessão de

direito é falsa e que devido o réu/reconvinte ter tomado posse do imóvel foi impedida de ocupá-lo, tendo, com isso, que passar a morar de aluguel, o que tem lhe acarretado sérias dificuldades financeiras, razão pela qual não há que se falar em indenização por danos morais e materiais.

Instados a especificarem as provas que pretendiam produzir (fl. 79), a parte autora postulou pela produção de prova testemunhal (fls. 81/82), ao passo que a parte requerida não se manifestou (fl. 85).

Em audiência, restou consignado que a controvérsia passa unicamente por exame pericial grafoscópico, sendo, por conseguinte, formulado quesito pelo Juízo, concedido prazo às partes para apresentarem os respectivos quesitos e assistentes técnicos, bem como concedido o prazo de 10 dias para que o 1º requerido juntasse aos autos a cessão de direitos original para viabilizar a realização da prova pericial (fls. 102/103).

Nos termos da certidão de fl. 119, as partes não se manifestaram sobre a apresentação de quesitos e indicação de assistentes técnicos.

Às fls. 126/127 foi proferida decisão convertendo o feito em diligência para produção de prova oral, bem como para que o 1º requerido comprovasse a condição de miserabilidade ou recolhesse as custas da reconvenção. Além disso, foram fixados os pontos controvertidos.

Durante a instrução processual foi inquirida uma testemunha arrolada pela parte autora e, ainda, foi considerado precluso o direito de o 1º requerido apresentar o original do instrumento de compra e venda, conforme fls. 136/137.

A parte autora apresentou alegações finais às fls. 139/140, postulando pela procedência dos pedidos iniciais, ao argumento de que restou provado nos autos, especialmente pela prova testemunhal, que os requeridos a ludibriaram.

O 1º requerido, por sua vez, apresentou alegações finais às fls. 142/148, aduzindo decadência do direito da autora, porquanto ultrapassado o lapso temporal de 4 anos contados da data em que a autora afirma ter sido induzida a erro, razão pela qual postulou pela improcedência do pedido inicial. Alternativamente, postulou pelo direito de retenção devido às benfeitorias que erigiu no imóvel. (...).

Inconformada a autora apelou às fls. 154/158. Disse que era companheira do apelado/E. que a induziu a assinar a última página da cessão de direitos de imóvel, acreditava tratar-se apenas de garantia dada à sua cunhada pelo empréstimo que ora havia feito, somente vindo a tomar ciência de que na verdade se tratava de documento relativo a compra e venda do bem em 2009, quando o primeiro requerido lhe procurou para que passasse procuração para dar-lhe amplos poderes relativos ao imóvel. Assumiu que realmente assinou a última folha do documento particular de Cessão de Direitos, porém nega ter comparecido ao Primeiro Serviço Notarial e Registral de Valparaiso/GO, apesar de ter assinado o referido documento. Assevera que na primeira página do documento particular de Cessão de Direitos consta assinatura falsa da autora/apelante e somente tem o carimbo do 8º Ofício de Notas do Gama/DF, não constando nenhum carimbo ou assinatura do Primeiro Serviço Notarial e Registral de Valparaiso/GO reconhecendo a assinatura aposta pela apelante naquela folha.

Aduziu que a testemunha ouvida em Juízo à fl. 137 disse ser a autora/apelante analfabeta, possuindo apenas a terceira série primária, não possuindo nenhuma capacidade para compreender que no documento assinado pela mesma fazia menção sobre Cessão de Direitos e Escritura de Imóvel. Ressaltou que viveu por anos com o segundo requerido morando de favor com seu filho na casa da sogra, nunca possuiu casa própria e nunca teve condições financeiras, nem mesmo de erigir qualquer benfeitoria no imóvel em questão, pois seu companheiro/apelado E. vivia sempre fazendo bicos, não possuindo um emprego fixo, necessitando sempre de ajuda de seus familiares.

Pontificou que o réu juntou documentos aos autos com o fim de prejudicar ainda mais a apelante, pois somente a procurou para requerer a procuração com poderes sobre o imóvel, em agosto de 2009 e o mesmo disse que teria vendido o referido bem em julho de 2009 e discorda que o corretor tenha direito de receber algum valor sobre eventual venda do imóvel, sem ter realmente intermediado a venda.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso para reformar a r. sentença pelo acolhimento de erro substancial ou vício de consentimento e quanto à reconvenção do réu/recorrido, seja julgada totalmente improcedente para excluir a autora da condenação de ressarcimento ao apelado/reconvinte.

Sem preparo em razão da concessão da gratuidade da justiça à fl. 21 e confirmada à fl. 151-verso.

Preparo regular (fl. 792).

Sem contrarrazões, conforme certificado às fls. 160 e 163.

Despacho de fl. 167 atendido à fl. 171.

É o relatório.

VOTOS

Des. Alfeu Machado (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, eis que tempestivo, cabível, sem preparo regular em razão da gratuidade da Justiça concedida e subscrito por advogado.

Ausentes prejudiciais de mérito e preliminares, analiso o mérito.

MÉRITO

Conforme relatado, a autora disse que era companheira do apelado/E. que a induziu a assinar a última página da cessão de direitos de imóvel, acreditava tratar-se apenas de garantia dada à sua cunhada pelo empréstimo que ora havia feito, somente vindo a tomar ciência de que na verdade se tratava de documento relativo a compra e venda do bem em 2009, quando o primeiro requerido lhe procurou para que passasse procuração para dar-lhe amplos poderes relativos ao imóvel. Assumiu que realmente assinou a última folha do documento particular de Cessão de Direitos, porém nega ter comparecido ao Primeiro Serviço Notarial e Registral de Valparaiso/GO, apesar de ter assinado o referido documento. Assevera que na primeira página do documento particular de Cessão de Direitos consta assinatura falsa da autora/apelante e somente tem o carimbo do 8º Ofício de Notas do Gama/DF, não constando nenhum carimbo ou assinatura do Primeiro Serviço Notarial e Registral de Valparaiso/GO reconhecendo a assinatura aposta pela apelante naquela folha.

Com efeito, a autora/recorrente não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, nos termos preconizados pelo do art. 333, I, do Código

de Processo Civil, não provando a falsidade do documento noticiado, além de ter assumido que realmente assinou a última folha do documento particular de Cessão de Direitos. É certo que não há necessidade de comparecimento no Primeiro Serviço Notarial e Registral de Valparaiso/GO, podendo o reconhecimento de firma ocorrer no cartório escolhido pelo pretendente, o que foi feito pelo réu/recorrido V., conforme atesta o reconhecimento de firma da autora E. de S.A., datado de 18/02/2005, constante de fl. 43.

A pretensão de anulabilidade do contrato de alienação celebrado pelo réu V.F. dos A., com a devida assinatura da autora/recorrente no documento de Cessão de Direitos de fl. 43, funda-se na ocorrência de decadência, nos termos do art. 178, inciso II, do CC/02, uma vez que decorreu mais de 4 (quatro) anos entre a celebração do negócio jurídico e o ajuizamento da ação declaratória em 20/10/2009 pela recorrente.

E, a teor do que dispõe o artigo 178, II, do Código Civil, "é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico". Conclui-se que o direito potestativo do autor de postular a anulação do negócio jurídico encontra-se fulminado pela decadência.

Destaco, por oportuno, precedente desta Corte no mesmo sentido:

> AÇÃO ANULATÓRIA. PERMUTA DE IMÓVEIS. ILICITUDE DO OBJETO NÃO CONFIGURADA. ERRO SUBSTANCIAL. DECADÊNCIA. ART. 178, II, CC/02. SENTENÇA MANTIDA. 1. No caso dos autos, as partes permutaram imóveis que se encontravam em situação de igualdade no referente à escrituração. Embora a posse do imóvel cedida à autora encontre-se pendente de regularização em relação à sua pessoa, o objeto do negócio jurídico entabulado entre as partes revela-se lícito, não se subsumindo à hipótese de nulidade absoluta do art. 166, II, do CC/02, de modo que não se aplica ao caso o enunciado do art. 169 do CC/02. 2. O direito de pleitear a anulação do negócio jurídico por erro substancial se sujeita ao prazo decadencial de quatro anos a contar da data em que realizado (art. 178, II, do CC/02). *In casu*, a presente ação anulatória foi ajuizada cerca de seis anos e meio após a celebração dos contratos que se pretende anular. Reconhecida a decadência do direito vindicado. 3. Recurso não provido. (Acórdão 515990, 20090910189340APC, Re-

> lator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 22/06/2011, DJ 01/07/2011 p. 149)

Destarte, a sentença que pronunciou a decadência do direito do autor de anular os negócios da permuta de imóveis não está a merecer reparos.

Nesse sentido, é o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça, *verbis*:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. PRAZO DECADENCIAL. QUATRO ANOS. 1. A teor do que dispõe o artigo 178, II, do Código Civil, "É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico". 2. Eventual alegação autoral de erro na formalização do negócio jurídico de cessão de direitos sobre imóvel deve ser formulada no prazo máximo de quatro anos, a contar da data de sua realização, sob pena de decadência. 3. Apelo conhecido e não provido. (Acórdão n.587473, 20090110544644APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/05/2012, Publicado no DJE: 24/05/2012. Pág.: 178)" G. N.

O artigo 145, do Código Civil, dispõe que "são os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa".

Sobre o conceito de dolo, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, como sendo: "o expediente ou estratégia astuciosa direcionada no sentido de induzir alguém à prática de um ato que lhe pode causar prejuízos, em benefício de quem realiza a ação intencional de engodo ou em benefício de terceiro a quem o ato viciado possa interessar" (*in* Código Civil Comentado, 4ª Edição, Ed. RT, pág. 267).

Ou seja, o dolo se apresenta na má-fé e na utilização de argumentos e artifícios maliciosos por alguém capaz de incutir no ânimo de um dos contratantes a prática de um ato que, sem esse ardil, não seria concretizado.

Para que o negócio jurídico seja anulado por dolo, Cezar Fiúza prevê a necessidade de três requisitos: "O primeiro é a intenção de prejudicar por parte de quem o pratica. O segundo diz respeito aos artifícios fraudulentos utilizados pela parte que age com dolo". Nesse ponto, o autor esclarece que os artifícios devem ser graves,

caracterizando o *dolus malus*. E continua, "o terceiro requisito de configuração do dolo reside no fato de que deve ser ele o motivo determinante da realização do ato. Em outras palavras, não fosse o dolo, o ato não se realizaria" (*in* Direito Civil, 11ª Edição, Ed. Del Rey, pág. 230).

Pela situação exposta nos autos, é possível concluir que a autora, apesar de ter negado a celebração do negócio jurídico de compra e venda do referido imóvel, nos termos da petição inicial, a versão dos fatos trazida por esta, noticia que concordou em assinar o instrumento de compra e venda apresentado pelo seu ex-companheiro, pensando tratar-se de documento dado como garantia de empréstimo contraído por aquele perante sua irmã (cunhada da parte autora), o que não justifica qualquer erro no negócio celebrado.

Por outro lado, o réu V. sustentou que errou por não ter pegado as procurações dos cedentes na mesma época em que foi outorgada a cessão de direitos, porém, afirmou que as provas contidas nos autos, em especial o documento de fls. 42/46, comprovam que o negócio jurídico foi celebrado obedecendo todas as formas prescritas em lei, inclusive quanto à outorga da requerente quanto à venda do imóvel. Desta forma, a autora somente não quis lhe repassar a procuração porque o réu E. não lhe repassou a parte que lhe cabia da venda do bem.

Nesse sentido, adoto como razões de decidir, a parte que merece destaque na r. sentença às fls. 150-verso e 151, *verbis:*

> (...) verifica-se que a parte autora nega peremptoriamente ter celebrado com os requeridos o negócio jurídico de compra e venda do referido imóvel, conforme se extrai da petição inicial. Nesse sentido, a versão dos fatos trazida pela autora noticia que concordou em assinar o instrumento de compra e venda apresentado pelo seu ex-companheiro, pensando tratar-se de documento dado como garantia de empréstimo contraído por aquele perante sua irmã (cunhada da parte autora).
>
> O 1º requerido (V.) sustentou que errou por não ter pegado as procurações dos cedentes na mesma época em que foi outorgada a cessão de direitos, porém, afirmou que as provas contidas nos autos, em especial o documento de fls. 42/46, comprovam que o negócio jurídico foi celebrado obedecendo todas as formas prescritas em lei, inclusive quanto à outorga da requerente

quanto à venda do imóvel. Além disso, afirma que a parte autora só não quis lhe repassar a procuração porque o 2º requerido não lhe repassou a parte que lhe cabia da venda do bem.

Compulsando os autos, **verifica-se que assiste razão ao 1º requerido, haja vista que a demandante reconhece como sua a assinatura aposta no documento representativo do negócio jurídico, bem como porque o carimbo contido à fl. 46 dá conta de que a assinatura da requerente foi aposta na cessão de direitos na presença do Escrevente e Sub-Oficial do Cartório do 1º Serviço Notarial e Registral de Valparaíso/GO, e não apenas reconhecida por semelhança, a exemplo das assinaturas dos requeridos contidas no referido documento** (fls. 43/46).

Ademais, como bem restou consignado na decisão de fls.126/127, o documento reconhecidamente assinado pela autora às fls. 43, ainda que não contenha as informações sobre a cessão de direito realizada, menciona sobre cessão de direitos e escritura do imóvel, ou seja, levando-se em conta que a requerente não é pessoa analfabeta e, ainda, que no documento consta referência à cessão de direitos e escritura de imóvel, não há como crer na versão da demandante de que erroneamente assinou o documento pensado que tratava de outra questão (garantia de empréstimo). (...)." G. N.

Verifico ainda, que o réu/vendedor V.F. dos A. restituiu o valor de sinal de compra e venda do imóvel, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme documento de fl. 47 com firmas reconhecidas deste e da compradora Cacilda da Silva Vilanova, em 02 de agosto de 2009.

Deveras, o recorrido juntou os documentos de fls. 42/49, os quais positivam que, de fato, além de ter comprovado o pagamento da comissão de venda do imóvel de sua propriedade, no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais) ao corretor P.R.P.C. – CRECI xxxx, 8ª Região, em 30 de julho de 2009, conforme recibos de fls. 49 e 66. Desta forma, correta a decisão do juízo singular pelo deferimento do pedido reconvencional do réu V. e a condenação da autora/reconvinda E. a ressarcir o réu/reconvinte no valor de R$ 2.000,00, acrescido de correção monetária pelo INPC a partir do desembolso e incidência de juros legais de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação e resolvido o mérito de ambas as demandas, nos termos do artigo

269, I, do CPC, condenando a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do artigo 20, §§3º e 4º, do CPC.

Nesse sentido é o entendimento desta eg. Turma Cível, *verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. OFENSA AOS ARTS. 128, 293 E 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR REJEITADA. OCUPAÇÃO INDEVIDA DE IMÓVEL. RELAÇÃO LOCATÍCIA RESCINDIDA. USO. VALOR. REFERÊNCIA. ALUGUEL ATUAL. **DANO MATERIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. NEGÓCIO FRUSTRADO. RESTITUIÇÃO DA PARCELA PAGA. CABIMENTO.** COMPENSAÇÃO. 1. Ainda que o jurisdicionado não haja sintetizado devidamente sua pretensão, quer seja ao final da exordial, da contestação ou mesmo da reconvenção, na forma de pedido explícito, apreender da narrativa dos fatos o que ele verdadeiramente busca, tutelando o direito que daí exsurge, não significa julgar além do pedido. Destarte, em sendo possível identificar facilmente a pretensão da parte e seu alcance, ainda mais quando nenhum prejuízo ao direito de defesa resta particularizado, o juiz, nessas circunstâncias, decide, sim, nos limites em que a lide é proposta. Entendimento contrário redunda em negativa de jurisdição. 2. Findo o contrato de locação, a permanência do locatário no imóvel sem promover qualquer contraprestação pelo seu uso não configura liberalidade do locador, mormente quando exsurge inconteste dos autos que tal situação deu-se em face de tentativa judicial frustrada de aquisição do bem e, portanto, em detrimento da vontade do proprietário, impondo-se ao ocupante resistente promover o devido ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa deste. 3. A indenização pelo uso gratuito de imóvel deve ter por base o valor de mercado do aluguel mensal, mostrando-se bastante razoável que tal importe seja calculado em 0,5% (meio por cento) do valor do bem. 4. O locatário ou promitente comprador que permanece durante anos no imóvel indevidamente, ao seu alvedrio, após extinto o permissivo contratual para tanto, equivale ao esbulhador, obrigando-se a indenizar o proprietário não apenas pelos danos materiais decorrentes do mau uso e conservação do bem, mas também pelo seu desgaste natural, tendo em vista a posse não consentida. 5. **Frustrado o negócio de**

> **compra e venda do imóvel, impõe-se ao promitente vendedor proceder à devolução dos valores que lhe foram pagos a tal título, podendo haver compensação desses com os relativos à indenização devida pelo promitente comprador** pela posse e uso gratuitos do bem no período e pelos danos materiais verificados. 6. **Recurso desprovido.** (Acórdão n.330183, 20060110685663APC, Relator: NÍVIO GERALDO GONÇALVES, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA**,** 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/11/2008, Publicado no DJE: 17/11/2008. Pág.: 56) G.

Razão também não lhe Assiste ao alegar que a testemunha ouvida em Juízo à fl. 137 disse ser a autora/apelante analfabeta, possuindo apenas a terceira série primária, não possuindo nenhuma capacidade para compreender que no documento assinado pela mesma fazia menção sobre Cessão de Direitos e Escritura de Imóvel e não ter construído no imóvel em questão, apesar de nunca ter possuído casa própria e não teve condições financeiras, nem mesmo de erigir qualquer benfeitoria no imóvel em questão, pois seu companheiro/apelado E. vivia sempre fazendo bicos, não possuindo um emprego fixo, necessitando sempre de ajuda de seus familiares. É certo que passados 6 (seis) anos desde o recebimento do imóvel em 2003 até o ajuizamento da ação declaratória em 20/10/2009, eis que se trata de interesse e necessidade primária do ser humano, quer seja, a moradia, não parecendo, portanto, ter sonhado tanto com seu próprio teto, sem sequer fazer acomodações para si e para sua família no referido bem.

Desta forma, decidiu com acerto o juízo singular à fl. 151, *verbis:*

> (...) A grande maioria das pessoas que possuem parcos recursos financeiros faz de tudo para obter um lote e, ao obtê-lo, tenta o mais rapidamente possível construir no local uma casa, ainda que precária, apenas para livrar-se de pagar o aluguel. Ora, se realmente a intenção da parte autora era ter sua casa própria e, com isso, sair do aluguel, não é crível que somente após 06 anos, contados da data em que recebeu o imóvel, venha tomar alguma providência visando exercer a posse sobre o bem. Registra-se que a requerente reside no Recanto das Emas/DF, cuja localidade não é muito distante do imóvel vindicado, o que reforça a tese de que ela somente não tinha tomado alguma providência para exercer a posse do bem porque já o havia vendido.

> À vista desses fatores, não vislumbro a ocorrência de erro substancial na celebração do negócio jurídico, haja vista que presentes todos os elementos essenciais de validade, bem como porque ausente vício de consentimento da requerente quanto à venda do imóvel. (...)."

Por tais motivos, não merece acolhimento tais irresignações, mostrando-se adequado o que foi determinado na r. sentença, porquanto reflete solução mais equilibrada para o caso.

ANTE O EXPOSTO, CONHECIDO O RECURSO, NEGO-LHE provimento para manter na íntegra a sentença recorrida.

É como voto.

Des. Flavio Rostirola (Revisor) – Com o Relator.

Des. Teófilo Caetano (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer e negar provimento, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2010011037581-6
Relator – Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior
Segunda Turma Cível

EMENTA

Ação de indenização. Danos morais. Senadora da República e presidente da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. CNA. Protesto de ativistas do *Greenpeace* nas dependências do Congresso Nacional. Direitos à inviolabilidade da honra e da imagem (artigo 5º, inciso x, da CF/1988) *versus* direitos à liberdade de manifestação do pensamento e direito ao meio ambiente (artigos 5º, inciso IV, 220 e 225, da CF).

1. A atuação política, contrária aos interesses e ao ponto de vista de ambientalistas e ecologistas no que se refere à derrubada de florestas para fins de produção agrícola, expõe os parlamentares a críticas, críticas estas que, no presente caso, se materializaram em manifestação por ativistas do Greenpeace nas dependências do Congresso Nacional.

2. A manifestação objeto da lide tratou de fatos de interesse público, ou seja, da aprovação da MP da Amazônia, que estava sob a relatoria da autora, Senadora da República, pessoa que, aos olhos dos ecologistas, defende o desmatamento sob o argumento de produção alimentar.

3. O emprego de expressões como "miss desmatamento" e "rainha do desmatamento" insere-se dentro do contexto narrativo da orientação política da apelada. Não houve, em nenhum momento, extrapolação da manifestação no Senado Federal ou das notícias divulgadas no sítio eletrônico da associação no sentido de denegrir a imagem da pessoa da autora. Não há falar, portanto, em abuso quanto ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que o movimento promovido pelo Greenpeace (aprovação da MP da Amazônia) versa tão somente sobre fatos de indiscutível interesse público. A utilização de expressões fortes, sarcásticas ou humorísticas teve o fim de captar a atenção da sociedade,

até porque, em manifestações e movimentos de cunho político, é corriqueiro o uso de expressões com certo grau de ironia, como forma de exarar uma crítica sobre os fatos noticiados. Não significa a intenção dolosa de denegrir a honra pessoal da autoridade pública. A liberdade de pensamento não pode ser tolhida, já que atende plenamente ao interesse da sociedade.

4. O agente público, ocupante de cargo eletivo, que exerce a política, como é o caso da requerente, está exposto a críticas, reportagens, notícias, charges e outras manifestações de opinião por parte dos mais diversos setores da sociedade. Tais acontecimentos são inerentes à atividade política e à vida pública e não podem ser equiparados à exposição da vida privada dos cidadãos que não exercem tais atividades. A manifestação de críticas e de juízos de valor, por parte dos meios de comunicação, no âmbito do tolerável, apresenta-se perfeitamente admitida, principalmente em se tratando de fatos de irrefutável interesse social.

5. Dessa forma, os termos "miss desmatamento" e "rainha do desmatamento" não dão ensejo a dano moral, uma vez que inexiste na faixa utilizada na manifestação, bem como nos dizeres do "blog" da associação, qualquer acusação direta de ilícito.

6. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Waldir Leôncio Lopes Júnior – Relator, J.J. Costa Carvalho – Revisor, Sérgio Rocha – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: dar Provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela ASSOCIAÇÃO CIVIL GREENPEACE contra a sentença de fls. 314-317, por meio da qual o MM. Juiz singular, nos autos da ação de indenização, por danos morais, ajuizada por K.R. de A., julgou proce-

dentes os pedidos iniciais para condenar a ré ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, em suas razões recursais (fls. 326-352), a apelante assevera que a manifestação promovida, em 2/6/2009, no Congresso Nacional, por três ativistas visou a chamar a atenção para a causa ambientalista, mais especificamente, contra a votação da Medida Provisória 458, de relatoria da autora/apelada, Senadora da República. Aduz que a manifestação não imputou qualquer fato ilícito ou desonroso à apelada, até porque esta reconheceu expressamente, em reportagem jornalística, a prática de ato de desmatamento, tendo-lhe sido aplicada multa.

Alega a ausência de fundamento da sentença, haja vista que o MM. Juiz não se atentou para a questão controvertida, qual seja, o fato de que o desmatamento, mencionado nas manifestações da apelante, é tido pela apelada como sendo legal e legítimo, sendo, portanto, contraditório alegar a imputação de crime quando a própria parte defende a tese contrária. Afirma que, diante da posição que a autora ocupa no cenário político e da discussão sobre a reforma do Código Florestal, ela deveria demonstrar a real intenção de sua conduta, isto é, se é a favor do desmatamento, não devendo dizer que a revelação pública dessa condição representa ofensa.

Afirma que a autora, nos termos do art. 333, I, do CPC, não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar que lhe teria sido imputada a prática de ato ilícito ou criminoso.

Defende que as suas manifestações têm amparo na liberdade de associação, manifestação do pensamento e defesa do meio ambiente, nos termos dos artigos 5º, IV, e 225 da Constituição Federal, e que a crítica feita adotou somente o viés político, ainda que dotado de tom humorístico. Colaciona julgados que entendem pelo descabimento de danos morais em casos de críticas políticas que contenham certo tom sarcástico.

Afirma que a sua manifestação deve ser considerada legítima por visar à defesa do meio ambiente, não havendo falar em dever de indenizar seja por ausência de ato ilícito, ausência de prejuízo ou por não ter sido atingido nenhum bem da esfera moral da apelada. Salienta que, ainda que a apelada tenha sofrido algum dissabor ou aborrecimento, tal fato não se mostra suficiente para caracterizar ofensa à honra ou à moral, capaz de gerar dano moral indenizável.

Assevera que, justamente por se tratar de pessoa pública (Senadora da República), a apelada está sujeita a sofrer mais interferência pública na sua esfera moral, sendo que a manifestação se deu exclusivamente em razão da função por ela exercida, enquanto relatora da MP 458, bem como por haver discordância de posicionamento político entre as partes. Afirma que a crítica se restringiu ao âmbito político, sem adentrar no âmbito pessoal.

Defende que as notícias vinculadas no seu "site" ou no "blog" tinham o cunho eminentemente informativo, não fazendo nenhuma alusão ofensiva à autora, a não ser para informar que esta assumiu a relatoria da MP 458 ou que faz parte da bancada ruralista.

Aduz que jamais imputou qualquer fato inverídico ou criminoso à apelada que, historicamente, possui posição contrária à preservação do meio ambiente e da biodiversidade, não havendo qualquer dever de indenizar.

Salienta que, caso não sejam acolhidas suas argumentações, o *quantum* de R$ 10.000,00 arbitrado pelo MM. Juiz singular deve ser reduzido para R$ 1.000,00, tendo em vista se tratar de organização civil, sem fins lucrativos, não possuindo recursos disponíveis que não sejam destinados à consecução de seus objetivos.

Por fim, requer o provimento do apelo para sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais e, subsidiariamente, a redução do *quantum* indenizatório para R$ 1.000,00.

Preparo à fl. 352.

Contrarrazões às fls. 358-367.

É o relatório.

VOTOS

Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior (Relator) – Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por K.R. de A. em desfavor de ASSOCIAÇÃO CIVIL GREENPEACE.

Narrou a autora, Senadora da República, que, em 2/6/2009, três ativistas da associação ré adentraram nas dependências do Congresso Nacional com o intuito de realizar um protesto contra ela em seu local de trabalho.

Os três ativistas do Greenpeace se apresentaram fantasiados de Senadora K.A. e de seus assessores, sendo que uma das ativistas tinha o rosto encoberto por uma máscara reproduzindo a face da autora, levava no peito uma faixa com os dizeres "Miss Desmatamento" e tinha nas mãos um machado de brinquedo. Os outros ativistas portavam motosserras e faixas associando o nome da requerente ao desmatamento ilegal da Amazônia.

Aduziu que a manifestação foi acompanhada de grande quantidade de jornalistas com a intenção de ampla divulgação do feito, o que deu às ofensas proporções ainda maiores.

Além disso, afirmou que a associação ré, antes e depois da manifestação, veiculara em seu "blog" diversas acusações que a vinculavam a atividades ilícitas, como grilagem, a invasão de terras e desmatamento, tratando-se de evidente menção desabonadora que fere diretamente a honra e a imagem da vítima.

Esclareceu que, na condição de Senadora da República e de Presidente da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, tem pautado a sua atuação pela defesa do fim do desmatamento, seja na Amazônia, seja em outras áreas de preservação brasileira.

Asseverou que não se trata de um debate de ideias ou de combate político ou ideológico de posições, mas de ataque constante deliberado a sua pessoa, voltado a atingir, por meio do deboche e de calúnia, a sua honra e a identificá-la com atividades irregulares e ilícitas no setor ambiental.

Requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais a serem arbitrados pelo Juízo.

O MM. Juiz singular julgou procedentes os pedidos.

Recorre a ASSOCIAÇÃO CIVIL GREENPEACE.

Esse é o resumo da lide no que necessário.

Ab initio, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo retido de fl. 283-289, o qual pende de julgamento.

Cumpre ressaltar que o agravo retido foi devidamente reiterado nas razões recursais, nos termos do art. 523, §1º, do Código de Processo Civil.

O agravo foi interposto em razão da decisão de fl. 279-281, que decretou a aptidão do feito para sentença no estado em que se encontrava, sem dilação probatória. Para uma melhor compreensão, transcrevo a decisão recorrida:

> Trata-se de eventual dano moral, que se existente efetivamente, foi cabalmente documentado nos autos, sendo desnecessária a produção de quaisquer outras provas.
>
> Há investigação de domínio oficial da vigilância legislativa documentada e provas emprestadas pela Justiça Federal Comum, tudo elucidando os fatos.
>
> A questão de direito não necessita de prova e a questão fática quando documenta afasta a hipótese de dilação desnecessária e não provoca cerceamento de quaisquer natureza ou partes.
>
> (...)
>
> Assim sendo, a dilação probatória inútil é procrastinação que visa apenas retardar a prestação da tutela jurisdicional, tudo em desrespeito à EC 45.
>
> Posto isso, decreto a aptidão do feito para sentença no estado em que se encontra.
>
> Oportunamente, voltem-se, devidamente certificados para tanto.

Alegara a agravante cerceamento do seu direito de defesa por ter o MM. Magistrado entendido ser desnecessária a produção de prova oral, anteriormente deferida. Aduzira que o Magistrado violou a regra do artigo 471 do CPC, que estabelece a preclusão *pro judicato*, pois não poderia ter deferido e, posteriormente, em razão do grande número das testemunhas indicadas ou da dificuldade na oitiva das mesmas, indeferir.

Do artigo 471 do CPC realmente se extrai regra jurídica dirigida à atividade do juiz vedando a re-análise de questões já decididas, *in verbis*:

> Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide salvo:
>
> I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão que foi estatuído na sentença;
>
> II – nos demais casos previstos em lei.

Trata-se, pois, da preclusão *pro judicato* atribuída ao magistrado, que objetiva afastar das relações jurídicas e do processo a incerteza, a insegurança quanto às etapas já superadas, bem como limitar a duração do processo, conferindo-lhe celeridade e obstando a prática de atos procrastinatórios ou arbitrários.

No caso em análise, todavia, a aplicação deste instituto não deve ser analisada de forma isolada, pois a decisão agravada diz respeito à questão probatória, em que a lei processual atribui ao juiz o poder de agir de ofício, nos termos do artigo 130 do CPC: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Os poderes instrutórios conferidos ao magistrado pela norma extraída do art. 130 do CPC não o sujeitam à preclusão, podendo, de ofício, determinar a produção dos atos necessários e indeferir os inúteis. Não há, pois, falar em cerceamento de defesa como alegado pela agravante.

Nesse sentido já manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. ART. 420, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. SÚMULA 7 DO STJ. IMPRENSA. DANO MORAL. DECADÊNCIA. ART. 56, DA LEI 5.250/67. INAPLICABILIDADE. INDENIZAÇÃO. VALOR ARBITRADO. ART. 159, DO CC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Não há qualquer ilegalidade, nem cerceamento de defesa, na hipótese em que o juiz, verificando suficientemente instruído o processo e desnecessária a dilação probatória, indefere o pedido de produção de prova pericial, nos termos do art. 420, parágrafo único, do CPC. (...). (STJ,

> REsp 276.002/SP, Relatora. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 28.11.2000, DJU 5/2/2001, p. 109)
>
> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 471 DO CPC. PRODUÇÃO PROBATÓRIA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ALINHA COM O POSICIONAMENTO DO STJ. DESPROVIMENTO. 1. Em se tratando de instrução probatória, não incide para o Juiz, presidente do processo, a preclusão, tal qual é aplicada em relação às partes. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 978.628/GO, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 6/5/2008, DJe 2/6/2008)

Como registrado pelo STJ, tal orientação se justifica pelo fato de que o juiz é o verdadeiro destinatário da prova, a qual visa a lhe formar o convencimento, pelo que a ele cabe avaliar a necessidade de produção de cada um dos meios probatórios indicados pelas partes, indeferindo aqueles que forem desnecessários, sob pena de se atentar contra o princípio da economia processual.

De toda forma, *in casu*, os documentos que instruem os autos mostraram-se suficientes para o deslinde da controvérsia, sendo certo que a produção de prova oral e testemunhal em nada contribuiria para a solução da lide.

Pelo exposto, conheço do agravo retido e nego-lhe provimento.

A demanda proposta tem por objeto o reconhecimento da existência de dano moral decorrente de manifestação do Greenpeace, em que uma das manifestantes tinha o rosto encoberto por uma máscara reproduzindo a face da requerente e levava no peito uma faixa com os dizeres "miss desmatamento".

In casu, a autora pretende obter tutela judicial para fazer prevalecer os direitos à inviolabilidade de sua honra e imagem, na forma do artigo 5º, inciso X, da CF/1988. Já a ré pretende a preservação de seu direito à liberdade de manifestação do pensamento e direito ao meio ambiente, protegidos pelos artigos 5º, inciso IV, 220 e 225, da CF.

Evidentemente, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, que pode gerar a chamada colisão de direitos fundamentais.

Uma vez verificada a ocorrência de colisão de direitos, consiste a resolução na ponderação dos bens jurídicos envolvidos, almejando a solução do conflito com o sacrifício mínimo dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais em jogo, devendo o intérprete, para tanto, utilizar-se dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da razoabilidade.

Segundo Gilmar Mendes (*in* Colisão de direito fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Informativo Consulex, 25 out. 1993), no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar as normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Diante de uma colisão de direitos fundamentais, deve-se evitar restrições *a priori* sobre um dos direitos envolvidos, pois somente o exame do caso concreto poderá justificar tal providência. Desse modo, apenas mediante análise da manifestação realizada pelos ativistas do Greenpeace e das matérias veiculadas em seu sítio eletrônico torna-se possível o alcance da solução mais adequada para a demanda. O princípio da proporcionalidade se mostra um forte aliado nessa tarefa, especialmente por determinar a ponderação dos bens a serem protegidos.

É certo que, à época da referida manifestação nas dependências do Congresso Nacional, estava em debate no Senado Federal o Projeto de Lei de Conversão 9/2009, originário da Medida Provisória (MP) 458/2009, conhecida como MP da Amazônia, que permitiu a regularização de terras ocupadas na Amazônia, situadas em áreas da União.

A histórica atuação da autora em defesa dos agropecuaristas e do agronegócio, de certo, gerou a animosidade entre alguns ecologistas, principalmente, quando foi a relatoria da aludida MP da Amazônia atribuída à Senadora.

A orientação da autora em relação às florestas e ao desmatamento está demonstrada no documento de fls. 203-211, referente a pronunciamento no Senado Federal, em que defende a agropecuária e os produtores rurais, afirmando que "foi substituindo cobertura nativa, cobertura florestal por arroz, feijão, soja, milho, trigo, carne" que "conseguimos fazer com este País deixasse de ser subedesenvolvido para ser um grande país emergente" (fl. 205).

Em artigo publicado em 3/6/2009, um dia após a manifestação objeto da lide (fls. 82-83), a autora assim se manifestou:

> Um estatuto ambiental equilibrado, eficiente e prático é indispensável à segurança jurídica da atividade agropecuária e à sua própria responsabilização perante a sociedade. Tal segurança e responsabilização, porém, tornam-se inviáveis se mantida a legislação vigente, impossível de ser cumprida, pois impede a produção de alimentos em 71% do território nacional. Isso num país onde, infelizmente, 23 de milhões de pessoas ainda passam fome, segundo dados da ONU.

Já em notícia veiculada no sítio eletrônico Canal do Produtor, a autora, Senadora da República e Presidente da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), na sua palestra de abertura do 17º Agrinordeste, em Olinda, Pernambuco, enfatizou: "Apostamos no desmatamento zero da Amazônia, mas não podemos abrir mão da atual área de produção de alimentos do País, que ocupa hoje, 44% do território nacional, sendo os 56% restantes destinados à preservação das matas"[1].

Evidente que a sua atuação política, contrária aos interesses e ao ponto de vista de ambientalistas e de ecologistas no que se refere à derrubada de florestas para fins de produção agrícula, faria com que viesse a ser alvo de críticas, críticas estas que, no presente caso, se materializaram em manifestação por ativistas do Greenpeace nas dependências do Congresso Nacional.

A manifestação objeto da lide tratou de fatos de interesse público, ou seja, da aprovação da MP da Amazônia, que estava sob a relatoria da autora, Senadora da República, pessoa que, aos olhos dos ecologistas, defende o desmatamento sob o argumento de produção alimentar.

Oportuno reproduzir a informação veiculada pelo Canal Rural em que foi divulgada a opinião do Senador E.S., que esteve presente no momento da manifestação realizada pelos três ativistas do Greenpeace (fl. 61):

---

1 Disponível em: http://www.canaldoprodutor.com.br/comunicacao/noticias/senadora-katia-abreu-abre-17%C2%AA-edicao-do-agrinordeste-e-defende-desmatamento-zer. Acesso em: 24 abr. 2013.

Na opinião de S., "esse episódio poderia ser tratado com bom senso". A seu ver, a senadora K.A. poderia explicar aos manifestantes os pontos de vista que tantas vezes defende no plenário do Senado.

– A Senadora poderia explicar que ela não está querendo qualquer mal à Floresta Amazônica. Ela quer a produção de bens agrícolas, mas, ao mesmo tempo, preservando o meio ambiente – afirmou S.

Evidentemente, o fato de os ambientalistas defenderem o não desmatamento da Amazônia ao passo que a autora possui visão contrária ou, no mínimo, diferente no que se refere à necessidade de desmatamento para fins de produção alimentar, comporta variadas explicações, as quais admitem confirmações e desmentidos próprios de ambientes políticos, não cabendo a este Tribunal fazer qualquer juízo de valor acerca da licitude do desmatamento defendido pelas partes.

O emprego de expressões como "miss desmatamento" e "rainha do desmatamento" insere-se dentro do contexto narrativo do posicionamento político da apelante. Não houve, em nenhum momento, extrapolação da manifestação no Senado Federal ou das notícias divulgadas no sítio eletrônico da associação no sentido de denegrir a imagem da autora. Não há falar, portanto, em abuso quanto ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que o movimento promovido pelo Greenpeace (aprovação da MP da Amazônia) versa tão somente sobre fatos de indiscutível interesse público.

Se utilizou expressões fortes, sarcásticas ou humorísticas, foi logicamente para captar a atenção da sociedade, até porque, em manifestações e movimentos de cunho político, é corriqueiro o uso de expressões com certo grau de ironia, como forma de exarar uma crítica velada sobre os fatos noticiados. Não significa que tenha tido a intenção dolosa de denegrir a honra da autora. A liberdade de pensamento não pode ser tolhida nesse caso, já que atende plenamente ao interesse da sociedade.

Dessa forma, os termos "miss desmatamento" e "rainha do desmatamento" não dão ensejo a dano moral, uma vez que inexiste na faixa utilizada na manifestação, bem como nos dizeres do "blog" da associação, qualquer acusação direta de ilícito.

Os agentes públicos, ocupantes de cargo eletivo, que exercem a política, como é o caso da requerente, estão expostos a críticas, reportagens, notícias, charges

e outras manifestações de opinião por parte dos mais diversos setores da sociedade. Tais acontecimentos são inerentes à atividade política e à vida pública e não podem ser equiparados à exposição da vida privada dos cidadãos que não exercem tais atividades. A manifestação de críticas e de juízos de valor, por parte dos meios de comunicação, no âmbito do tolerável, apresenta-se perfeitamente admitida, principalmente em se tratando de fatos de irrefutável interesse social.

A respeito do homem público, destacou, com propriedade, o eminente Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar pedido de liminar em Mandado de Segurança:

> O homem público está na vitrina, é um livro aberto, e não se pode tomar a privacidade dele do modo como ocorre quanto aos cidadãos em geral. Presta contas, passo a passo, aos destinatários dos serviços a serem desenvolvidos, que, com isso, podem cobrar a necessária eficiência. (MANDADO DE SEGURANÇA 28.755, 28755 / DF – DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em 12/05/2010. DJe: 02/06/2010)

> Não se pode olvidar que a liberdade de manifestação do pensamento e a livre expressão dos meios de comunicação são fundamentos que amparam o Estado Democrático de Direito. O pleno exercício de tais direitos fundamentais protege a sociedade contra a opressão ideológica e as arbitrariedades políticas. Nessa esteira, constitui prerrogativa de uma nação livre e soberana o direito de obter informações e debater ideias conforme a consciência livre dos integrantes de seu povo.

Nesse passo, o douto pronunciamento da Desa. Nilsoni de Freitas, membro integrante desta Corte de Justiça:

É cediço que o direito à livre manifestação de pensamento e divulgação de informações é imprescindível ao desenvolvimento e crescimento do homem e de uma sociedade democrática. A liberdade de expressão, e, consectariamente, a de imprensa, são percebidas não apenas com relação ao indivíduo que as exerça, pretenda vir a exercê-las, mas em correlação à sua funcionalidade, que guarda incontornável perfil político e social. Ambas têm não apenas a finalidade pessoal como igualdade social. Em verdade, são garantias individuais, relativas à pessoa isoladamente considerada, mas que também protegem a sociedade contra a opressão, o

arbítrio, e é sob tal perspectiva que devem ser analisadas. Qualquer tentativa de restrição a liberdade de expressão de um indivíduo, apresenta um efeito perverso na coletividade, pois afeta, simultaneamente, também o direito do corpo social de receber informações e debater conceitos, idéias e propostas e processá-las conforme sua livre consciência. (20070110148902APC, Relator NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO, 5ª Turma Cível, julgado em 24/03/2010, DJ 08/04/2010, p. 201)

À luz dos fundamentos apresentados, não houve, no caso vertente, exercício abusivo da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, motivo pelo qual inexiste conduta ilícita imputável à requerida. Não há falar, portanto, em responsabilização civil da ré, porquanto ausente o requisito previsto nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo retido e NEGO-LHE PROVIMENTO; CONHEÇO DO APELO interposto pela ré para, reformando a sentença, julgar improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial.

Condeno a autora ao pagamento de custas e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais).

É o meu voto.

Des. J.J. Costa Carvalho (Revisor) – Com o Relator.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Dar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2010011063241-6

Relatora Designada – Desa. Nídia Corrêa Lima

Terceira Turma Cível

EMENTA

Direito civil e processual civil. Ação de improbidade administrativa. Preliminares: nulidade da sentença. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Nulidade do processo. Formação de litisconsórcio passivo. Desnecessidade. Mérito: membro do poder legislativo do Distrito Federal. Recebimento de vantagem ilícita em troca de apoio político ao poder executivo. Harmonia e coerência entre as provas produzidas nos autos. Ato de improbidade configurado. Indenização por danos morais coletivos. Cabimento. Penalidades. Gradação. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade observados. Indisponibilidade dos bens. Manutenção.

1. Verificado que o provimento jurisdicional exarado guarda estrita congruência com a pretensão deduzida na inicial, no que se refere ao período a ser observado para fins de cálculo do montante dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio da parte ré, não se encontra evidenciado o julgamento *extra petita*.

2. A Ação Civil Pública pode ser proposta individualmente contra cada um dos que tenham praticado o ato de improbidade administrativa, não se fazendo necessária a inclusão de todos os envolvidos no polo passivo da demanda.

3. Configura a prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inciso I, da Lei 8.429/1992, o recebimento de vantagem patrimonial indevida por parte de parlamentar da Câmara Legislativa do Distrito Federal, em troca de apoio político aos interesses do Poder Executivo do Distrito Federal.

4. O recebimento de vantagem patrimonial indevida, por membro do Poder Legislativo do Distrito Federal afeta a confiança depositada não apenas no parlamentar envolvido, mas sobretudo na Administração Pública, causando perplexidade em toda a sociedade, que se sente menosprezada e atingida negativamente em sua

honra e dignidade por tal conduta, o que impõe a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

5. Ao se dispor a receber vantagem financeira indevida, de forma reiterada e por longo período, o parlamentar atenta frontalmente contra os princípios democráticos republicanos, bem como contra a boa-fé e a moral da sociedade, devendo ser aplicadas em seu grau máximo as penalidades previstas no artigo 12, inciso I, da Lei 8.429/1992.

6. Evidenciado que ainda persiste a necessidade da medida de indisponibilidade de bens determinada em Ação Cautelar, não há como ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, de modo a liberar parte dos bens bloqueados.

7. Apelação Cível conhecida. Preliminares rejeitadas. No mérito recurso não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Mário-Zam Belmiro – Relator, Nídia Corrêa Lima – Revisora e Relatora Designada, Cesar Laboissiere – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Mário-Zam Belmiro, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminar, por unanimidade. Negar provimento ao recurso. Maioria, vencido o Relator. Redigirá o acórdão a Revisora, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de Maio de 2013.

RELATÓRIO

A discussão recursal refere-se a sentença[1] que, nos autos de ação cautelar e ação civil pública (*in simultaneus processus*), julgou, com base nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 (atos ímpobros) e 13 da Lei 7.347/85, procedentes os pedidos iniciais, condenando o réu (ex-Deputado Distrital): a) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio no importe de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais); b) a suspensão dos direitos políticos e proibição de ocupar cargo pú-

1 Fls. 969 e segs.

blico por 10 (dez) anos; c) ao pagamento de multa correspondente a três vezes o acréscimo patrimonial ilícito acima apontado; d) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo período de 10 (dez) anos; e, e) ao pagamento de danos morais no valor de R$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais).

O réu, em suas razões de apelo[2], argui as seguintes preliminares: a) julgamento *ultra petita*; b) indivisibilidade e indisponibilidade da ação em causa; c) existência de litisconsórcio necessário; e, d) causa de pedir baseada em prova ilícita. Quanto à questão de fundo, levanta as seguintes discussões: a) contradições no depoimento prestado por D.B.; b) inexistência de: b.1) violação aos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92; b.2) dano ao erário; b.3) qualquer ato que atente contra os princípios da Administração Pública; e, b.4) lesividade e ilegalidade necessárias para a imputação de atos de improbidade; c) indevida condenação ao pagamento de multa ou a redução do montante correspondente; e d) improcedência dos danos morais. Frente a todos esses aspectos, postula o réu o acolhimento das preliminares, com o julgamento do feito sem resolução de mérito. Em pleito eventual, pede provimento recursal com a reforma do julgado.

O Ministério Público local apresentou suas contrarrazões[3], nas quais refuta um a um os argumentos contidos na inicial, almejando o desprovimento do apelo.

O *Parquet*, na função de *custus legis*, formula parecer no qual se manifesta pela rejeição das preliminares e improcedência recursal[4].

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro (Relator) – Conheço do apelo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

---

2 Fls. 1031 e segs.

3 Fls. 1093 e segs.

4 Fls. 1158 e segs.

Conforme relatado, refere-se o apelo a cautelar e a ação civil pública nas quais, com base na Lei 8.429/92, se imputa ao agora apelante a prática de atos ímprobos previstos nos artigos 9º e 11 desse regramento.

O réu, em suas razões de apelo, aduz, preliminarmente, as seguintes questões: a) julgamento *ultra petita*; b) indivisibilidade e indisponibilidade da ação em causa; c) existência de litisconsórcio necessário; e, d) causa de pedir baseada em prova ilícita.

O pretenso julgamento *ultra petita*.

Acerca de tanto, eis o que afirma o recorrente, *verbis*:

> (...) o período anterior a agosto de 2006 não é objeto do pedido da inicial e não há qualquer causa de pedir do MPDFT neste sentido, isto porque, repita-se, a presente ação de improbidade tem por fundamento suposto mensalão que teria sido pago do período de agosto de 2006 até 27 de novembro de 2009.

O pleito formulado pelo *Parquet* local, quanto a tanto, foi o seguinte, *ad litteram*:

a) Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, equivalente ao montante de R$ 1.200.000,00 (...), tendo em vista que o réu recebeu R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por mês durante um período de quarenta meses – de agosto de 2006 até 27 de novembro de 2009 (...).

Esta a redação do dispositivo sentencial quanto a essa preliminar, *ad verbum*:

a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, (...), equivalente ao montante de R$ 400.000,00 (...) correspondente ao recebimento de quarenta parcelas mensais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), de acordo com a informação constante nestes autos (fl. 748) (...).

Frente a tanto, resta evidenciado que, independentemente do interregno apontado no pedido inicial e na sentença, ambos terminam por se reportar ao período de 40 (quarenta) meses. Em outros termos, há congruência entre o pedido inicial e o dispositivo sentencial, pois o réu foi, afinal, condenado ao pagamento de valores que correspondem a um período de 40 (quarenta) meses.

Aliás, a condenação, a despeito de se referir a um mesmo interregno, resultou fixada em montante menor do que aquele postulado pelo Ministério Público, ou seja, em R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), sendo que a respectiva condenação foi de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Desse modo, não há que se falar em sentença *ultra petita*, haja vista a clara congruência existente entre o dispositivo e o pedido, rejeito, portanto,a preliminar.

A alegada indivisibilidade e indisponibilidade da ação e a pretensa existência de formação litisconsorcial necessária.

O recorrente alega que o Ministério Público ao demandar apenas em razão de sua pessoa, terminou por violar os princípios da indivisibilidade e da indisponibilidade da ação, pois "não propôs a ação contra todos os agentes que suposta e alegadamente teriam praticado os atos de improbidade administrativa".

Além disso, assim sustenta o recorrente: "É incontroverso, pela natureza da relação jurídica, que a lide tem que ser decidida de modo uniforme para todas as pessoas envolvidas no suposto esquema de corrupção narrado pelo Ministério Público, pois, veja que a ação versa sobre um objeto indivisível".

Ora, com toda razão o *Parquet* ao salientar que "não deixou de denunciar quem quer que seja, por que não se trata aqui de ação penal privada, onde vigora o princípio da indivisibilidade, mas sim de ação civil pública de improbidade administrativa".

Nesse sentido, tendo restado claro que não houve qualquer escolha por parte do Ministério Público quanto aos envolvidos na operação policial denominada "Caixa de Pandora" – ao contrário, todos os envolvidos foram acionados judicialmente, conforme declaração inconteste do MP – , resulta ao desamparo a assertiva quanto à ofensa aos princípios da indivisibilidade e da indisponibilidade.

Quanto à assertiva referente à necessidade de formação litisconsorcial, também não se mostra plausível tal insatisfação. Com efeito, há a possibilidade clara, devido às circunstâncias fáticas de cada um dos envolvidos, que a sentença seja diversa em relação a cada um deles. Assim, resulta evidenciada a inexistência de obrigatoriedade da formação de litisconsórcio.

Destarte, não há como acolher a insatisfação sobre tais preliminares, motivo pelo qual as rejeito.

A pretendida ilicitude da prova.

O recorrente alega, em relação a tanto, que o fato de "um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua como causa obstativa desse meio de prova".

O que efetivamente se tem nos autos, quanto à questão probatória, é, conforme bem delimitado pelo douto sentenciante, "gravação ambiental na qual um dos interlocutores gravou a conversa mantida com o outro, sem o conhecimento deste".

Ora, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de voto exarado pelo eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca, já asseverou que a gravação de conversas "por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal, máxime se a ela se agregam outros elementos de prova".[5]

Essa compreensão é albergada por este egrégio Tribunal, conforme se vê do seguinte precedente, da lavra do eminente Desembargador George Lopes Leite, nestes termos:

3. Agravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo admissível lícita como prova no processo penal, especialmente como elemento indiciário que vem se agregar a outros elementos de convicção para formar o livre convencimento do Juiz.

De se ressaltar que há amparo para tanto também no excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se vê a seguir: "1. É lícita a prova produzida a partir de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação".[6]

Em face disso, uma vez mais, com razão o MP, ao salientar que "os vídeos gravados por D.B. classificam-se como gravação ambiental, dado que se trata de captação de

5 *Apud* Sentença guerreada, fl. 983.

6 RE 630944 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 25/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 16-12-2011 PUBLIC 19-12-2011.

imagens e de diálogos realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro".

Assim sendo, rejeito, de igual modo, tal preliminar, haja vista que não há qualquer ilicitude a contaminar a gravação levada a efeito pelo delator premiado (D.B.).

Com isso, rejeito ainda essa preliminar.

Ultrapassada a análise das preliminares acima destacadas, proceder-se-á ao enfrentamento do mérito.

MÉRITO

A primeira assertiva sobre a questão de mérito diz respeito a possíveis contradições no depoimento prestado por D.B.. Nesse sentido, argumenta o apelante que foi surpreendido com a apresentação do maço de dinheiro por aquele, pois pretendia apenas agradecer por empregos que lhe haviam sido disponibilizados por D. para pessoas que indicou.

Em resumo, afirma o recorrente que os fatos noticiados nos autos demonstram "tão somente a manipulação criada por D. para constranger políticos e empresários e negociar uma delação premiada, pois, na ocasião, como dito, já estava enfrentando dezenas de processo criminais".

Ora, malgrado tais aspectos, o fato é que a gravação ambiental contida nos autos comprova o recebimento de numerário por parte do recorrente.

Além disso, há o relatório produzido pela Diretoria de Inteligência Policial (DIP), da Polícia Federal, cuja leitura atenta revela a presença do ora apelante na lista de parlamentares locais destinatários das quantias mensalmente distribuídas.

Assim, no que diz respeito ao depoimento prestado por D.B., mostra-se pertinente a seguinte afirmação do Ministério Público: "a captação ambiental realizada com autorização do STJ, bem como as demais provas produzidas, estão em perfeita harmonia com tudo o que foi declarado pelo colaborador". Dessa forma, conclui: "Neste contexto de coerência e harmonia, os depoimentos prestados por D.B. e sua condição *sui generis* merecem relevo e credibilidade".

Com isso, é razoável concluir que as possíveis incongruências apontadas pelo recorrente não são suficientes para comprometer a certeza demonstrada pelos depoimentos contidos nos autos e a captação ambiental realizada pelo colaborador D.

Em outros termos, a coerência e harmonia em relação às provas produzidas nos autos são suficientes para ter por inconsistentes as alegadas contradições, sobressaindo desse arcabouço probatório a certeza de que o agora apelante teve participação clara no esquema revelado pela petição inicial.

O recorrente também alega que não houve violação à norma contida nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 e, nem tampouco, desprezo a princípios constitucionais referentes à Administração Pública.

Conforme acima salientado, restou comprovado o recebimento pelo apelante de vantagem indevida sem qualquer correspondência com os seus subsídios/vencimentos. Além disso, os autos revelam que a obtenção de tais quantias tinha clara relação de causalidade com o cargo de Deputado Distrital então ocupado pelo agora recorrente.

Com efeito, a vantagem patrimonial ilicitamente auferida pelo agora apelante, então Deputado Distrital, consiste nos valores recebidos, mensalmente, até a data da deflagração da referida operação policial, em troca de apoio político ao então candidato, e, depois de eleito, ao Governador J.R.A. Ou seja, o pagamento de quantia mensal, em troca de suporte político, teve início no período da campanha eleitoral tendo se estendido por vários meses depois do novo governo.

Acerca de tanto, cabe referir que, por meio de captação ambiental judicialmente autorizada, realizada em outubro de 2009, houve demonstração suficiente sobre o pagamento permanente de propina não só ao agora apelante, mas à base aliada do Governo junto à Casa Legislativa Distrital.

Em tal rumo, pode-se afirmar que, nas palavras do *Parquet*, "J.B. auferiu vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do mandato popular que lhe foi outorgado, caracterizando situação de flagrante enriquecimento ilícito".

Não há dúvida, portanto, que, por tais condutas, o recorrente também violou, à toda evidência, princípios constitucionais que estava obrigado a seguir enquanto agente público, notadamente em relação ao princípio da moralidade administrativa.

Por isso, comparece iniludível que a conduta do recorrente, revelada pelas provas constantes dos autos, permitem a tranquila conclusão de que ele se encontra enquadrado nas disposições legais contidas nos referidos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

O recorrente também argumenta que não houve dano ao erário, e, de igual modo, lesividade e ilegalidade.

Ora, conforme já salientado, há nos autos prova suficiente (gravações de áudio, vídeo, depoimentos, etc.) no sentido de que o apoio político ao Governo A. restou negociado não só no decorrer do mandato correspondente, mas, igualmente, em período de campanha. Além disso, resultou evidenciado que as somas que serviam para abastecer o pagamento das referidas "mensalidade" eram frutos de dinheiro desviado de contratos de prestação de serviços de informática prestado ao Governo local.

Desse modo, é certo que houve, sim, prejuízo ao erário e, também, lesividade e ilegalidade perpetrada pelo conjunto de pessoas (deputados distritais, servidores públicos, empresários, etc.) que se beneficiavam desse esquema de rapinagem do dinheiro público.

O apelante ainda se insurge contra a condenação que lhe foi imposta a título de danos morais. Nesse sentido, afirma que "a ação de improbidade administrativa se presta a buscar o ressarcimento do dano material causado ao erário. Não pode jamais ser utilizada na busca de um pseudo dano subjetivo".

Sobre o cabimento em si dos danos morais, cabe referir que o egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, havendo decidido que "não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal".[7]

De se ressaltar que a doutrina acerca do tema não destoa da compreensão jurisprudencial acima destacada. Veja-se, nesse sentido, o seguinte excerto da lavra de José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

7 REsp 960.926/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008.

> A alteração introduzida pela Lei 8.884/94 ao art. 1º, guarda, por conseguinte, perfeita harmonia normativa com o perfil constitucional relativo ao dano moral. Na verdade, a redação anterior, referindo-se a danos, já ensejaria a interpretação de que o termo abrangeria também o dano moral. Não obstante, para dirimir eventuais questionamentos, decidiu inserir expressamente no dispositivo a qualificação morais ao substantivo danos. Dessa maneira, o autor, na ação civil pública, postulará a condenação do réu a uma indenização em dinheiro, ou a uma obrigação de fazer ou não fazer, seja patrimonial ou moral o dano que tenha provocado como causa de sua responsabilidade.[8]

Com isso, resulta evidenciada a possibilidade de condenação em danos morais, conforme pleito efetivado na inicial pelo Ministério Público local.

No caso específico dos autos, conclui-se que os atos comprovadamente praticados pelo recorrente, consubstanciam conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. Sendo assim, torna-se desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou prejuízo ao Erário, estando a lesão à Administração Pública *in re ipsa*.

Quanto a isso, com razão o douto sentenciante ao assim ponderar, *ad litteram*:

A condenação do réu à composição de danos morais, na hipótese, cuidando-se de pretensão *in re ipsa*, justifica-se pela submissão da coletividade aos sentimentos de frustração concreta, impotência, extremo constrangimento e revolta, causados a todos pelo cometimento desses atos ímprobos, que contribuíram ainda mais, aliás, para conspurcar a imagem das instituições públicas do Distrito Federal, e, em especial, do Poder Legislativo da Capital da República.

O valor dos danos morais

Desse modo, tendo-se por viável a pretensão quanto aos danos morais e presente a sua efetiva ocorrência, cabe, ainda, verificar a questão do *quantum*, haja vista o pedido recursal de redução do valor estipulado em primeira instância: R$ 1.400,000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais), nos termos do artigo 13 da Lei 7.347/85.

---

8 *Ação Civil Pública*. Lúmen Júris, 6ª edição, 2007, p. 13-4.

No que tange ao *quantum* indenizatório, com razão o recorrente ao pretender a respectiva redução. Com efeito, o valor da indenização por dano moral deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que o valor sirva, ao mesmo tempo, para reparar o dano experimentado (função punitiva) e de prevenção para que o fato não se repita, de forma a atingir o seu caráter pedagógico em relação ao ofensor.

Por isso é que não comparece acertado, tendo-se em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estipular tal condenação em montante que, afinal, poderia levar o recorrente a estado de miséria, com dificuldade da própria subsistência.

Este egrégio Tribunal já decidiu nesse mesmo rumo, conforme se observa do excerto de ementa a seguir:

> (...) o valor da indenização por dano moral deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que o valor sirva, ao mesmo tempo, para reparar o dano experimentado e de prevenção para que o fato não se repita, de forma a atingir o seu caráter pedagógico em relação ao ofensor.[9]

Assim, comparecendo exacerbado o montante estipulado a tal título, notadamente em se considerando que, nos presentes autos, o recorrente já sofreu outras condenações de expressiva gravidade, torna-se necessário proceder ao devido decote. Com isso, a meu sentir, o valor fixado em primeira instância a esse título deve ser reduzido para R$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Em resumo, tendo por ocorrido o dano material, comparece adequada, para compensá-lo, a mitigação acima procedida.

O *quantum* referente à multa civil Por derradeiro, o recorrente ainda se refere à imposição de sanção pecuniária que lhe foi imposta no valor de R$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais), correspondente a três vezes à condenação em danos materiais. Nesse sentido, pede a extirpação dessa multa ou a redução do *quantum*.

A exemplo da fundamentação expendida em relação aos danos morais, resulta claro que o valor estipulado em primeira instância também se mostra bastante elevado, especialmente em se levando em conta que a participação do recorrente

9 Acórdão n.602401, 20060111236540APC, Relator: LEILA ARLANCH, Revisor: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2012, Publicado no DJE: 13/07/2012. Pág.: 137.

no quanto noticiado nos autos se restringiu a aderir ao esquema de corrupção. Os dirigentes de maior realce foram, ao que me parece, e em tese, o ex-Governador J.R.A., o Secretário de Governo J.G.M. e o Sr. D.B.

Em tal rumo, considerando essa participação menor, ainda que grave, é de se considerar que o importe fixado na sentença resultou extremamente penoso. Assim, considerando que a estipulação de multa deve ser maior para aquele tido como o "cabeça" da organização, é de se concluir que o valor estipulado na r. sentença – que corresponde ao limite máximo de vezes previsto na lei de regência – deve ser reduzido para quantia equivalente a duas vezes o acréscimo patrimonial obtido, ou seja, R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

A destinação das condenações em dinheiro

Por derradeiro, importa proceder, em relação às condenações em dinheiro acima discriminadas – acréscimo ilícito ao patrimônio, multa civil e danos morais – à especificação da destinação a ser dada aos respectivos valores.

Nesse sentido, em artigo[10] divulgado pela Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro[11], afirmou Emerson Garcia[12], *verbis*:

> (...) a indenização do dano moral causado à coletividade não deve reverter à pessoa jurídica lesada, tal qual preceitua o art. 18 da Lei 8.429/1992 em relação aos danos causados aos sujeitos passivos dos atos de improbidade. Apesar da unidade do ato ilícito, os seus efeitos devem ser vistos de forma bipartida, vale dizer, aqueles causados ao sujeito passivo do ato de improbidade e aqueles causados à coletividade, aplicando-se, em relação aos últimos, o disposto no art. 13 da Lei 7.347/1985 ("Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo...")
>
> Frente a tanto, é possível afirmar que as condenações em dinheiro, à exceção da indenização por danos morais, seguem o regramento previsto no artigo 18 da Lei 8.429/1992 (LIA), ou seja, devem ter como destinatária a pes-

10 Intitulado: *Improbidade Administrativa: Configuração e Reparação do Dano Moral.*

11 Vol. 12, 48, ano 2009, págs. 240 e seguintes.

12 Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico Políticas pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela mesma Universidade. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

soa jurídica lesada. Quanto à reparação moral deve-se obedecer ao quanto previsto no artigo 13 da Lei 7.347/1985. É dizer, o *quantum* correspondente destina-se a um fundo específico.

De todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso para, em reforma em parte do julgado, reduzir o *quantum* indenizatório referente aos danos morais e à multa pecuniária, respectivamente,para R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais). E, no que se refere à destinação dos valores das condenações empreendidas no r. *decisum*, determinar que:

a) em relação ao acréscimo ilícito ao patrimônio (R$ 400.000,00) e à multa civil (R$ 800.000,00) – esta devido a sua natureza acessória em relação ao acréscimo ilícito do patrimônio – deverão, nos termos do artigo 18 da Lei 8.249/92 (LIA), ser revertidos em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, *in casu*, o Distrito Federal;

b) no que se refere aos danos morais (R$ 300.000,00), estes deverão ser depositado em conta em nome do Juízo de origem, e, uma vez liquidado, transferido ao Fundo de Direitos Difusos (FDD), criado pelo Decreto 407/91 e pela Lei 9.008/95, em âmbito federal, sendo certo que o promovente da ação no DF é de instituição federal.

Quanto ao mais, é de se prestigiar o entendimento esposado no r. julgado, especialmente quanto aos honorários advocatícios, juros de mora e correção monetária.

É o meu voto.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Revisora e Relatora Designada) – Conheço do recurso, porquanto atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Consoante relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por R.C.B.J. em face da r. sentença exarada às fls. fls. 969/1.026 da Ação de Improbidade Administrativa 2010.01.1.063241-6 e às fls. 176/233 da Ação Cautelar 2010.01.1.063242-4.

Conforme relatado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS propôs Ação de Improbidade Administrativa em desfavor da ora apelante, por infração as disposições contidas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92.

Para tanto, o autor asseverou que, em depoimento prestado por D.B.R. ao Núcleo de Combate às Organizações Criminosas – NCOC/MPDFT, relatando a existência de cooptação de políticos do Distrito Federal, mediante o pagamento de somatório

em dinheiro, com a finalidade de obter apoio legislativo aos interesses de autoridade do Poder Executivo do Distrito Federal.

O autor afirmou que o réu, que exercia o cargo de deputado distrital, teria auferido ilicitamente, em razão de sua participação no referido esquema, a quantia mensal de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), no período compreendido entre agosto de 2006 até os três primeiros anos do mandato do então Governador J.R.A. Destacou que os valores recebidos ilicitamente pelo réu eram captados e repassados por D.B., mediante o desvio de recursos de procedimentos licitatórios promovidos por diversos órgãos do Poder Executivo do Distrito Federal.

O autor postulou, assim, a condenação do réu às seguintes penalidades, *verbis*:

a) Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, nos termos do art. 12, inciso I, da Lei 8429/92, equivalente ao montante de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), tendo em vista que o réu recebeu R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por mês durante um período de quarenta meses – de agosto de 2006 até 27 de novembro de 2009 – , data da deflagração da Operação Caixa de Pandora;

b) suspensão dos direito políticos por 10 anos;

c) Pagamento de multa civil, no valor de três vezes o valor do acréscimo patrimonial;

d) Proibição de contratar com o Poder Público, ainda que por meio de interposta pessoa, bem como prosseguir com os contratos que porventura em curso, receber benefícios fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos;

e) Proibição de ocupar cargos ou funções públicas pelo mesmo período de suspensão dos direitos políticos.

Em caráter sucessivo, pugnou pela condenação do réu às penas previstas no artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92, na gradação máxima prevista em lei. Postulou, ainda, a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais causados ao patrimônio público, no importe de R$ 4.354.080,00 (quatro milhões, trezentos e cinquenta e quatro mil e oitenta reais).

Após o regular processamento do feito, o d. Magistrado de primeiro grau, em sentença única, julgou procedente os pedidos na inicial da Ação de Improbidade Administrativa e da Ação Cautelar, nos seguintes termos, *verbis*:

> Forte nas razões acima enunciadas, sem prejuízo das demais ponderações a serem feitas na órbita criminal, julgo procedentes os pedidos iniciais nos autos 63241-6/10 e 63242-4/10, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, condenar o réu a (ao):
>
> a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, nos termos do art. 12, inc. I, da Lei 8429/92, equivalente ao montante de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) correspondente ao recebimento de quarenta parcelas mensais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), de acordo com a informação constante nestes autos (fl. 748), com a devida atualização monetária no período de recebimento, mês a mês, e acrescido de juros de mora a partir da citação do réu;
>
> b) suspensão dos direitos políticos do réu por 10 anos, e, por consequência, proibição de ocupar cargo público pelo mesmo período;
>
> c) pagamento de multa equivalente a três vezes o valor do acréscimo patrimonial ilícito obtido, no total de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), com juros e correção monetária a partir do trânsito em julgado da presente;
>
> d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia, pelo prazo de dez anos;
>
> e) pagamento de danos morais, nos termos da fundamentação supra, no montante de R$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais), a ser depositado em um fundo criado especialmente para esse fim, no âmbito do Distrito Federal, nos moldes do art. 13 da Lei 7347/85, consoante futura indicação a ser feita pelo MPDFT.
>
> O réu arcará ainda com o pagamento das custas processuais. Sem honorários.

Em suas razões de apelo, o réu argui preliminar de julgamento *ultra petita*, sob a alegação de que o e. Magistrado *a quo* teria calculado a perda de bens e valores com base em quantia recebida em período que não foi objeto da presente demanda. Suscitou, ainda, preliminar de nulidade do processo em virtude da observância de litisconsórcio passivo necessário, por força do princípio da indivisibilidade e indisponibilidade da ação de improbidade administrativa, que impõe a propositura da demanda contra todos os que praticaram os supostos atos de improbidade.

Quanto ao mérito, o réu alegou a ilicitude das provas que amparam a causa de pedir, por fundamentar-se em gravações de vídeo clandestinas. Destacou que as afirmações de D.B.R. apresentam contradições e que nenhuma das condutas que lhe foram imputadas caracteriza ato de Improbidade Administrativa.

Prosseguiu o apelante aduzindo que não houve enriquecimento ilícito de sua parte ou dano ao erário e assinalou que não ficou configurada a prática de ato atentatório contra os princípios da Administração Pública. Por fim, alegou não haver motivos para sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Conheço do recurso de apelação, porquanto atendidos os pressupostos de admissibilidade.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA

O réu/apelante alegou que a r. sentença padece de nulidade, eis que foi exarado provimento jurisdicional *ultra petita*, por ter o d. Magistrado sentenciante se referido a período não abrangido pelo pedido inicial, para fins de cálculo do montante da vantagem patrimonial que teria sido auferida ilicitamente.

Sem razão o apelante.

O julgamento *ultra petita* somente pode ser reconhecido nas hipóteses em que o magistrado, excedendo os limites traçados pelo pedido deduzido pela parte ré, defere tutela jurisdicional em quantidade superior à da vindicada na inicial.

De fato, nos termos do artigo 460, *caput*, do Código de Processo Civil "É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

No caso em apreço, o MINISTÉRIO PÚBLICO pleiteou, na inicial da demanda, a condenação do réu à "Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, nos termos do art. 12, inciso I, da Lei 8429/92, equivalente ao montante de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), tendo em vista que o réu recebeu R$ 30.000,00 (trinta mil reais) **por mês durante um período de quarenta meses – de agosto de 2006 até 27 de novembro de 2009** – , data da deflagração da Operação Caixa de Pandora" (grifo nosso).

O d. Magistrado sentenciante, ao julgar procedente o pedido inicial, condenou o réu à "**perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio**, nos termos do art. 12, inc. I, da Lei 8429/92, **equivalente ao montante de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) correspondente ao recebimento de quarenta parcelas mensais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais)**, de acordo com a informação constante nestes autos (fl. 748), com a devida atualização monetária no período de recebimento, mês a mês, e acrescido de juros de mora a partir da citação do réu" (grifo nosso).

Percebe-se, claramente, que a condenação do réu não se baseou em período diverso daquele apontado na inicial da demanda, pois foi levado em consideração o recebimento indevido de valores pelo período de 40 (quarenta) meses.

Na verdade, o d. Magistrado sentenciante referiu-se ao depoimento prestado à fl. 748 por D.R.B., apenas para justificar a fixação do valor recebido mensalmente pelo réu, não tendo sido imposta condenação em relação a período não indicado na inicial da ação.

Portanto, a r. sentença guarda inteira congruência com os limites da pretensão deduzida na inicial, razão pela qual não ficou configurado o julgamento *extra petita* alegado pelo réu/apelante.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO

O réu/apelante arguiu a nulidade do processo, tendo em vista a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, para que sejam incluídos todos

os agentes públicos que teriam praticado os atos de improbidade administrativa apontados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

A tese de litisconsórcio passivo necessário em ações de improbidade administrativa não apenas carece de fundamento legal, como é risível e agressiva aos interesses da sociedade, destinatária – não esqueçamos – das normas legais.

Ora, os casos de improbidade administrativa claramente não se enquadram na hipótese prevista no artigo 47, *caput*, do Código de Processo Civil – litisconsórcio unitário – e não há previsão legal específica estabelecendo a obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo mediante a inclusão de todos aqueles aos quais é imputada a prática de ato de improbidade.

Tampouco é do interesse público a obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo necessário em casos como este, uma vez que tal exigência poderia resultar em odiosa lentidão na solução do litígio.

A alegação de indivisibilidade e indisponibilidade da ação civil pública de improbidade administrativa, por seu turno, mostra-se improcedente.

Afinal, a Lei 7.347/85, aos dispor sobre a Ação Civil Pública, não condiciona a validade das sentenças ao ajuizamento de demanda unitária contra todos aqueles que eventualmente tenha praticado o ato de improbidade administrativa.

Ao contrário, a referida norma deixa claro que o Ministério Público possui certa margem de discricionariedade quanto ao momento oportuno para o ajuizamento da ação civil pública, em razão da necessidade de investigação prévia dos fatos e colheita de provas que instruirão a inicial.

Ademais, há notícia nos autos de que o autor está adotando medidas para ajuizar ação civil pública contra todos os envolvidos nos atos de improbidade denunciados pelo ex-Secretário de Assuntos Institucionais do Distrito Federal, D.B.R.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade do processo.

MÉRITO

Quanto ao mérito, tenho que, de igual modo, a pretensão recursal não merece acolhimento.

O MINISTÉRIO PÚBLICO imputa ao réu a prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, *caput*, inciso I, da Lei 8.429/1992, por haver auferido vantagem patrimonial indevida, em troca de apoio político ao então candidato a governador do Distrito Federal J.R.A.

O dispositivo legal invocado pelo autor apresenta a seguinte redação, *verbis*:

> Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

O MINISTÉRIO PÚBLICO alegou, ainda, que a conduta do réu também se amolda à previsão contida no artigo 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, segundo o qual "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições".

Ao discorrer a respeito das disposições contidas no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, Francisco Octavio de Almeida Prado (*In* Improbidade Administrativa, Malheiros Editores, 2001, p. 127/128), assim deixa assinalado, *verbis*:

> O *caput* do art. 9º indica o núcleo essencial de todos os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Esse núcleo envolve, necessariamente, a auferição de vantagem patrimonial indevida pelo agente público em razão do exercício de suas atribuições, quer seja ele exercente de mandato, cargo, emprego, função ou atividade nas entidades públicas ou assemelhadas, referidas no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

> Para a configuração do enriquecimento ilícito não é necessária a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na Administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial.
>
> (...)
>
> É em harmonia com o enunciado do *caput* que se hão de interpretar todas as hipóteses enunciadas nos 12 incisos a seguir definidos como casos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Todas as figuras definidas nos incisos envolvem, necessariamente, um agente público, na acepção do art. 2º da Lei de Improbidade, e uma vantagem patrimonial indevida – vale dizer ilícita, vedada expressa ou implicitamente por lei. (grifo nosso)

In casu, o acervo probatório constante dos autos é coerente e harmônico no sentido de que o réu, de forma reiterada, recebia ilicitamente quantias em dinheiro diretamente da testemunha D.R.B., em troca de apoio político na Câmara Legislativa do Distrito Federal.

No vídeo juntado à fl. 35, o réu é visto recebendo pacotes de dinheiro das mãos da testemunha D.R.B. e protagonizando o triste evento que ficou nacionalmente conhecido como a "oração da propina".

O laudo pericial elaborado pela Polícia Federal acostado às fls. 281/288 é claro ao atestar que não há indícios de edição no vídeo em questão, de forma que as imagens vistas demonstram o recebimento de numerário por parte do réu, entregues por D.R.B.

A prova em questão não foi obtida de modo ilícito como afirma o apelante, uma vez que se trata de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, que vem sendo amplamente admitida como instrumento probatório pela jurisprudência inclusive do colendo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, nos seguintes termos, *verbis*:

> AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, §3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação am-

> biental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220 – PP-00589 RJSP v. 58, 393, 2010, p. 181-194)

No depoimento prestado em Juízo às fls. 747/749, a testemunha D.R.B. fez as seguintes declarações a respeito da origem e da finalidade do pagamento de valores ao réu/apelante, *verbis*:

> Inquirida pelo Meritíssimo Juiz, respondeu: **que ratifica integralmente os depoimentos já constantes nos autos às fls. 95/99 e 100/115; que confirma a veracidade das imagens produzidas nos vídeos em que o depoente aparece entregando dinheiro ao Sr. R.C.B.J., bem como a que demonstra o depoente e o demandado na companhia de terceira pessoa participando de uma oração; que o dinheiro entregue ao demandado veio dos contratos de informática firmados pela CODEPLAN**; que desde o ano de 2003 o depoente vinha coordenando a arrecadação junto às empresas de informática que mantinham contrato com o Governo do DF para pagamento de propinas; que o *modus operandi* dessa atividade é muito similar ao que foi noticiado no programa Fantástico da Rede Globo no domingo dia 18 de março; que no dia da imagem em questão foi entregue ao demandado a quantia de R$ 5.000,00; que a partir do ano de 2003 começou a ser fomentada a campanha do Sr. J.R.A. ao Governo do DF; que naquela oportunidade os Deputados B.T., O.A., E.B. e F.S. estavam a apoiar a candidatura do Sr. J.R.A. ao Governo, sendo certo que o Sr. R.C.B.J., a Sra. E.P., o Sr. L.P. e o Sr. F.B. preferiam o candidato P.O.; **que o depoente recebeu orientação advinda do então candidato J.R.A. para que seduzisse o Sr. R.C.B.J., F.B. e L.P. para que apoiassem a candidatura do então pretenso candidato J.R.A.; que a sedução que seria procedida a esses deputados "seria pelo bolso", ou seja, consistia no pagamento de mesadas para os referidos deputados; que houve ainda a orientação pelo pretenso candidato Sr. J.R.A. no sentido de que o valor não fosse pago de uma só vez, mas que o valor mensal fosse fracionado para intensivar os necessário contatos com os aludidos Deputados; que em relação ao então Deputado Distrital Sr. R.C.B.J. ficou convencionado**

o pagamento mínimo no valor de R$ 10.000,00 mensais, sendo certo, contudo, que o depoente chegou a pagar-lhe até R$ 20.000,00 por mês naquele período; que entregou ao Sr. R.C.B.J. quantias mensais, obedecido o critério já citado acima, desde o início do ano de 2003 até o mês de dezembro de 2006, além de contribuir para doações para a realização de eventos religiosos; que não pode afirmar se o Sr. R.C.B.J. recebia dinheiro de outros emissários do GDF; que a ocasião da filmagem da segunda imagem já mencionada pelo depoente em que foi feita uma oração, diz respeito a solicitação do depoente de comparecimento do Sr. L.P. ao seu gabinete para tratar de "extorsões de empresários"; que melhor esclarecendo os fatos, o Sr. L.P. participava de licitações públicas, com suas empresas, mas acabava por praticar extorsão com os demais concorrentes; que especificamente no dia da reunião retratada na imagem onde foi feita a oração, o tema do diálogo dizia respeito à solicitação do Sr. L.P. feita a uma empresa do Paraná para que pagasse ao Sr. L.P. o valor correspondente a 5% do quantitativo total do contrato a ser firmado para que ele L. não causasse embaraços ao certame licitatório em questão; que a presença do Sr. B. naquele episódio explica-se pelo fato de que o deputado B. era mais arrojado que o Sr. L.P. e que por isso vinha sendo "usado" por este em suas negociações, além do que o Sr. L.P. e o Sr. R.C.B.J. eram parceiros; que não sabe quais circunstâncias que motivaram a oração feita pelo Sr. R.C.B.J. naquela ocasião; que no diálogo constante na degravação de fls. 455/458 a conversa girou em torno do pedido feito pelo Sr. R.C.B.J. para que o depoente indicasse um formato que desse mais retorno financeiro ao Sr. B., explicando melhor, negócios onde ele pudesse obter mais proveitos ilícitos procedentes de propina; que a frase "na área de comunicação tem muita coisa", se refere ao fato de que a área de comunicação do Governo conta com vultosas quantias para gasto; que em verdade a afirmação contida na frase já mencionada é no sentido de que a área de comunicação seria propícia para celebração de negócios de onde o demandado poderia auferir vantagens ilícitas; que a frase constante à fl. 455 onde está escrito "isso é pra mim?", obtendo como resposta do depoente "isso aqui e ainda não esqueci do outro", "deve ter sido" em consequência do modo de pagamento que era precedido pelo depoente, pois geralmente era em duas vezes a

cada mês; que no diálogo em questão foi afirmado que o demandado não poderia buscar recursos na área de informática, pois esta já era controlada pelo ora depoente, sendo certo que também não poderia obter recursos operando os contratos de obras públicas porque essa área era controlada pessoalmente pelo então Governador A.

Dada a palavra ao Promotor de Justiça, às suas perguntas respondeu que: (...) que quase toda semana o Sr. R.C.B.J. passava no gabinete do depoente a partir do ano de 2003 até 2006; que não sabe dizer a quantia que foi efetivamente entregue ao Sr. R.C.B.J. no período de 2003 a 2006, informando, no entanto, tratar-se de quantia vultosa; que no diálogo já mencionado e constante na degradação às fls. 455/456 tratava-se em verdade de um esquema de recebimento de valores envolvendo dinheiro público; **que o Sr. R.C.B.J. tinha pleno conhecimento da existência de um esquema de recebimento de propinas no Governo do DF e por isso foi até o depoente para solicitar ao depoente que arranjasse para o ora demandado "uma fórmula para ganhar dinheiro"; que o Sr. R.C.B.J. tinha plena consciência de que o dinheiro que ele vinha recebendo era fruto da prática de ilícito; que além da entrega de dinheiro o depoente arrumou emprego para pessoas indicadas pelo Sr. R.C.B.J. e também realizou contribuições para eventos religiosos; que em virtude do recebimento das quantias já mencionadas, o Sr. R.C.B.J., enquanto deputado, sempre se alinhou às proposições de interesse do governo do DF à exceção das ocasiões em que criava empecilhos ;** (...). (grifos nossos).

O réu/apelante afirma que o depoimento prestado por D.R.B. não é digno de crédito, em virtude da existência de contradições.

A tentativa de desqualificação do depoimento prestado por D.R.B. não merece acolhimento, uma vez que se trata de testemunha com amplo conhecimento dos fatos narrados na inicial, à qual foi concedido o benefício da delação premiada na forma prevista na Lei 9.807/1999.

Ademais, em todo o curso do processo, inclusive na oportunidade da oitiva da referida testemunha, foi assegurado ao réu o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Cumpre ressaltar que as supostas contradições no depoimento prestado por D.B. não tem o condão de menoscabar as demais provas existentes nos autos, eis que a prova testemunhal colhida se mostra harmônica com os demais elementos de prova produzidos nos autos, em especial o vídeo realizado e o relatório elaborado pela Diretoria de inteligência Policial, do Departamento de Polícia Federal, acostado às fls. 537/540, que demonstram, de forma contundente, que o réu/apelante participou do esquema de corrupção denunciado por D.B. e descrito na peça inicial.

Em sua percuciente análise a respeito da conduta do réu, o d. Magistrado sentenciante assim deixou assinalado, *in literis*:

> Com efeito, o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, assim preceitua, *verbis*:
>
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...) O mote dos dispositivos transcritos acima consiste, decerto, em estabelecer a obrigatoriedade de cumprimento, por todos aqueles que exerçam função pública, das regras e princípios que delineiam o dever de atuação segundo os preceitos da legalidade e moralidade, isso sem olvidar do respeito e consideração em relação àqueles a quem os agentes políticos detentores de mandato eletivo devem servir, no caso, a população do Distrito Federal.
>
> A atuação do réu no vergonhoso episódio relatado nestes autos constitui, portanto, séria afronta aos ditames que orientam a vida profissional e pessoal dos integrantes da valorosa Câmara Legislativa do Distrito Federal. Com efeito, a hipótese em estudo consiste em examinar se o réu estaria, ou não, submetido às reprimendas do artigo 12 da Lei 8.429/92, por transgressão ao disposto no art. 9º, *caput* e art. 11, *caput*, da Lei 8429/92.
>
> No caso estritamente considerado nestes autos, a dinâmica retratada na causa de pedir descrita na inicial aponta para a efetiva transgressão das normas aplicáveis à espécie, já acima destacadas, de modo doloso. Assim sendo, resta demonstrada a prática, pelo réu, dos fatos previstos, em tese, nos artigos destacados precedentemente.

Portanto, em face da eloquente coerência e harmonia existente entre as provas produzidas nos autos e as imputações constantes da peça de ingresso, considero devidamente demonstrado o recebimento de vantagem patrimonial ilícita por parte do réu/apelante, em troca de apoio político ao então candidato a Governador do Distrito Federal J.R.A., no período indicado na inicial.

Tal conduta se amolda perfeitamente à tipificação prevista no artigo 9º, *caput*, inciso I, da Lei 8.429/1992, devendo o réu ser responsabilizado pelo ato de improbidade administrativo praticado, na forma estabelecida no artigo 12, inciso I, do mesmo diploma legal.

O réu/apelante sustenta que não seria cabível a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, eis que inexistente a comprovação de prejuízo à coletividade.

A meu ver, os fatos narrados na inicial e devidamente comprovados nos autos se mostram suficientes para caracterizar o dano moral coletivo, diante do abalo causado à credibilidade da Administração Pública do Distrito Federal e a toda a sociedade local, pois se trata de evento de extrema gravidade que ganhou repercussão nacional nos diversos meios de comunicação.

A respeito do cabimento de indenização por danos morais coletivos, decorrentes de atos de improbidade, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*In* Improbidade administrativa". 6.edição Editora Lumen Juris, p. 536/537), tecem as seguintes considerações, *verbis*:

> Além do dano não-patrimonial de natureza objetiva, é importante perquirir a possibilidade de o ato de improbidade causar um dano não-patrimonial de natureza subjetiva (dor física e moral). Sendo evidente que a pessoa jurídica não pode sofrer uma dor moral, o prisma de análise há de ser deslocado para a coletividade, que efetivamente poderá experimentar um sofrimento com o dano a bens jurídicos de natureza não-econômica.
>
> (...) Na modernidade, o direito deixa de ser visto como panaceia do indivíduo e assume a funcionalidade de fator de integração e pacificação social, daí a crescente importância atribuída à tutela coletiva de interesses patrimoniais ou puramente morais.

> A Lei 8.429/92, como temos defendido, não se destina unicamente à proteção do erário concebido como patrimônio econômico dos sujeitos passivos dos atos de improbidade, devendo alcançar, igualmente, o patrimônio público em sua acepção mais ampla, incluindo o patrimônio moral.
>
> (...) Por último, observa-se que a indenização do dano moral causado à coletividade não deve reverter à pessoa jurídica lesada, tal qual preceitua o art. 18 da Lei 8.429/1992 em relação aos danos causados aos sujeitos passivos dos atos de improbidade. Apesar da unidade do ato ilícito, os seus efeitos devem ser vistos de forma bipartida, vale dizer, aqueles causados ao sujeito passivo do ato de improbidade administrativa e aqueles causados à coletividade, aplicando-se, em relação aos últimos, o disposto no art. 13 da Lei 7.347/1985.

De fato o recebimento de vantagem patrimonial indevida, por membro do Poder Legislativo do Distrito Federal, em troca de apoio político, afeta a confiança depositada não apenas no parlamentar envolvido, mas sobretudo na Administração Pública, causando perplexidade em toda a sociedade, que se sente menosprezada e atingida negativamente em sua honra e dignidade por tal conduta.

Neste sentido, Fábio Medina Osório, (*In* Teoria da improbidade administrativa, Editora RT, p. 308/312), discorre com bastante propriedade acerca dos efeitos deletérios decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, em especial a violação de valores relevantes da sociedade, tais como a legitimidade do poder político e à crença no regime democrático e nas instituições, nos seguintes termos, *verbis*:

> Os elementos conectados ao financiamento e sustentação econômica e política do Estado, enquanto conjunto de órgãos destinados a prover direitos fundamentais da coletividade, indicam um sólido suporte aos mecanismos de combate à improbidade. Toda improbidade, portanto, pressupõe uma agressão aos direitos fundamentais, tanto se vier a expressar-se pela má gestão pública em modalidades de corrupção, grave desonestidade funcional ou grave ineficiência funcional, não importa. O problema não é apenas econômico, como se fosse pouco, mas de legitimação do próprio Estado, cujos parâmetros de atuação deveriam resultar voltados à satisfação da cidadania, na esfera pública.

> (...) A improbidade administrativa de uma alta autoridade pública ocasiona deterioração mais intensa dos valores democráticos. Nesse sentido, quanto maior é o status do *improbus*, mais perniciosos serão os efeitos de sua atitude.
>
> (...) Não deixa de ser correto, sem embargo, aduzir que o *status* do ímprobo e o escândalo que seu comportamento venha a produzir são fatores que impactam ainda mais negativamente os direitos fundamentais em jogo, porquanto deterioram valores associados à democracia e à cultura republicana. O descrédito gerado nas instituições públicas por condutas transgressoras, protagonizadas por altas autoridades da República, abala com maior intensidade direitos fundamentais dependentes de um Estado legitimado eficiente e democrático.
>
> O certo é que todos os fatores envoltos nas variações analíticas, com relação à diversidade de tipos de improbidade administrativa e seus sujeitos, podem repercutir lesão dos direitos fundamentais.

Assim, a gravidade dos fatos narrados na inicial e os efeitos nocivos decorrentes da conduta do réu, ao receber verbas ilícitas para viabilizar o apoio político ao Governo do Distrito Federal, impõe a sua condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais coletivos causados à sociedade na forma estabelecida na r. sentença recorrida.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. (...) 3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal. 4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa. 5. (...) 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (Resp 960.926/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/03/2008, DJe 01/04/2008)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE PÚBLICO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ARTIGO 9º, INCISO I, DA LEI 8.429/92. AFERIÇÃO. FATO ILÍCITO FILMADO E REPRODUZIDO EM ÁUDIO E VÍDEO. ILÍCITO INCONTROVERSO. TIPIFICAÇÃO. QUALIFICAÇÃO. SANÇÕES. IMPUTAÇÃO. (ART. 12, INC. I). DANO MORAL COLETIVO. PATRIMÔNIO MORAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. QUALIFICAÇÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. (...) 3. A tipificação e punição do ato de improbidade administrativa, na moldura do legalmente delineado, têm como finalidade derradeira a preservação dos direitos fundamentais difusos assegurados aos administrados de contarem com uma administração pública proba, honesta e eficiente, os quais encontram ressonância nos princípios constitucionais que pautam a atuação administrativa – legalidade, moralidade, impessoalidade publicidade e eficiência (CF, art. 37) – , emergindo que, violados os deveres de probidade, moralidade e legalidade inerentes à função pública ante a utilização do cargo público como instrumento para a obtenção de vantagem econômica ilícita, o fato transcende a pessoa do agente, afetando a incolumidade moral da administração e dos gestores públicos, determinando a qualificação do dano moral coletivo. 4. A subsunção da conduta em que incorrera o agente na tipificação legal de ato de improbidade administrativa determina que seja sancionado na exata tradução da repugnância pautada pelo legislador ao ato em que incorrera, e, tendo o fato em que incidira exorbitado sua pessoa, pois retratado em áudio e vídeo como inerente a verdadeira organização infiltrada no âmbito da administração pública local com especialização na angariação e distribuição de vantagens pecuniárias ilícitas, maculando a credibilidade e confiança dos administrados em face da administração e dos gestores públicos, enseja a qualificação do dano moral coletivo, determinando que, além das sanções ordinárias, seja condenado a compensá-lo em importância aferida em ponderação com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. (...) 7. Apelações conhecidas. Desprovida a do réu. Provida parcialmente a do Ministério Público. Unânime. (Acórdão n.589489, 20100110697267APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/05/2012, Publicado no DJE: 29/05/2012. Pág.: 91)

> O montante arbitrado pelo d. Magistrado sentenciante se mostra adequado e proporcional à gravidade e a extensão do dano moral causado à coletividade, não havendo motivo para que seja determinada a redução pretendida pelo apelante;

O réu/apelante insurge-se, ainda, quanto à gradação das penalidades impostas pelo d. Magistrado sentenciante, aduzindo que não foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, eis que foram impostas penas no grau máximo previsto no artigo 12, inciso I, da Lei 8.429/1992.

De fato, nos termos do parágrafo único do artigo 12 da lei 8.429/1992, prevê que "Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente".

Neste sentido, transcrevo a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (*In* Direito Administrativo Descomplicado, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, Editora Impetus, 15ª edição, pág. 155):

> O postulado da proporcionalidade é importante, sobretudo, no controle dos atos sancionatórios, especialmente nos atos de polícia administrativa. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório deve corresponder, deve guardar relação de proporcionalidade com a lesividade e gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma sanção severa. (grifo nosso)

A mesma linha de raciocínio perfilha Marino Pazzaglini (In Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Editora Atlas, 1ª edição, 2002, pág. 123/124). Confira-se:

> Pois bem, os princípios constitucionais interligados da razoabilidade e proporcionalidade, de natureza implícita, que esclarecem e instruem o princípio constitucional maior e primário da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral.
>
> (...) Deduz-se desses princípios que a imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível,

apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano (material e moral) causado por ele.

A meu ver, o d. Magistrado sentenciante, ao estabelecer as penalidades aplicáveis ao réu observou adequadamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A respeito das cominações a que estão sujeitos os responsáveis pelo ato de improbidade administrativa, a Lei 8.429/1992 assim estabelece, *verbis*:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei 12.120, de 2009)
>
> I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;
>
> II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;
>
> III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O ato de improbidade praticado pelo réu apresenta extrema gravidade, uma vez que se trata de membro do Poder Legislativo do DF, eleito para fiscalizar os atos do Poder Executivo local, e defender os interesses dos cidadãos.

In casu, não se trata de um único ato de improbidade administrativa, mas de uma conduta reiterada, adotada pelo réu por muitos anos, que somente cessou após as denúncias feitas pela testemunha D.R.B., devendo tal circunstância ser levada em consideração para fins de imposição das penalidades cominadas pela Lei 8.429/1992.

Ao se dispor a receber, de forma reiterada, vantagem financeira indevida, por longo período, em troca de apoio político aos interesses do Poder Executivo, o réu atentou frontalmente contra os princípios democráticos republicanos, bem como contra a boa-fé e a moral da sociedade, e demonstrou total desprezo aos cidadãos do Distrito Federal, devendo a reprimenda ser aplicada em seu grau máximo, tanto no que se refere à multa aplicada, quanto ao período de suspensão dos direitos políticos e à proibição de contratação com o Poder Público.

Pelas razões expostas, REJEITO AS PRELIMINARES E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, mantendo íntegra a r. sentença.

É como voto.

Des. Cesar Laboissiere (Vogal) – Com Revisor.

DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar, por unanimidade. Negar provimento ao recurso. Maioria, vencido o Relator. Redigirá o acórdão a Revisora.

APELAÇÃO CÍVEL

2010051001244-3
Relator – Des. José Divino de Oliveira
Sexta Turma Cível

EMENTA

Direito civil. Consumidor. Reparação de danos. Cirurgia estética. Insucesso. Comprovação. Danos morais e estéticos. Indenização. Cabimento.

1. Em se tratando de cirurgia estética, a responsabilidade civil decorrente de prestação de serviços médicos é subjetiva com culpa presumida, porquanto o médico assume obrigação de resultado, de sorte que, havendo insucesso, a responsabilidade do profissional é presumida.

2. Comprovado que o procedimento cirúrgico contribuiu para piorar a aparência da paciente, cabível a indenização por danos morais e estéticos.

3. O valor da indenização deve ser determinado por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas, a natureza e a extensão do dano.

4. Negou-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, José Divino de Oliveira – Relator, Vera Andrighi – Revisora, Ana Maria Duarte Amarante Brito – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, em proferir a seguinte decisão: conhecidos. Desprovidos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 3 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento, subordinada ao procedimento comum de rito ordinário, proposta por V.R. da S. em face do Centro Clínico São Francisco.

A autora narra que firmou contrato de prestação de serviços médicos com os réus, para se submeter a uma cirurgia plástica, na região do abdome, para amenizar uma cicatriz. Sustenta que o resultado não correspondeu ao combinado, nem ao esperado, restando uma cicatriz ainda pior e ocasionando dores no local. Postula a condenação dos réus ao pagamento da quantia de R$ 100.000,00, a título de indenização por danos morais, mais os danos estéticos a serem arbitrados pelo juízo.

Em contestação, os réus alegam, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, aduzem que a cirurgia era estética e reparadora, razão pela qual a obrigação é de meio e não de resultado. Afirmam, ainda, que a autora não seguiu as recomendações médicas.

A ação foi julgada procedente (fls. 276/277v).

Inconformadas ambas as partes apelaram.

Os réus, em suas razões recursais (fls. 280/281), reafirmam que se trata de obrigação de meio e que o médico prestou as devidas informações quanto às ações a serem tomadas por ele e pela paciente, durante e após o procedimento. Argumenta que, após a cirurgia, a autora não compareceu mais à Clínica para o prosseguimento do tratamento. Por fim, alega que o serviço foi devidamente prestado.

O recurso foi regularmente preparado (fls. 292).

Por seu turno, a autora apelou, requerendo a majoração da condenação pelos danos morais para R$15.000,00 e da verba honorária para 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Recurso isento de preparo, em razão do deferimento da assistência judiciária (fls. 63).

Contrarrazões dos réus às fls. 309/321 e da autora às fls. 322/326.

É o relatório.

VOTOS

Des. José Divino de Oliveira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Os recursos serão analisados conjuntamente.

Conforme relatado, a autora alega ter sido vítima de um procedimento médico-estético na região do abdome para amenizar uma cicatriz, pois, segundo afirma, não alcançou o objetivo almejado, ficando cicatriz ainda pior, com aspecto grotesco.

Os réus, por sua vez, afirmam que não houve comprovação da culpa do médico e que a autora não seguiu as recomendações médicas.

Como sabido, a responsabilidade civil do nosocômio, pessoa jurídica de direito privado, é objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e art. 932, III e 933 do Código Civil.

Assim, para fins de responsabilização do hospital, a autora há de demonstrar a existência do fato e a relação de causalidade entre este, o dano alegado e o sujeito a quem se imputa.

De outro lado, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, de modo que incumbe ao paciente, credor da prestação dos serviços, comprovar os danos sofridos, a conduta culposa do médico e o nexo de causalidade.

Entretanto, no caso dos autos, não houve qualquer objetivo de reparação de natureza terapêutica a caracterizar a obrigação de meio.

Especificamente quanto à cirurgia estética, hipótese presente, o médico assume obrigação de resultado, em que o profissional liberal se compromete a proporcionar ao paciente o objetivo pretendido, quais sejam o embelezamento e a melhora da aparência.

Não se olvida que todo o ato cirúrgico, ainda que minimamente invasivo, possui riscos intrinsecamente relacionados com as reações individuais de cada organismo humano, muitas vezes imprevisível e inimputável ao médico. Contudo, nesses casos, havendo insucesso, presume-se a culpa do médico, cuja responsabilidade

somente será afastada se comprovada a ocorrência de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima.

Veja-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CONSENTIMENTO INFORMADO. VALOR DA CONDENAÇÃO. 1. Hospital, como fornecedor de serviços médicos, responde, objetivamente, por erro médico ocorrido durante cirurgia realizada em suas dependências, sobretudo se prestou parte dos serviços. E o médico, responsável pela cirurgia, responde mediante demonstração de culpa. 2. É de resultado a obrigação em contrato para realizar cirurgia estética. Segue que, se o resultado pode ser melhorado, a cirurgia não atingiu o grau de satisfação esperado. Se não atingiu, a obrigação não foi adimplida a contento. 3. Documento vago e impreciso, que não informa o paciente quanto aos riscos da cirurgia a ser realizada, não supre a exigência de efetivo consentimento informado. 4. São indenizáveis danos materiais, consistentes nas despesas médico-hospitalares decorrentes da cirurgia e dos cuidados exigidos no pós-operatório, especialmente diante da necessidade de cirurgia reparadora. 5. O valor de indenização por dano moral deve ser fixado prudente e moderadamente, levando em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade e atendendo às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado. 6. Apelações dos réus providas em parte. Apelação da autora não provida.[1]
>
> CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. BIOPLASTIA. PROCEDIMENTO ESTÉTICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CLÍNICA. INFECÇÃO NO NARIZ. NÃO OBTENÇÃO DO RESULTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA. 1. A obrigação assumida pelo profissional médico, que se propõe à realização de determinada cirurgia estética, constitui obrigação de resultado, de forma que o não atingimento das metas propostas e acertadas com o particular contratante constitui inadimplemento absoluto do acordo, apto a ensejar a rescisão do contrato de prestação de serviços médicos e também para justi-

1 Acórdão n.464615, 20060310233162APC, Relator: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/11/2010, Publicado no DJE: 25/11/2010. Pág.: 297.

> ficar a condenação pela reparação dos danos eventualmente experimentados pelo paciente. 2. Constatado que a cirurgia plástica estética contratada pela Autora não apenas deixou atingir o resultado esperado, como também constituiu causa de imperfeições que não preexistiam à intervenção médica, resta configurada a obrigação de reparar. 3. Não detectadas informações prévias à paciente acerca da bioplastia, procedimento com riscos ainda não determinados pela comunidade médica – sendo desaconselhado o uso do PMMA (polimetilmetacrilato) pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica – igualmente configurada a responsabilidade civil da Ré. 4. Na fixação da indenização por danos morais o Juiz deve considerar a proporcionalidade e razoabilidade da condenação em face do dano sofrido pela parte ofendida e o seu caráter compensatório e inibidor, mediante o exame das circunstâncias do caso concreto. 5. Recurso provido. Sentença reformada.[2]

No caso sob apreço, os autos revelam que houve insucesso no procedimento cirúrgico a que a autora se submeteu, havendo nítida piora na sua aparência.

As fotos da autora do período anterior e posterior da cirurgia (fls. 55/61) demonstram uma cicatriz de maior dimensão e de aspecto mais grotesco após a cirurgia estética.

Além disso, a perícia produzida (fls. 194/220) foi clara quanto ao resultado desfavorável da cirurgia. Confira-se em trecho do laudo pericial:

> Quesitos formulados pela Acusação. (...)
>
> 22. O resultado da intervenção pode ser considerado satisfatório?
>
> Resposta: Não. A melhoria da cicatriz, propósito primordial do procedimento, não foi alcançado. (...)
>
> 32. Das fotos constantes dos autos, pode-se afirmar que houve piora na cicatriz da autora?
>
> Resposta: Sim. Após a cirurgia, a evolução cicatricial foi desfavorável, inclusive tornando a cicatriz mais visível do que antes. (...)

---

2 Acórdão n.647378, 20060110207327APC, Relator: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/12/2012, Publicado no DJE: 22/01/2013. Pág.: 88.

40. Após a cirurgia da cicatriz, esta voltou, no mínimo, ao estado anterior da cirurgia, ou seja, com o aspecto anterior ao procedimento para sua retirada?

Resposta: Sim. Após a cirurgia, a evolução cicatricial foi desfavorável, inclusive tornando a cicatriz mais visível do que antes. (...)

41. A autora/paciente possui alguma doença capaz de dificultar a cicatrização de sua pele? Qual?

Resposta: Aparentemente não. A autora não me relatou nenhum histórico de patologia ou sintomas correlacionados em sua entrevista e, ao exame clínico, encontra-se saudável. Entretanto, não há nos autos, exames de sangue que afastem, por exemplo, diabetes.

Quesitos formulados pela Defesa. (...)

18. É possível dizer que houve piora da lesão já que a cicatriz atual é recente (hipercrômica), e a anterior é antiga (hipocrômica), a qual sempre ocorre uma retração?

Resposta: Sim. Na data da realização da atual perícia, a cicatriz já não é considerada recente; mas sem dúvida bem mais recente (3 anos e 6 meses) do que a anterior (mais de 25 anos). De qualquer forma, é possível sim dizer que houve uma piora da lesão em relação ao pré-operatório que deve ser levado em conta. (...)

19. Comparando-se as fotos de antes e depois da cirurgia, houve piora na cicatriz que a Autora carrega em seu abdômen desde a infância?

Resposta: Sim. A cicatriz encontra-se mais perceptível, devido a sua coloração e relevo.

25. Analisando a cicatriz do pós-operatório, cabe afirmar que a Autora sofreu algum dano maior, quer seja moral, quer seja físico, em comparação com a cicatriz que já existia antes de submeter-se à cirurgia?

Resposta: Não houve dano maior, mas houve uma piora de lesão preexistente".

De outro lado, não ficou demonstrado que houve culpa exclusiva da vítima.

Segundo a testemunha, Sr. J.A. da S., a autora seguiu as recomendações médicas, usando o macaquinho e fazendo drenagens linfáticas (fls. 155).

Ademais, a perita do juízo afirmou que o acompanhamento médico foi reduzido (fls. 212) e que o resultado final poderia ter sido melhorado com o acompanhamento médico adequado (fls. 215). Disse, ainda, que a cicatriz pode ser apenas resultante do ato cirúrgico (fls. 215).

Diante disso, está caracterizada a responsabilidade do médico a ensejar o dever de indenizar.

O valor a ser fixado a título de danos morais e estéticos deve ser informado por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas, a natureza e a extensão do dano. A indenização não pode ser tão grande a ponto de traduzir enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Conforme a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> A vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que o integrante de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.[3]

Desse modo, a fim de atender os pressupostos acima consignados, máxime a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a finalidade da sanção pecuniária é a de compensar e punir, de modo a desestimular a reincidência na ofensa ao bem juridicamente tutelado pelo direito, entende-se razoável o valor arbitrado na sentença à razão de R$ 10.000,00 para os danos estéticos e de R$ 5.000,00 para os danos morais.

Por fim, a autora pugna a majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios.

---

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** Editora Forense, 9ª ed., p. 60.

Tratando-se de sentença condenatória, os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no §3º do art. 20 do CPC.

No caso, é razoável a fixação dos honorários no percentual de 10%, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A sentença é irreprochável.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos recursos.

É como voto.

Desa. Vera Andrighi (Revisora) – Com o Relator.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecidos. Desprovidos. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011192771-9
Relator – Des. João Egmont
Quinta Turma Cível

EMENTA

Cível. Apelações. Ação anulatória. Ordem de demolição. Manutenção do projeto urbanístico original. Patrimônio cultural da humanidade. Poder de polícia. Autorização do poder público para edificações. Sentença reformada em parte. Sucumbência recíproca.

1. O fechamento dos pilotis relativo ao bicicletário e à garagem ofende o art. 64 da Lei 2.105/98 e o Decreto 10.829/87 – que regulamenta o art. 38 da Lei 3.751 de 13 de abril de 1960, especialmente quanto à preservação da concepção urbanística de Brasília. **1.1.** O projeto urbanístico de Brasília concebeu uma cidade aberta, sem grades ou muros, com o atributo essencial de permitir amplos espaços públicos e o trânsito desimpedido de pessoas pelo interior das Superquadras e por baixo dos prédios construídos sobre pilotis. Tal característica torna Brasília uma cidade distinta de qualquer outra cidade brasileira.

2. O projeto do Plano Piloto é protegido pelo art. 38 da Lei Federal 3.751, de 13 de abril de 1960 (Lei Santiago Dantas), segundo o qual "qualquer alteração no plano piloto, a que obedece a urbanização de Brasília, depende de prévia autorização em lei federal". **2.1.** O referido artigo foi regulamentado pelo Decreto 10.829, de 14 de outubro de 1987, o qual garante a manutenção do projeto original de Lúcio Costa, a fim de resguardar as características essenciais de quatro escalas distintas que traduziriam a concepção urbana original da cidade: a monumental, a residencial, a gregária e a bucólica.

3. O reconhecimento como Patrimônio Cultural da Humanidade levou o constituinte brasileiro a prever o tombamento como importante instrumento de proteção ao vasto patrimônio histórico-cultural brasileiro, instituindo a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "proteger

os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos", bem como para "impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural" (art. 23, III e IV/CF).

4. O §1º do mesmo artigo impõe ao Poder Público, com a participação da comunidade, o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio de diferentes instrumentos, entre os quais o tombamento, prevendo, no §4º, a punição, na forma da lei, daqueles que danificarem ou ameaçarem o patrimônio cultural.

5. O projeto original da cidade permitiu a ocupação privada somente do primeiro ao sexto andar dos prédios, devendo o piso térreo ficar exposto e aberto ao público, a fim de permitir maior aproximação dos moradores entre si, e deles com a natureza à sua volta. 5.1. O gradeamento dos pilotis isola áreas de livre circulação, descaracterizando o projeto original da cidade e, via de consequência, compromete de forma negativa os atributos e características arquitetônicos, paisagísticos, ambientais e sociais do Projeto de Brasília, eternizados pelo tombamento e pela declaração do Plano Piloto como Patrimônio Cultural da Humanidade.

6. O cercamento do pilotis do Bloco C da SQS 208 com grades para a formação do bicicletário e da garagem se mostra incompatível com o tombamento de Brasília, infringindo, inclusive, o art. 17 do Decreto-Lei 25/1937 (que regula a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional), que prevê que as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

7. Administração Pública, no exercício do poder-dever de polícia que lhe é próprio, há de promover a demolição de obras construídas sem a autorização do poder público, devendo ser lembrado que qualquer construção, pública ou particular, precisa ser precedida da observância das formalidades legais.

8. Deve ser acolhido o pedido de anulação das autuações quanto à demolição da residência do porteiro, uma vez que todos os blocos da SQS 208 foram concebidos com garagens cobertas sob as quais foram erigidos os apartamentos dos zeladores.

9. Diante da sucumbência recíproca, não obstante o Distrito Federal esteja isento do pagamento de custas processuais, segundo o comando inscrito no artigo 1º, do Decreto-Lei 500/69 c/c o art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/96, a ele, entretanto, compete o ressarcimento ao autor das eventuais despesas adiantadas. Honorários arbitrados no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) a serem suportados no percentual de 70% para o autor e 30% para o réu, nos termos do artigo 20, §4 c/c 21 do CPC, autorizando desde já a compensação das respectivas verbas.

10. Recurso do autor improvido e recurso do réu parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Egmont – Relator, Luciano Moreira Vasconcellos – Revisor, Sebastião Coelho – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Luciano Moreira Vasconcellos, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento ao recurso do 1º apelante. Dar parcial provimento ao recurso do 2º apelante. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas por CONDOMÍNIO DO BLOCO C DA SQS 208 e por AGÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL – AGEFIS/DF contra sentença proferida na ação anulatória proposta pelo primeiro apelante em desfavor da segunda.

Na inicial, o autor pleiteia sejam anulados os atos administrativos correspondentes às autuações e intimações referentes à demolição do portão eletrônico da garagem, a residência do zelador e as grades do bicicletário (fls. 2/16).

Na sentença, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes apenas para anular as ordens de demolição do bicicletário e do apartamento do zelador, assim como as respectivas multas (fls. 225/238).

Nesta sede recursal, o autor pleiteia a anulação do auto de infração que determina a demolição do portão da garagem, aduzindo que não se encontra em área pública, mas particular. Afirma, ainda, que a existência da garagem não afronta o projeto original de Brasília, pois ele já previa sua elaboração (fls. 240/246).

A ré, por sua vez, aduz que não restou provado nos autos que o bicicletário ocupa menos de 40% (quarenta por cento) da área do pavimento térreo. Afirma que o gradeamento foi posicionado nas extremidades dos pilotis, o quer impediria a circulação das pessoas. Argumenta que o autor construiu em área pública desrespeitando a exigência formal de alvará de construção, e não possui o licenciamento da Administração Regional de Brasília para as edificações.

Preparo do autor visto à fl. 247. Recurso do réu dispensado de preparo (Decreto-Lei 500/69).

É o relatório.

VOTOS

Des. João Egmont (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Cuida-se de apelações interpostas por ambas as partes contra sentença proferida em ação anulatória que julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor apenas para anular as ordens de demolição do bicicletário e do apartamento do zelador, assim como as respectivas multas.

Nesta sede recursal, o autor pleiteia a anulação do auto de infração que determina a demolição do portão da garagem, aduzindo que não se encontra em área pública, mas particular. Afirma, ainda, que a existência da garagem não afronta o projeto original de Brasília, pois ele já previa sua elaboração (fls. 240/246).

A ré, por sua vez, aduz que não restou provado nos autos que o bicicletário ocupa menos de 40% (quarenta por cento) da área do pavimento térreo, afirmando que o gradeamento foi posicionado nas extremidades dos pilotis, o quer impediria a circulação de pessoas. Argumenta que o autor construiu em área pública desres-

peitando a exigência formal de alvará de construção, e não possui o licenciamento da Administração Regional de Brasília para as edificações.

Com efeito, o fechamento dos pilotis relativo ao bicicletário e à garagem, ofende o art. 64 da Lei 2.105/98 e o Decreto 10.829/87 – que regulamenta o art. 38 da Lei 3.751 de 13 de abril de 1960, especialmente quanto à preservação da concepção urbanística de Brasília.

O projeto urbanístico de Brasília concebeu uma cidade aberta, sem grades ou muros, com o atributo essencial de permitir amplos espaços públicos e o trânsito desimpedido de pessoas pelo interior das Superquadras e por baixo dos prédios construídos sobre pilotis. Tal característica torna Brasília uma cidade distinta de qualquer outra cidade brasileira.

O projeto do Plano Piloto é protegido pelo art. 38 da Lei Federal 3.751, de 13 de abril de 1960 (Lei Santiago Dantas), segundo o qual "qualquer alteração no plano piloto, a que obedece a urbanização de Brasília, depende de prévia autorização em lei federal".

O referido artigo foi regulamentado pelo Decreto 10.829, de 14 de outubro de 1987, o qual garante a manutenção do projeto original de Lucio Costa, a fim de resguardar as características essenciais de quatro escalas distintas que traduziriam a concepção urbana original da cidade: a monumental, a residencial, a gregária e a bucólica. No tocante à escala residencial, o artigo 4, inciso II, dispõe:

> Art. 4º A escala residencial, proporcionando uma nova maneira de viver, própria de Brasília, está configurada ao longo das alas Sul e Norte do Eixo Rodoviário Residencial e, para a sua preservação, obedecerão às seguintes disposições:
>
> (...) II – Nas duas alas, Sul e Norte, nas sequências de Superquadras numeradas de 102 a 116, de 202 a 216 e de 302 a 316, as unidades de habitações conjuntas terão 6 (seis) pavimentos, sendo edificadas sobre piso térreo em pilotis, livre de quaisquer construções que não se destinem a acessos e portarias; (...)

Tal decreto permitiu que o Plano Piloto de Brasília fosse inscrito como Patrimônio da Humanidade, e o consequente tombamento nacional, disciplinado por meio da Portaria 314, de 14 de outubro de 1992, do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC, atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

Nos termos da referida Portaria 314, verifica-se, *in verbis*:

> Art. 1º Para efeito de proteção do Conjunto Urbanístico de Brasília, tombado nos termos da decisão do Conselho Consultivo da SPHAN, homologada pelo Ministro da Cultura, ficam aprovadas as definições e critérios constantes da presente Portaria.
>
> §1º A realidade física territorial correspondente ao bem tombado a que se refere o *caput* deste artigo é compreendida como o conjunto urbano construído em decorrência do Plano Piloto vencedor do concurso nacional para a nova capital do Brasil, de autoria do arquiteto Lucio Costa.
>
> Art. 2º A manutenção do Plano Piloto de Brasília será assegurada pela preservação das características essenciais de quatro escalas distintas em que se traduz a concepção urbana da cidade: a monumental, a residencial, a gregária e a bucólica.

O reconhecimento como Patrimônio Cultural da Humanidade levou o constituinte brasileiro a prever o tombamento como importante instrumento de proteção ao vasto patrimônio histórico-cultural brasileiro, instituindo a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos", bem como para "impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural" (art. 23, III e IV/CF).

O art. 24, VII, CF, por sua vez, estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre "proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico".

O art. 30, IX da CF dispõe sobre a competência dos Municípios para "promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual".

Também o art. 216, CF define como patrimônio cultural brasileiro "os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da

sociedade brasileira", incluindo, em seu inciso V, "os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico".

Além disso, o §1º do mesmo artigo impõe ao Poder Público, com a participação da comunidade, o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio de diferentes instrumentos, entre os quais o tombamento, prevendo, no §4º, a punição, na forma da lei, daqueles que danificarem ou ameaçarem o patrimônio cultural.

O projeto original da cidade permitiu a ocupação privada somente do primeiro ao sexto andar dos prédios, devendo o piso térreo ficar exposto e aberto ao público, a fim de permitir maior aproximação dos moradores entre si, e deles com a natureza à sua volta.

Nessa linha de raciocínio, há de se concluir que o gradeamento dos pilotis isola áreas de livre circulação, descaracterizando o projeto original da cidade e, via de consequência, compromete de forma negativa os atributos e características arquitetônicos, paisagísticos, ambientais e sociais elementares do Projeto de Brasília, eternizados pelo tombamento e pela declaração do Plano Piloto como Patrimônio Cultural da Humanidade.

Uma vez tombado o bem, cabe ao Poder Público e à sociedade defendê-lo de toda e qualquer agressão ou tentativa de descaracterização, conforme comanda a nossa Constituição Federal.

A Lei Orgânica do Distrito Federal também enumera vários dispositivos de proteção ao conjunto urbanístico de Brasília:

> Art. 247. O Poder Público adotará medidas de preservação das manifestações e dos bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como das paisagens notáveis, naturais e construídas, e dos sítios arqueológicos, buscada a articulação orgânica com as vocações da região do entorno.
>
> (...) §2º Esta Lei resguardará Brasília como Patrimônio Cultural da Humanidade, nos termos dos critérios vigentes quando do tombamento de seu conjunto urbanístico, conforme definição da UNESCO, em 1987.
>
> Art. 295. As unidades de conservação, os parques, as praças, o conjunto urbanístico de Brasília, objeto de tombamento e Patrimônio Cultural da Huma-

> nidade, bem como os demais bens imóveis de valor cultural, são espaços territoriais especialmente protegidos e sua utilização far-se-á na forma da lei.
>
> Art. 312. A política de desenvolvimento urbano e rural do Distrito Federal, observados os princípios da Constituição Federal e as peculiaridades locais e regionais, tem por objetivo assegurar que a propriedade cumpra sua função social e possibilitar a melhoria da qualidade de vida da população, mediante:
>
> (...) VI – proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e, em especial, do conjunto urbanístico de Brasília;
>
> Art. 314. A política de desenvolvimento urbano do Distrito Federal, em conformidade com as diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantido o bem-estar de seus habitantes, e compreende o conjunto de medidas que promovam a melhoria da qualidade de vida, ocupação ordenada do território, uso dos bens e distribuição adequada de serviços e equipamentos públicos por parte da população.
>
> Parágrafo único. São princípios norteadores da política de desenvolvimento urbano:
>
> (...) IV – a manutenção, segurança e preservação do patrimônio paisagístico, histórico, urbanístico, arquitetônico, artístico e cultural, considerada a condição de Brasília como Capital Federal e Patrimônio Cultural da Humanidade;

Ainda, a Lei Complementar 803, de 25 de abril de 2009, que aprova o Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal estabelece:

> Art. 8º São objetivos gerais do PDOT:
>
> (...) II – consolidação, resguardo e valorização do Conjunto Urbanístico do Plano Piloto de Brasília como sítio urbano tombado e Patrimônio Cultural da Humanidade;

Como visto, apesar de serem vários os dispositivos legais destinados à preservação do patrimônio arquitetônico e urbanístico de Brasília, persistem as inúmeras

tentativas de desvirtuar o projeto inicial tal qual como concebido, ameaçando a permanência da capital na lista do Patrimônio Cultural das Nações.

Nesse contexto, o cercamento do pilotis do Bloco C da SQS 208 com grades para a formação do bicicletário e da garagem se mostra incompatível com o tombamento de Brasília, infringindo, inclusive, o art. 17 do Decreto-Lei 25/1937 (que regula a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional), o qual prevê que as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Como até mesmo as intervenções consideradas benéficas à conservação do bem tombado (reparações e restaurações) dependem de prévia autorização expressa do órgão competente, não se poderia esperar menor rigor para a realização de intervenções, tal como a realizada pelo condomínio requerente.

Portanto, mesmo que seja possível a modificação física na área aberta dos pilotis, a lei exige prévia manifestação do IPHAN, o que não restou demonstrado nos autos, seja o imóvel de propriedade pública ou particular.

Além disso, importa aqui assinalar que na fase de especificação de provas, o autor afirmou que não teria interesse em produzi-las (fl. 210) e, com isso, deixou de cumpriu o que preconiza o art. 333, I, do CPC, não comprovando o fato constitutivo do seu direito, sendo certo que os atos da Administração gozam de presunção relativa de legitimidade e veracidade, cabendo ao condomínio trazer aos autos elementos capazes de afastar a legitimidade do ato de intimação demolitória.

Considerando, pois, o frágil conjunto probatório apresentado pelo apelante, assim como a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, não se pode como acolher o pleito recursal no tocante à manutenção das grades.

Assim, a Administração Pública, no exercício do poder-dever de polícia que lhe é próprio, há de promover a demolição de obras construídas sem a autorização do poder público, devendo ser lembrado se que qualquer construção, pública ou particular, precisa ser precedida da observância das formalidades legais.

Este é o entendimento que prevalece no âmbito deste Tribunal, *in verbis:*

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. ÁREA PÚBLICA. CONSTRUÇÃO. DEMOLIÇÃO. PODER DE POLÍCIA. 1. O direito líquido e certo deverá vir expresso em normativo e, além disso, imperioso que todas as provas estejam presentes nos autos, sob pena de inviabilizar o exame do pretendido. 2. A expedição de alvará de funcionamento não confere ao administrado o direito de erigir obras, notadamente em área pública, porquanto não representa anuência, ainda que tácita, da administração. 3. Não há irregularidade no ato administrativo tendente à demolição de construção erigida sem a necessária autorização do poder público, porquanto age a administração no cumprimento do poder de polícia. 4. Não demonstrada a existência de direito líquido e certo, a denegação da ordem e o reconhecimento da legalidade do ato impugnado, é medida que se impõe. 5. Recurso desprovido. (20050111061237 – APC/DF, Órgão Julgador: Terceira Turma Cível, Relator: Mário-Zam-Belmiro, Publicação no DJU: 20/01/2009, pág. 77).

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. REJEIÇÃO. PEDIDO ANULATÓRIO DE ATO ADMINISTRATIVO. AUTO DE NOTIFICAÇÃO E INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA. GRADES NO PILOTIS DE EDIFÍCIO DA SQS 208 E ESTACIONAMENTO COM GRADES E ALVENARIA EM ÁREA PÚBLICA CONTÍGUA. OBRA SEM LICENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÁREA DE TOMBAMENTO. 1. Há sentença *extra petita* quando o provimento jurisdicional é de natureza diversa do postulado na inicial, o que não se observa no caso concreto, vez que julgador atuou dentro dos limites objetivos da demanda. 2. Diante da ausência de prova capaz de infirmar a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade de que gozam os atos administrativos questionados, necessário reconhecer sua validade. 3. A administração age dentro do poder-dever de polícia administrativa ao determinar a demolição de obra erigida sem licença e que fere o tombamento e declaração do Plano Piloto como Patrimônio Cultural da Humanidade. (Acórdão 574556, 20110111139724APC, Relator Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, julgado em 21/03/2012, DJ 26/03/2012 p. 143)

Por outro lado, no que pertine à residência do zelador, há de ser acolhido o pedido de anulação das autuações, uma vez que, segundo informações da Administração Regional de Brasília às fls. 186/187, todos os blocos da SQS

> 208 foram concebidos com essas garagens cobertas sobre as quais foram erigidos os apartamentos dos zeladores.

Nesse aspecto, adoto como razão de decidir os fundamentos adotadas pelo d. juízo *a quo*, a seguir transcritos:

> Parecer elaborado pela Diretoria de Preservação do Conjunto Urbanístico de Brasília – DIPRE, em resposta ao pedido de manifestação acerca da legalidade da garagem coberta do bloco H da SQS 208 e demais garagens do plano piloto (objeto da Anulatória 176.728 3/2011), defende a tese que a construção de garagens cobertas junto aos blocos residenciais foi uma ideia que nasceu com o próprio projeto da superquadra, e não compromete seu urbanismo, tampouco agride o tombamento da cidade, até mesmo porque o tombamento lhe é posterior. Entende que o projeto urbanístico de Brasília foi transportado para o canteiro de obras de forma paulatina e gradual, sendo certo que em muitas ocasiões foi necessário dar soluções a impasses que surgiram à medida que a cidade ia sendo construída. Exemplo disso seria a construção de garagens coberta no pavimento térreo, próximo ao pilotis, quando em regra, o que fora projetado eram garagens subterrâneas. Tal modificação teria ocorrido como solução técnica mais simples e economicamente viável para construtores e moradores, além de bem mais rápida para atender o curto prazo previsto para a inauguração da cidade. Nessa perspectiva, conclui a DIPRE que tais garagens buscavam atender prioritariamente os moradores dos blocos, e não os visitantes. Para esses últimos, existiriam os diversos outros estacionamentos não cobertos nas quadras.
>
> Assim, forçoso concluir que, ao que tudo indica, apesar de localizada em área pública térrea, próxima ao pilotis, a garagem coberta tinha destinação particular desde o princípio, por força do título primário que o Poder Público outorgou ao particular, de modo que assim a área das garagens não estão reservada ao uso público. A situação tem todos os contornos da concessão de direito real de uso de terreno público, porém a concessão é vinculada aos seus respectivos limites, com o assim foram concebidas tais garagens, livres de cercamentos ou quaisquer inovações.

> Logo, o problema não está na garagem em si, mas no seu fechamento com portão eletrônico, o que não só ofende o disposto nos arts. 51 e 64 da Lei 2.105/98, como também o Decreto 10.829/87 – que regulamenta o art. 38 da Lei 3.751 de 13 de abril de 1960, no que se refere à preservação da concepção urbanística de Brasília.

Forte nesses fundamentos, NEGO PROVIMENTO ao recurso do autor e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do réu, para reformar parte da sentença, a fim de anular apenas a ordem de demolição do apartamento do zelador e as respectivas multas. Quanto à sucumbência, que se revela recíproca no caso concreto, não obstante o Distrito Federal esteja isento do pagamento de custas processuais, segundo o comando inscrito no artigo 1º, do Decreto-Lei 500/69 c/c o art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/96, a ele, entretanto, compete o ressarcimento ao autor das eventuais despesas adiantadas. Dentro desse quadrante arbitro os honorários no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) a serem suportados no percentual de 70% para o autor e 30% para o réu, nos termos do artigo 20, §4 c/c 21 do CPC, autorizando desde já a compensação das respectivas verbas.

É como voto.

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Revisor) – Recorre Condomínio do Bloco C da SQS 208 da sentença proferida pelo Juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na Ação Anulatória proposta contra a AGEFIS – Agência de Fiscalização do Distrito Federal, para tão somente para anular as ordens de demolição do bicicletário e do apartamento do zelador, bem como as multas impostas referentes a essas obras, sob o argumento de que a ordem de demolição do portão da garagem também deve ser anulada pois a garagem encontra-se prevista no projeto original de Brasília, não se encontrando ele em área pública, mas sim em área particular, sendo lícita a sua construção.

Recorre também a AGEFIS – Agência de Fiscalização do Distrito Federa, sob o argumento de que não se ter comprovado que o bicicletário esteja ocupando área inferior a 40% (quarenta por cento) da área do pavimento térreo do edifício, que as vistorias realizadas pelo agente fiscal tem fé pública, não sendo refutadas pelo apelado, que foram colocadas as grades nas extremidades do pilotis, o que é ile-

gal, sustentando ainda ser a obra de construção do apartamento do zelador irregular, porque realizada em área pública, não se comprovando a existência de alvará de construção, e que as ordens de demolição e de desocupação possuem amparo na legislação vigente sobre o assunto.

A sentença deve ser parcialmente reformada.

Dou os motivos.

Dizem os art.51, §§1º, 2º e 3º, 51-A, e 52 da Lei Distrital 2.105/98, que toda construção no Distrito Federal deve ser precedida de licença, materializada em alvará, atendidas as condições de viabilidade do projeto.

Assim estão redigidas as normas:

> Art. 51. As obras de que trata esta Lei, em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional.
>
> §1º Obras iniciais, obras de modificação com acréscimo ou decréscimo de área e obras de modificação sem acréscimo de área, com alteração estrutural, são licenciadas mediante a expedição do alvará de construção.
>
> §2º Obras de modificação sem acréscimo de área e sem alteração estrutural são licenciadas automaticamente, por ocasião do visto ou da aprovação do projeto de modificação, dispensada a expedição de novo alvará de construção.
>
> §3º Edificações temporárias, demolições, obras e canteiros de obras que ocupem área pública são objeto de licença.
>
> Art. 51-A. O licenciamento para início de obra só será emitido após a comprovação do cumprimento das condições de acessibilidade no projeto, conforme os padrões estabelecidos nesta Lei, em legislação específica e nas normas técnicas brasileiras. (AC)
>
> Art. 52. O alvará de construção tem validade de oito anos, contados a partir da data de sua expedição, podendo ser renovado por igual período.
>
> Parágrafo único. O alvará de construção tem validade imprescritível após a conclusão das fundações necessárias à edificação licenciada.

Havendo realização de obras sem prévia autorização do Poder Público e sendo realizadas em desacordo com o projeto urbanístico de Brasília, que foi tombado pela UNESCO, devem ser demolidas, nos termos dos artigos 174 e 178 do Código de Edificações do Distrito Federal, que assim dizem:

> Art. 174. O embargo parcial ou total será aplicado pelo responsável pela fiscalização sempre que a infração corresponder à execução de obras em desacordo com a legislação vigente e após expirado o prazo consignado para a correção das irregularidades que originaram as penalidades de advertência e de multa.
>
> §1º O prazo referido neste artigo será o consignado nas penalidades de advertência e multa.
>
> §2º Será embargada imediatamente a obra quando a irregularidade identificada não permitir a alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente e a consequente regularização da obra.
>
> §3º Admitir-se-á embargo parcial da obra somente nas situações que não acarretem prejuízos ao restante da obra e risco aos operários e terceiros.
>
> Art. 178. A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.
>
> §1º O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata.
>
> §2º Caso o infrator não proceda à demolição no prazo estipulado, esta será executada pela Administração Regional em até quinze dias, sob pena de responsabilidade.
>
> §3º O valor dos serviços de demolição efetuados pela Administração Regional serão cobrados do infrator e, na hipótese de não pagamento, o valor será inscrito na dívida ativa.
>
> §4º O valor dos serviços de demolição previstos no §3º serão cobrados conforme dispuser tabela de preço unitário constante da regulamentação desta Lei.

Demonstram os documentos de fls. 92 e 169/172 que houve colocação de grades para a construção de um bicicletário e a colocação de grades e portão eletrônico na garagem construída em área pública, o que ofende a preservação da concepção urbanística de Brasília, que prevê livre circulação sobre o pilotis, conforme determina o artigo 64 da lei, sendo que a ocupação privada é permitida apenas do primeiro ao sexto andar dos blocos, devendo o piso térreo manter-se aberto para a livre circulação pública.

Assim está redigido o artigo:

> Art. 64. O perímetro do piloti de habitações coletivas em projeções localizadas na área a que se refere o art. 4º da Portaria 314/92 do IBPC não pode ser cercado, salvo nos trechos que apresentem situações de risco por quedas, onde será permitido o emprego de jardineiras ou elementos de proteção que apresentem permeabilidade ou transparência visual, com altura máxima de um metro e vinte centímetros.

Além disso, apesar de existir previsão de garagem coberta com laje no bloco C da SQS 208, não foi prevista colocação de grades e portão eletrônico, o que descaracteriza o projeto original da cidade.

Se de acordo com o artigo 17 do Decreto-Lei 25/1937 até as intervenções consideradas benéficas à conservação do bem tombado dependem de prévia autorização do IPHAN, menor rigor não se pode pretender de intervenções como as realizadas pelo apelante.

Assim, não havendo autorização do Poder Público para a realização de intervenções na garagem do condomínio, com o seu fechamento através de grades e portões eletrônicos, além da falta de expedição de alvará para a instalação de bicicletário na área do pilotis, que foi cercado com grades, devem ser mantidas aos ordens demolitórias referentes a instalação do bicicletário na área do pilotis e grades e portões eletrônicos da garagem do bloco C da SQS 208.

Já com relação sentença em relação ao cancelamento da ordem de demolição da residência do zelador, já que consta da planta da garagem juntada às fls. 93 a previsão de existência do apartamento do zelador na planta original, deve ser mantida a sentença *a quo.*

Além disso, não há elementos suficientes a comprovar a existência de alterações de uso ou modificações sofridas no elemento.

Assim, ante a ausência de demonstração de obra irregular ou irregularidades quanto à modificações no apartamento do zelador, deve esta ordem de demolição e suas respectivas multas ser anuladas.

Por fim.

Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no artigo 20, §4º, do CPC.

Este o texto da norma lembrada:

> Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

E estas são as normas:

> a) o grau de zelo do profissional;
>
> b) o lugar de prestação do serviço;
>
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Ensina Humberto Theodoro Júnior:

> Deixarão de ser observados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, bem como quando não resultar em condenação, tal como se dá nas sentenças de improcedência do pedido, nas constitutivas e nas declaratórias. E, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública. Em tais hipóteses, "os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz", atendidas as normas das letras "a a c do art.20. §§3º e 4º do mesmo artigo." (*In* Direito Processual Civil Brasileiro, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, 20ª edição, Volume I, pág.95)

Assim, fixo honorários no valor de R$500,00 (quinhentos reais) que, em razão da sucumbência do autor na maior parte dos pedidos, deverá ele suportar 70% (setenta por cento) dos honorários e a Fazenda Pública com 30% (trinta por cento), ficando autorizada a compensação das respectivas verbas.

Por estes motivos, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso do Condomínio do Bloco C da SQS 208 Asa Sul e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da AGEFIS – Agência de Fiscalização do Distrito Federal para reformar a sentença no sentido de anular apenas a ordem de demolição do apartamento do zelador e respectiva multas, fixando honorários advocatícios em R$500,00 (quinhentos reais), a serem suportados no percentual de 70% (setenta por cento) pelo autor e 30% (trinta por cento) pela Fazenda Pública.

Este o meu voto.

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso do 1º apelante. Dar parcial provimento ao recurso do 2º apelante. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011197325-5

Relatora – Desa. Vera Andrighi

Sexta Turma Cível

EMENTA

Ação de indenização. Responsabilidade civil do Estado. Prescrição. Violação continuada. Tetraplegia. Epilepsia. Má-formação encefálica do filho.

1. A dor moral alegada pela mãe, em razão do filho nascer com tetraplegia, epilepsia e má-formação encefálica causadas por vírus adquirido no contato com materiais hospitalares infectantes, é lesão de natureza continuada, cujo prazo prescricional retroage cinco anos (Dec. 20.910/32) contados do ajuizamento da ação. Rejeitada a prejudicial.

2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi – Relatora, Jair Soares – Revisor e José Divino – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Provido, maioria, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de maio de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da r. sentença (fls. 106/9), *in verbis*:

> E.R.F. ajuizou ação de indenização por danos morais em desfavor do Distrito Federal.

Alega que é servidora pública dos quadros do Distrito Federal, ocupante do cargo de Técnico de Administração Pública. Não obstante, teria sido compelida a desempenhar funções que excedem às atribuições de seu cargo, no Hospital Regional de Planaltina, em contato com materiais infectantes, o que acabou por ocasionar a sua contaminação por citomegalovírus.

Afirma que engravidou em 1999, mas, por negligência da rede pública de saúde, a presença do vírus não foi detectada nos exames de pré-natal. Assevera que, em razão da infecção viral, seu filho desenvolveu a "Síndrome de West", que ocasionou paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica. Acresce que a criança necessita de cuidados especiais, o que lhe exige atenção excepcional.

Sustenta que passou por diversos percalços em razão do tratamento de saúde de seu filho, que lhe acarretaram transtornos psicológicos que ainda hoje são objeto de tratamento.

Conclui requerendo a condenação do réu ao pagamento de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), a título de indenização por danos morais. Pede a gratuidade de justiça.

Com a petição inicial foram apresentados os documentos de fls. 18/33.

Citado, o réu apresentou contestação às fls. 43/64, pugnando pela improcedência do pedido.

Alega que a pretensão se encontra prescrita, em razão do transcurso de prazo superior a cinco anos desde o nascimento da criança, em 1999.

Sustenta que as atribuições desempenhadas pela autora no Hospital Regional de Planaltina eram legalmente atribuídas ao cargo que ocupa, não havendo desvio de função. Ainda assim, aponta que não há qualquer prova de que a infecção da autora por citomegalovírus tenha ocorrido em seu ambiente de trabalho.

Acresce que não há nexo de causalidade entre qualquer atuação da Administração Pública e a síndrome que acometeu o filho da autora.

Noticia que o filho da autora ajuizou ação indenizatória em desfavor do Distrito Federal e, nas instâncias ordinárias, os pedidos foram julgados improcedentes. O acolhimento da pretensão teria ocorrido apenas com o provimento de recurso extraordinário, entretanto, sustenta que as decisões das instâncias ordinárias foram mais coerentes com o conjunto probatório, já que não há nexo causal entre os atos do Poder Público e as supostas lesões.

Impugna a ocorrência dos danos narrados na petição inicial e a quantia apontada para a reparação pretendida.

Com a contestação foram apresentados os documentos de fls. 65/97.

Réplica às fls. 100/101, em que a autora refuta a ocorrência da prescrição, ao argumento de que os seus problemas emocionais persistem até hoje.

Em especificação de provas, a autora pediu a oitiva de testemunhas e de seu próprio depoimento pessoal, enquanto o réu pediu a produção de provas periciais.

Acrescente-se que a r. sentença reconheceu a prescrição da pretensão da autora, julgando extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inc. IV, do CPC, condenando-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em R$ 350,00, cuja exigibilidade fica suspensa, pois deferido o benefício da justiça gratuita.

A autora interpôs apelação (fls. 113/6), na qual defende que não houve prescrição, sob o argumento de que "a violação ao direito da autora se protrai no tempo, tendo um caráter contínuo e omissivo, renovando-se a cada ato, conforme assente jurisprudência pátria" (fl. 114). Colaciona julgados.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para anular a r. sentença e, considerando-se madura a causa, julgar procedente o pedido inicial.

Recurso sem preparo, pois beneficiária da justiça gratuita (fl. 109).

Contrarrazões do Distrito Federal (fls. 121/4).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Vera Andrighi (Relatora) – Conheço da apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, destacamos que em ação de indenização ajuizada pelo filho da apelante-autora contra o apelado Distrito Federal (processo 2001.01.1.104148-4), o e. STF, nos autos do recurso extraodinário 495.740/DF da Relatoria do Min. Celso de Mello, reconheceu a responsabilidade civil do Estado pela doença que acometeu o adolescente G.J. de F. S., nos seguintes termos:

> DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão, que, emanado do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, reconheceu inexistente, no caso ora em exame, o nexo de causalidade material entre "(...) a doença contraída, geradora de paralisia cerebral, cegueira e má-formação encefálica e a conduta da rede hospitalar pública (...)" (fls. 295).
>
> A parte ora recorrente, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustenta que o Tribunal *a quo* teria transgredido o preceito inscrito no art. 37, §6º, da Constituição da República.
>
> O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, ao opinar pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário (fls.355/358), reconheceu subsistir, na espécie, a responsabilidade civil objetiva do Distrito Federal:
>
> "Este recurso extraordinário é interposto de acórdão que, em grau de apelo, negou, por não vislumbrar nexo de causalidade entre a atuação administrativa e o dano, direito à indenização, em favor da requerente, por prejuízos morais e materiais sofridos em virtude de sua contaminação, enquanto servidora do berçário do Hospital Regional de Planaltina-DF, no período gestacional, por citomegalovírus, com graves e irreparáveis consequências para o feto."
>
> Insurge-se, o recorrente, alegando violação ao art. 37, §6º da CF/88. Quer cabível a iniciativa com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional.

1. Cumpridos os requisitos objetivos de admissibilidade, o recurso é de ser conhecido e provido.

2. Estado deve ser responsabilizado quando, apesar de não ter agido diretamente para causar o dano, expõe alguém a situação de risco, desencadeando o processo que nele resulta. Conquanto decorra, de forma mediata, de ato comissivo, aplica-se-lhe o princípio da responsabilidade objetiva.

3. Firmada a premissa, na espécie, é incontroverso, prescindindo de nova avaliação do contexto probatório, o manuseio, pela servidora do berçário E.R.F. , acometida de infecção por citomegalovírus, de elementos potencialmente contaminantes, quais sejam, urina e sangue de recém-nascidos.

4. De outra parte, o Estado não arcou, sequer, com o pagamento do adicional de insalubridade, devido nessas circunstâncias (fls. 18-22), submetendo a funcionária a situação de contágio, sem opção de mudança de setor ou qualquer compensação financeira.

Constatada a gravidez, nada foi alterado no panorama descrito, recalcitrando o poder público na exposição da servidora a risco injustificado, principalmente porque, exercendo o cargo de técnica de administração pública, não deveria estar transportando urina e sangue para os exames laboratoriais. Assim, enquanto empregador, assumiu, com a conduta, o risco deliberado de lesionar o feto, o que ocorreu a partir do contágio da gestante por citomegalovírus, com consequências desastrosas e permanentes, refletidas em tetraplegia, epilepsia e má-formação encefálica, com grave sofrimento para a mãe e a criança e vultosas despesas, incompatíveis com sua situação econômica, para o tratamento clínico da enfermidade e suas repercussões.

A falha do Estado, todavia, não se exauriu na exposição da gestante aos agentes infecciosos, estendendo-se ao acompanhamento pré-natal, em que, apesar de obrigatório, não requisitou o exame para detectar a presença de eventual infecção por citomegalovírus, que poderia ter minorado as lesões do feto, revelando-se deficiente e inadequado o atendimento público.

O caso continuou a ser agravado pela Administração, através de seus agentes, que, por ocasião do parto, não agiram com a necessária presteza,

submetendo o bebê, em razão da demora, a estado de sofrimento e ingestão de mecônio.

Com efeito, a teoria do risco administrativo é o substrato da responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos que os agentes públicos, nessa qualidade, tenham causado. A tanto, é irrelevante a caracterização de culpa ou da efetiva demonstração da falta do serviço, bastando a materialização do dano e a possibilidade de se inferir o vínculo de causalidade entre sua ocorrência e a atuação administrativa – que se evidencia, *in casu*, em três momentos distintos, como já referido: a submissão da servidora a agentes infecciosos, no período gestacional; a prestação deficiente do acompanhamento pré-natal – com a prevalência de interesses patrimoniais do Estado sobre a inafastável e superior proteção à vida; o parto tardio, com evidente agravamento do estado de saúde, já debilitado, do recém-nascido.

(...) Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 355/358), conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, §1º-A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada por Gustavo Julian de Félix Silva, representado por sua mãe, Elisabeth Regina Félix (fls. 02/11).

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2008. Ministro CELSO DE MELLO Relator" (grifos nossos)

Na presente demanda, a apelante-autora sustenta que os supostos danos morais por ela sofridos teriam se originado com o nascimento de seu filho com paralisia cerebral no ano de 1999 e se protraído no tempo até os dias atuais, configurando lesão continuada, não ocorrendo a prescrição de sua pretensão indenizatória contra o Estado.

Os fatos narrados e os documentos nos autos demonstram todos os percalços pelos quais passa a mãe que possui filho com doença incapacitante para toda a vida. Sob esse aspecto, a lesão alegada tem termo inicial e prossegue no mundo fático pertencendo a cada dia vivido pela genitora.

Por outras palavras, os danos enfrentados pela apelante-autora não se restringem ao episódio do nascimento da criança, mas estão presentes no seu cotidiano, frutos de uma lesão que persistirá ao longo da vida da genitora, como se fora uma contínua lesão de sua esfera íntima.

Assim, não há prescrição integral da pretensão, pois o prazo de cinco anos (Decreto 20.910/32) é contado retroativamente da data do ajuizamento da ação.

Nesse sentido, colaciono julgado do e. STJ:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL. PRAZO PRESCRICIONAL. SUCESSIVOS ATOS GERADORES DO DANO MORAL. TERMO INICIAL ÚLTIMO ATO PRATICADO. 1. Este Tribunal tem entendimento de que, quanto ao prazo prescricional de ação de indenização por danos morais, o termo inicial em caso de violação continuada, conta-se a partir do último ato praticado. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1231513/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 26/04/2011)

Isso posto, conheço da apelação da autora, dou provimento para anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos ao Primeiro Grau para que seja dado prosseguimento ao feito, quanto à pretensão indenizatória em tese não prescrita, isto é, a partir de 13/01/07.

É o voto.

Des. Jair Soares (Revisor) – A teor dos arts. 1º e 2º do Dec. 20.910/32, toda e qualquer ação contra a Fazenda Pública prescreve em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originar.

O ato do qual se origina a presente ação é o nascimento do filho da autora, portador de "síndrome de West", no ano de 1999, supostamente em virtude de contaminação da autora quando trabalhava no Hospital Regional de Planaltina durante a gestação.

A ação, porém, só foi ajuizada em 11.10.11, praticamente doze anos após.

Com a violação ao direito, nasce a pretensão. E com ela, tem início o prazo prescricional.

A propósito do tema, julgado desta Turma:

> ADMINISTRATIVO. DISTRITO FEDERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TRATAMENTO MÉDICO. CONDUTA OMISSIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PRESCRIÇÃO. DEC. 20.910/32. 1. A pretensão de indenização por danos decorrentes de ato omissivo ou comissivo do Distrito Federal prescreve em cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. 2. A Constituição Federal adotou o caráter objetivo da responsabilidade civil do Estado, sendo suficiente a prova da conduta ativa ou omissiva do agente público, do nexo de causalidade e do evento danoso para estabelecer a obrigação de reparar os danos (CF, art. 37, §6º). 3. Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão n.635169, 20100110008644APC, Relator Desembargador José Divino de Oliveira, 6ª Turma Cível, Publicado no DJE: 22/11/2012. Pág.: 194)

Além disso, mesmo que se considere que o direito de ação para a autora nasceu, posteriormente, com os danos psicológicos sofridos pela doença do filho – cujo início se deu em 2001 – , ainda assim, decorreram-se dez anos até o ajuizamento da ação. Prescrita a pretensão.

Nego provimento.

DECISÃO PARCIAL

Enquanto a Relatora dava provimento ao recurso e o eminente Revisor o negava, pediu vistas o Vogal.

PEDIDO DE VISTA

VOTO-VISTA

Des. José Divino (Vogal) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de apelação contra a sentença que, nos autos da ação de conhecimento, subordinada ao procedimento comum de rito ordinário, ajuizada por E.R.F. em face

de DISTRITO FEDERAL, pronunciou a prescrição da pretensão indenizatória, julgando extinto o processo com resolução do mérito.

A autora afirma que, durante a gestação de seu terceiro filho, trabalhou em contato com agentes infecciosos, vindo a ser contaminada pelo citomegalovírus. Conta que o réu não solicitou no pré-natal o exame para detectar a referida infecção, que acabou sendo transmitida ao feto. Declara que, em razão disso, seu filho nasceu com a síndrome de West, apresentando paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica. Sustenta que, diante do quadro clínico da criança, precisou se dedicar quase que exclusivamente ao filho, passando, com o decorrer do tempo, a ter problemas emocionais, tais como, transtorno de ansiedade generalizada; síndrome depressiva crônica; distúrbios de sono; dores pelo corpo; dores de cabeça, ansiedade; entre outros, até ser diagnosticada, em 2011, com fibromialgia. Postula a compensação dos danos, no valor de R$ 140.000,00.

Os danos morais alegados não se referem, portanto, à infecção contraída na gestação propriamente dita, mas às consequências de gerar e criar uma criança portadora de necessidades especiais.

Dessa forma, o marco inicial do prazo prescricional da pretensão indenizatória não pode ser a data do parto ou da descoberta da doença incapacidade.

A ofensa ao estado psicológico e emocional da autora se deu de forma sucessiva e gradual, de modo que não há como atribuir um termo inicial ao seu sofrimento.

De fato, a violação alegada se protraiu no tempo, na medida em que a criança ia crescendo e necessitando cada vez mais de sua genitora.

Por conseguinte, não há falar de prescrição da pretensão indenizatória contra o Estado.

Acerca do tema, confiram-se os seguintes precedentes:

> PROCESSO CIVIL E CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. SEGURO HABITACIONAL. DANOS CONTÍNUOS E PERMANENTES. PRESCRIÇÃO. PRAZO. *DIES A QUO*. TERCEIRO BENEFICIÁRIO. (...) 3. Sendo os danos ao imóvel de natureza sucessiva e gradual, sua progressão dá azo a inúmeros sinistros sujeitos à cobertura securitária, renovando seguidamente a pretensão do beneficiário do seguro e, por conseguinte, o marco inicial do prazo prescricional. Em

situações como esta, considera-se irrompida a pretensão do beneficiário do seguro no momento em que, comunicado o fato à seguradora, esta se recusa a indenizar. 4. Reconhecendo o acórdão recorrido que o dano foi contínuo, sem possibilidade de definir data para a sua ocorrência e possível conhecimento de sua extensão pelo segurado, não há como revisar o julgado na via especial, para escolher o dia inicial do prazo prescricional. Precedentes. 5. Recurso especial provido."[1]

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL. PRAZO PRESCRICIONAL. SUCESSIVOS ATOS GERADORES DO DANO MORAL. TERMO INICIAL ÚLTIMO ATO PRATICADO. 1. Este Tribunal tem entendimento de que, quanto ao prazo prescricional de ação de indenização por danos morais, o termo inicial em caso de violação continuada, conta-se a partir do último ato praticado. 2. Agravo regimental improvido."[2]

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, para afastar a prescrição da pretensão indenizatória e anular a respeitável sentença, determinando-se o retorno dos autos a Vara de origem, para regular prosseguimento da ação.

É como voto.

DECISÃO

Conhecido. Provido, maioria.

1 REsp 1143962/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 09/04/2012.

2 AgRg no REsp 1231513/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 26/04/2011.

APELAÇÃO CÍVEL

2011101005503-4

Relatora – Desa. Simone Lucindo

Primeira Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Processo civil. Ação de indenização. Agravo retido. Prova testemunhal e pericial. Juiz como destinatário final da prova. Ausência de cerceamento de defesa. Responsabilidade civil. Consumidor. Indenização. Acidente automobilístico. Queimaduras derivadas de explosão de radiador de ônibus. Responsabilidade pelo fato do serviço. Responsabilidade objetiva. Segurança e informação. Não demonstração de excludente de responsabilidade. Dano moral. Violação à órbita da personalidade. Cicatriz na perna. Desdobramento nos hábitos ordinários da vítima. Dano estético. Súmula 246 do Superior Tribunal de Justiça. Abatimento do seguro DPVAT do valor da indenização. Impossibilidade. Necessidade de demonstração de que o seguro foi recebido efetivamente.

1. O juiz é o destinatário final da prova, de modo que, tendo o magistrado recolhido elementos bastantes para elucidar a dinâmica do evento narrado, não há falar em cerceamento de defesa, em decorrência da dispensa da oitiva de outra testemunha arrolada pela parte ré.

2. Sendo suficiente e conclusivo o laudo pericial acerca da origem e da extensão da cicatriz, não se revela útil e necessário à formação do acervo probatório dos autos a providência reclamada de provocar esclarecimentos novos sobre questões já demarcadas pelo *expert*.

3. Em sede de responsabilidade por fato do serviço, não se perquire acerca da existência de culpa por parte da prestadora do serviço (responsabilidade objetiva – art. 14, *caput*, do CDC), sendo, nessa linha, suficiente a demonstração do nexo causal e do dano perpetrado, competindo à prestadora do serviço, na forma do art. 14, §3º, do CDC, o ônus de provar a inexistência do defeito do serviço (inversão do ônus *ope legis*).

4. Diante do direito básico do consumidor atinente à proteção da vida, saúde e segurança (art. 6º, I, do CDC), deve o prestador de serviço de transporte, porque sabedor dos riscos inerentes ao serviço de transporte urbano oferecido, orientar a acomodação dos passageiros, de modo a impedir que consumidores fiquem nas proximidades de área na qual haveria um incremento de risco à sua integridade física.

5. Não demonstrada a ocorrência da excludente de responsabilidade atinente à culpa exclusiva do consumidor e porque preservado o nexo causal entre o defeito do serviço e o dano causado, revela-se formado o dever sucessivo de compensação do prestador de serviço.

6. Os danos físicos (queimaduras de segundo grau) decorrentes da explosão de um radiador adentram na esfera dos direitos da personalidade do consumidor, tendo em conta a aflição e a perturbação considerável de que foi vítima, não podendo, de modo algum, ser reduzido o evento a um incidente ou a um mero dissabor, de tal sorte que se revela presente violação à órbita dos direitos da personalidade do consumidor.

7. Sendo permissionária de serviço público de transporte urbano, a prestadora de serviço possui o dever de prestar um serviço adequado, o qual perpassa pela preservação da incolumidade do passageiro, como é próprio de todo contrato de transporte, mas também pela preservação da dignidade do cidadão. A prestação de um serviço público, ainda que por delegação, não pode se confundir com a mera exploração de atividade econômica em sentido estrito, devendo, dessa forma, atentar-se aos primados próprios de uma atividade realizadora do interesse público.

8. O dano estético figura como categoria autônoma em relação ao dano moral (Súmula 387 do e. STJ), ficando caracterizado diante de um efeito particular de um dano físico, a saber, a exteriorização de um "enfeiamento", por exemplo, em decorrência de cicatrizes.

9. O dano estético não se atém à projeção fisiológica do dano, envolvendo a imagem física da pessoa em aspectos associados, por exemplo, a movimentos habituais de andar, de gesticular, de comportar-se, caracterizando, nessa linha, ofensa com relevo jurídico por vilipendiar as expressões próprias da dinâmica da personalidade da pessoa.

10. Em se tratando de mulher, cuja vaidade natural conta com a sensação de bem-estar, o dano referente a uma cicatriz hipercrômica (tonalidade diversa da pele e mais escura) na perna perturbará hábitos ordinários da sua vida como o de se vestir, bem como repercutirá no modo de exposição da sua imagem, o que caracteriza dano estético.

11. O abatimento do valor do seguro DPVAT da indenização judicial (Súmula 246 do e. STJ) somente tem lugar, quando, evidentemente, for demonstrado que a vítima foi contemplada com essa quantia, sob pena de ser prolatada sentença circunstanciada. Logo, em razão da necessidade de atividade cognitiva, a qual imprescinde de provocação do jurisdicionado (princípio da inércia), não é possível, para efeito de abatimento, antever o valor do DPVAT, o qual pode ser inclusive proporcional, motivo pelo qual a minoração da condenação com base em conjectura importaria a atribuição ao ofensor de um ganho sem causa (locupletamento ilícito).

12. Agravos retidos conhecidos aos quais se nega provimento. Apelo conhecido a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Simone Lucindo – Relatora, Alfeu Machado – Revisor, Flavio Rostirola – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer da apelação, conhecer dos agravos retidos e negar provimento, no mérito, negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 24 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela VIAÇÃO PLANALTO LTDA. em face de sentença proferida em sede de ação de indenização, pela qual foi julgado parcialmente procedente o pedido para condenar a ora apelante em danos morais no valor de R$ 10.000,00 e danos estéticos na quantia de R$ 15.000,00.

Em suas razões, requer o acolhimento das preliminares agitadas em dois agravos retidos, interpostos na direção de ser reconhecido cerceamento de defesa. No mérito, intenta o apelante demonstrar, para efeito de exclusão da sua responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima, bem como a inexistência de dano moral e estético. Subsidiariamente, requer a minoração das quantias arbitradas com o abatimento do valor da indenização referente ao DPVAT na forma da Súmula 246 do e. STJ.

Preparo à fl. 240.

Contrarrazões às fls. 246/255, pugnando-se pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Simone Lucindo (Relatora) – Presentes os pressupostos, conheço do apelo.

Principio pelo exame das preliminares insertas nos dois agravos retidos interpostos (fls. 133/134 e 176/178 – nomeado indevidamente como reconsideração).

Presentes os pressupostos, conheço do agravo retido.

Em sede de produção de provas, o juízo de piso ouviu três testemunhas de acusação e duas de defesa, dispensando as demais.

O juiz é o destinatário final da prova, de modo que, tendo o magistrado recolhido elementos bastantes para elucidar a dinâmica do evento narrado, não há que se falar em cerceamento de defesa, em decorrência da dispensa da oitiva de outra testemunha arrolada pela parte ré.

Sendo assim, porque a prova testemunhal foi produzida mediante a oitiva de testemunhas de ambas as partes, fica evidenciada a preservação do equilíbrio de "armas" entre as partes, fenecendo, dessa forma, o suposto cerceamento de defesa a que alude o ora apelante.

Rejeito, pois, a preliminar de cerceamento de defesa decorrente da dispensa de uma das testemunhas.

Em relação à preliminar de cerceio de defesa em razão do não acolhimento do pleito de esclarecimento do perito acerca da cicatriz, tenho que também não assiste razão ao apelante.

O laudo produzido, inclusive o complementar de fl. 163, foi claro, suficiente e conclusivo no que cerca à existência de "cicatriz hipercrômica em toda a face lateral da perna esquerda, medindo 27 cm de caráter permanente". Vale esclarecer que a cicatriz discrômica é aquela que possui tonalidade diversa da pele, sendo a hipercrômica aquela mais escura.

Assim, vejo que o intento de questionar por outra oportunidade sobre a reversibilidade da cicatriz mostra-se já rechaçado pela conclusão do laudo (deformidade permanente), fazendo crer que o pleito adere apenas ao ensejo de procrastinar o feito.

Sendo suficiente e conclusivo o laudo acerca da origem e da extensão da cicatriz e em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, não se revela útil e necessário à formação do acervo probatório dos autos a providência reclamada pelo ora apelante de provocar esclarecimentos novos sobre questões já demarcadas pelo *expert*.

Rejeito, assim, a preliminar de cerceamento de defesa derivada do indeferimento do pleito de esclarecimento quanto ao laudo pericial.

Posto isso, conheço, mas nego provimento ao agravo retido, ficando, assim, repelidas as preliminares nele agitadas.

Passo ao mérito.

Sem razão o apelante.

Os autos dão nota da ocorrência de um evento consistente na explosão do radiador de um ônibus da frota da ora apelante que resultou na projeção de água em temperatura elevada nas pernas da ora apelada, ocasionando queimaduras de segundo grau, bem como cicatriz (laudo de fls. 163/163-v), o que caracterizaria dano moral e estético.

Pois bem.

A autora, na condição de passageira, figurava como consumidora do serviço prestado pela apelante (contrato de transporte), apontando na direção de que a hipótese indica a existência de relação de consumo.

O evento descrito caracterizou um acidente de consumo em decorrência de defeito (anormalidade extrínseca) na prestação do serviço, o qual comprometeu a segurança da apelada, então consumidora.

Em sede de responsabilidade por fato do serviço, não se perquire acerca da existência de culpa por parte da prestadora do serviço (responsabilidade objetiva – art. 14, *caput*, do CDC), sendo, nessa linha, suficiente a demonstração do nexo causal e do dano perpetrado, competindo à prestadora do serviço, na forma do art. 14, §3º, do CDC, o ônus de provar a inexistência do defeito do serviço (inversão do ônus *ope legis*).

Essa é a jurisprudência do e. STJ:

> RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA CLÍNICA MÉDICA. ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. 1. Demanda indenizatória proposta pelo marido de paciente morta em clínica médica, alegando defeito na prestação dos serviços médicos. 2. A regra geral do art. 14, *caput*, do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. 4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção. 5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é da clínica recorrida por imposição legal (inversão *'ope legis'*). Inteligência do art. 14, §3º, I, do CDC. 6. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 986648/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 02/03/2012) (g.n.)

Sob a mesma diretriz, segue a jurisprudência local:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMPRESA DE TRANSPORTE. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMU-

> LAÇÃO. POSSIBILIDADE. *QUANTUM*. REDUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, §3º, CPC. MÍNIMO LEGAL. VALOR INICIAL MERAMENTE ESTIMATIVO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. O julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, não configura cerceamento de defesa se as provas carreadas aos autos foram suficientes para formar o convencimento do julgador, principalmente quando dispensadas diligências inúteis ou meramente protelatórias. Agravo retido não provido. 2. Tratando-se de responsabilidade civil objetiva, demonstrado o nexo causal entre o evento e os danos experimentados pela parte, surge, para o agente causador, a obrigação de indenizá-los, tanto pelos danos morais quanto pelos danos estéticos, destacando-se que a responsabilidade objetiva somente resta excluída nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima ou da falta de demonstração de nexo de causalidade. 3. Indiscutível a responsabilidade civil da concessionária de serviços públicos pelos danos causados à usuária que tem seu rosto marcado com cicatriz em lábio inferior em razão de acidente trânsito. 4. Nenhum óbice há na cumulação do dano estético com o dano moral. Súmula 387/STJ. 5. Deve ser reduzido o *quantum* indenizatório se este mostrar-se elevado, na medida em que a quantia servirá para amenizar o sofrimento sentido em decorrência do dano, satisfazendo, de igual forma, o sentido punitivo da indenização. 6. Se há sentença condenatória, deve ser aplicado o §3º do art. 20 do CPC, não podendo ser fixados honorários advocatícios aquém do mínimo legal. 7. O valor requerido na ação de indenização por danos morais é apenas estimativo, não vinculando o Julgador e não implicando em sucumbência da parte autora a fixação de valor inferior ao pleiteado. Súmula 326/STJ. 8. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO DA AUTORA CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. APELAÇÃO DA RÉ CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA (Acórdão n.510936, 20080110520795APC, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 01/06/2011, Publicado no DJE: 10/06/2011. Pág.: 165) (g.n.)

Compulsando os autos, vejo que o juízo de piso foi bem na reconstrução da dinâmica dos fatos, bem como na tarefa de fazer atuar as normas consumeristas na hipótese.

A prova testemunhal (fls. 133/140) vai ao encontro da descrição da inicial de que, em meio ao transporte, a consumidora, que se encontrava nas proximidades do radiador, foi atingida por água fervendo provinda do radiador que acabara de explodir.

O ora apelante, no desígnio de demonstrar a excludente de responsabilidade referente à culpa exclusiva do consumidor (art. 14, §3º, II, do CDC), sustenta que a apelada, ao arrepio dos avisos contidos de proibição de se sentar sobre a tampa do radiador, insistira, razão pela qual o dano seria derivado da sua culpa exclusiva.

Dentro do desdobramento causal da hipótese, vislumbra-se como causas concorrentes para a ocorrência das queimaduras na perna a explosão do radiador e a localização da consumidora nas proximidades do radiador. Contudo, ainda que se tome como premissa o fato de a consumidora estar sentada na tampa do radiador (local impróprio), não se pode afirmar que as queimaduras não ocorreriam acaso simplesmente fosse retirada essa causa. Dessa forma, é possível concluir que emerge como causa direta e imediata a explosão do radiador, e não propriamente o local em que estava sentada a consumidora.

Ademais, acaso seja perquirida a causa adequada para o acidente, certo é que o local impróprio para trafegar em ônibus não ampara o desdobramento caracterizado por queimaduras na perna esquerda da consumidora. O local impróprio poderia, no mais, constituir a causa adequada, acaso o dano fosse caracterizado por escoriações derivadas de uma "freada brusca" do ônibus, mas, de modo algum, em se tratando de queimaduras.

Por último, ainda que se parta da premissa de que a consumidora encontrava-se sentada em local impróprio, a responsabilidade do prestador de serviços não estaria elidida.

Compõe direito básico do consumidor o direito à informação clara e adequada (art. 6º, III, do CDC), de tal modo que a regra do art. 14 do CDC compreende na responsabilidade pelo fato do serviço inclusive o acidente de consumo derivado de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Desse modo, é visto que o apelante não demonstrou com provas a existência de informação clara e suficiente aposta no ônibus acerca dos riscos de se sentar nesse local. Ademais, ainda que houvesse esse aviso, certo é que, diante do direito básico do consumidor atinente à proteção da vida, saúde e segurança (art. 6º, I, do CDC), deveria o prestador de serviço de transporte, porque sabedor dos riscos inerentes ao serviço oferecido, orientar a acomodação dos passageiros, de modo a impedir que

consumidores ficassem nas proximidades de área na qual haveria um incremento de risco à integridade física dos consumidores.

Contudo, o prestador de serviço não produziu provas robustas e idôneas no sentido de demonstrar que o serviço prestado foi oferecido despido de defeito quanto à segurança e à prestação de informações claras e adequadas. Tampouco o ora apelante demonstrou a ocorrência da excludente de sua responsabilidade atinente à culpa exclusiva da consumidora, motivo pelo qual, porque preservado o nexo causal entre o defeito do serviço e o dano causado, merece ser mantido o reconhecimento do dever sucessivo de compensação da ora apelante.

Superada a questão atinente à preservação do laço de causalidade, tenho como presente dano caracterizador de ofensa moral e estética.

Os danos físicos (queimaduras de segundo grau) decorrentes da explosão de um radiador adentram na esfera dos direitos da personalidade da apelada, tendo em conta a aflição e a perturbação considerável de que foi vítima, não podendo, de modo algum, ser reduzido o evento a um incidente ou a um mero dissabor.

A ora apelante é permissionária de serviço público, tendo como dever a prestação de um serviço adequado, o qual perpassa pela preservação da incolumidade do passageiro, como é próprio de todo contrato de transporte, mas também pela preservação da dignidade do cidadão. A prestação de um serviço público, ainda que por delegação, não pode se confundir com a mera exploração de atividade econômica em sentido estrito, devendo, dessa forma, atentar-se aos primados próprios de uma atividade realizadora do interesse público.

Com efeito, a apelada, consumidora de um serviço público, possui hígidas expectativas de usufruir de um serviço adequado, o qual envolveria a chegada ao seu destino com segurança e em tempo razoável. Entretanto, a apelada não chegou ao destino desejado, e sim ao hospital com queimaduras de segundo grau, o que ocasionou uma cicatriz de 27 centímetros na perna esquerda.

A dinâmica dos fatos e a conduta do ofensor (manutenção de veículo em tráfego sem manutenção, falta de preparo de seus prepostos no sentido de orientar os passageiros acerca da regular acomodação, ausência de atendimento ao direito

de informação clara e suficiente) justificam, a meu sentir, a quantia arbitrada pelo juízo de piso a título de dano moral (R$ 10.000,00).

Melhor sorte não está reservada ao intento de descaracterização do dano estético.

O dano estético figura como categoria autônoma em relação ao dano moral (Súmula 387 do e. STJ), ficando caracterizado diante de um efeito particular de um dano físico, a saber, a exteriorização de um "enfeiamento", por exemplo, em decorrência de cicatrizes.

Essa é a jurisprudência da Corte Superior:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. CICATRIZES. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (Súmula 387/STJ). 2. Pode esta Corte rever o valor arbitrado a título de danos morais quando o mesmo se mostrar além ou aquém do que for considerado razoável. 3. Danos moral e estéticos reduzidos, para amoldar-se a parâmetros compatíveis com a lesão causada. 4. Recurso parcialmente provido. (REsp 752.260/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 16/09/2010)

Embora o patrono da parte ré, questione a autenticidade das fotografias, as quais poderiam ter sido manufaturadas, certo é que, oportunamente, não se valeu dos meios processuais idôneos para esse mister, por exemplo o incidente de falsidade. Irrelevantes, portanto, tais digressões.

O laudo pericial é suficiente para embasar a conclusão da existência de dano estético, uma vez que a consumidora, após o evento, passou a trazer em sua perna uma cicatriz de 27 centímetros, que percorre toda a extensão de sua perna, decorrente de um serviço público com graves defeitos, e que causa vergonha nesta Capital Federal.

Em se tratando de uma mulher, cuja vaidade natural conta com a sensação de bem-estar, é visto que o dano perturbará inclusive a mera escolha de roupas, bem como o seu comportamento no convívio social, o que, sem sombra de dúvida, caracteriza dano estético, o qual foi arbitrado pelo juízo de piso com sobriedade na ordem de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A jurisprudência local, atenta à projeção de uma marca distintiva na pele de uma pessoa como detentora do condão de caracterizar dano estético, adere à inteligência ora adotada:

> EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA. ESQUECIMENTO DE MATERIAL CIRÚRGICO NO CORPO DA PACIENTE. NOVO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CICATRIZ NO ABDÔMEN. DANO MORAL E ESTÉTICO CONFIGURADOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. 1. A fixação do dano moral, o qual pode ter como desdobramento o dano estético, cuja reparação pode ser buscada tanto de forma autônoma como cumulativa, nem sempre é tarefa fácil para o julgador, diante da subjetividade que envolve a questão. Todavia, há de se ter por parâmetro um valor razoável, observando as circunstâncias do caso e as condições econômicas das partes de modo a ensejar na vítima o sentimento de que o causador do dano não ficou impune e ainda evitar enriquecimento indevido. **2. A constatação de cicatriz de aspecto notável no abdômen é suficiente para caracterizar o dano estético, na medida em que qualquer marca que destaque a pessoa negativamente é apta a prejudicar o convívio nas relações públicas, sem contar o abalo na imagem que a pessoa lesionada tem de si mesma, nos sentimentos negativos que se perpetuam em decorrência da marca em seu corpo.** 3. Embargos infringentes conhecidos e providos. (Acórdão n.628333, 20060110171300EIC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: ROMEU GONZAGA NEIVA, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 17/09/2012, Publicado no DJE: 23/10/2012. Pág.: 54) (g.n.)

Portanto, não merece retoque algum a r. sentença quanto à conclusão de que, na hipótese, ficaram caracterizados danos morais e estéticos.

Por fim, o ora apelante requer o abatimento do seguro obrigatório.

Não desconheço o teor da Súmula 246 do e. STJ, todavia apenas há falar em abatimento do valor do seguro DPVAT da indenização judicial relativa ao mesmo dano, quando, evidentemente, for demonstrado que a vítima foi contemplada com essa quantia.

Novamente, o réu não demonstrou esse fato modificativo do fato constitutivo do direito da autora (art. 333, II, do CPC), não podendo, assim, a sentença conter desconto de quantia não recebida.

Nada obstante a inteligência eleita nos arestos trazidos pelo apelante, guardo reservas quanto ao entendimento de que é possível o abatimento ainda que não recebido o Seguro Obrigatório, uma vez que essa medida implicaria admitir a prolação de uma sentença circunstanciada o que não adere aos reclames de segurança jurídica, bem como partiria da premissa de que a autora é obrigada a propor ação em vista da indenização do DPVAT. Em um Estado de Direito, não é possível obrigar ninguém a postular direitos em juízo, ainda mais em se tratando de direitos patrimoniais.

Ademais, sabe-se que a jurisprudência hoje admite a indenização proporcional do DPVAT, de modo que seria inviável identificar qual seria o valor passível de abatimento. Enfim, em razão da necessidade de atividade cognitiva a qual imprescinde de provocação do jurisdicionado (princípio da inércia), não é possível antever o abatimento do DPVAT, minorando a condenação do ora apelante, sob pena de, assim fazendo, atribuir-lhe um ganho sem causa (locupletamento ilícito).

Por tudo isso, fica evidente que a r. sentença merece ser mantida.

Posto isso, com base nos fundamentos supra, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao agravo retido, ficando repelidas as preliminares agitadas; e CONHEÇO, mas NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação, ficando preservada na íntegra a r. sentença vergastada.

É como voto.

Des. Alfeu Machado (Revisor) – Com o Relator.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer da apelação, conhecer dos agravos retidos e negar provimento, no mérito, negar provimento, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2012011027289-5

Relatora – Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito

Sexta Turma Cível

EMENTA

Processo civil. Ação de conhecimento. Descoberta de jazida mineral. Inscrição DNPM. Ônus da prova.

1. Por se tratar a concessão de pesquisa de lavra mineral, de ato solene, de natureza constitutiva, é de somenos importância quem descobriu primeiramente o afloramento de determinada jazida, tendo em vista que ao caso rege o princípio "do primeiro no tempo", ou seja, o direito de outorga de alvará de pesquisa é em favor daquele que primeiramente o protocoliza junto ao DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral.

2. Ao autor incumbe o ônus da prova relativo direito invocado na inicial, nos moldes do art. 333, I, do CPC e ao réu a demonstração da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme art. 333, II, CPC. 3.1. Não tendo o autor se desincumbindo do ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito pleiteado, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

3. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Ana Maria Duarte Amarante Brito – Relatora, Jair Soares – Vogal, Vera Andrighi – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Desprovido. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de junho de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da r. sentença de fls. 204 e seguintes que ora transcrevo:

> Cuida-se de Ação Ordinária movida por J.M. da C. contra A.C.D., R.B., A.S.S..
>
> Alega o autor, em breve síntese, que encontrou afloramento de calcário na região da FERCAL, em Sobradinho/DF, tendo solicitado ao primeiro réu auxílio para verificação de viabilidade de sua exploração.
>
> O primeiro réu, contudo, acompanhado pelos segundo e terceiros réus, teriam requerido em nome deste último, junto ao órgão federal competente, a obtenção de dois alvarás de pesquisa para exploração da área encontrada pelo autor.
>
> Assim, requer a condenação dos réus a promoverem a transferência dos alvarás para o seu nome.
>
> O pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional foi indeferido às fls. 27, em decisão que também determinou a citação.
>
> Citados, os réus ofertaram contestação às fls. 64/78.
>
> Alegam, em preliminar, a incompetência absoluta deste juízo para apreciar a matéria, uma vez que o autor pretenderia a anulação de ato administrativo realizado por autarquia federal. Requerem, ademais, a exclusão do segundo réu do polo passivo.
>
> No mérito, afirmam que, em verdade, todos os contratantes, inclusive o autor, pretenderam a exploração da área em sociedade, e não somente a favor do autor.
>
> Réplica às fls. 114/118.
>
> As partes especificaram as provas que pretendiam produzir.
>
> As preliminares foram decididas e afastadas na decisão saneadora de fls. 131/133, que também fixou os pontos controvertidos e deferiu a produção de provas.
>
> Foi realizada a audiência de instrução e julgamento às fls. 169/173, tomando-se o depoimento pessoal do autor, e tendo sido ouvidas as testemunhas arroladas.

O Departamento Nacional de Produção Mineral prestou informações às fls. 176/177.

As partes falaram em alegações finais às fls. 182/185 e 188/190.

Acrescento que a d. sentenciante do 1º grau de jurisdição julgou improcedentes os pedidos lançados na inicial, condenando o autor ao pagamento das custas e honorários de advogado. Para tanto, sustentou, em síntese, que o autor não teria demonstrado em juízo os fatos constitutivos do direito alegado, na forma do art. 333, inc. I, do CPC, motivo pelo qual não haveria como acolher o pleito por ele defendido.

Irresignado, apelou o autor (fls. 209/247). Repisados os termos lançados na inicial, asseverou, em síntese, que houve confissão dos apelados, por ocasião da apresentação de suas defesas, cujo fato que não teria sido levado em consideração pelo juízo *a quo*. Alegou que as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram a assertiva do autor, de que o requerimento de pesquisa de lavra deveria ter sido realizado em seu nome, já que foi ele quem encontrou o afloramento de calcário descrito na inicial. Ressaltou que não foi considerado o ofício encaminhado ao DNPM, que indicou ser possível a cessão de direitos da autorização para pesquisa de lavra. Tece comentários, bem assim colaciona excertos legislativos acerca do tema da pesquisa de lavra mineral. Do mesmo modo, tece ilações quanto ao princípio da boa-fé, defendendo ser válido o acordo verbal entabulado com os réus. Colaciona julgados em favor da tese esposada, postulando, ao final, seja o recurso conhecido e provido para o fim de se julgar procedente o pedido lançado na inicial, no sentido de obrigar os réus/apelados a transferirem ao autor a titularidade do alvará de pesquisa do processo DNPM 861/183/2011.

Regular preparo à fl. 248.

Intimados (fl. 250), os réus não ofertaram contrarrazões (fl. 251).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Relatora) – Cabível e tempestivo, conheço do recurso, presentes que se encontram os demais pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de sentença que, em ação de conhecimento, sob o rito ordinário, julgou improcedente o pedido lançado na inicial, que tinha por objetivo compelir os apelados a transferirem para o apelante a titularidade do alvará de pesquisa do processo DNPM 861/183/2011.

Analisando o que dos autos consta, tenho que não assiste razão ao apelante. A r. sentença delimitou e analisou bem o tema, não merecendo, pois, qualquer reparo.

Com efeito, dispõe o art. 333, inc. I, do CPC, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

É fato incontroverso que o apelante teria descoberto o afloramento de calcário descrito na inicial. Contudo, não há nos autos qualquer comprovação de que este tenha entabulado qualquer acordo para que o primeiro apelado protocolizasse pedido de pesquisa de lavra junto ao DNPM, em nome dele, apelante.

O que se tem nos autos são os documentos acostados à fl. 17 – requerimento de autorização de pesquisa em nome do terceiro apelado – e fl. 24 – publicação do Diário Oficial da União, outorgando a este terceiro apelado o alvará de pesquisa, pelo prazo de 02 anos.

Nesses termos, por se tratar, a concessão de pesquisa de lavra mineral, de ato solene, de natureza constitutiva, é de somenos importância quem descobriu primeiramente o afloramento de determinada jazida, tendo em vista que ao caso rege o princípio "do primeiro no tempo", ou seja, o direito de outorga de alvará de pesquisa é em favor daquele que primeiramente o protocoliza junto ao DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral.

Ademais, conquanto a outorga tenha se dado em nome do terceiro apelado, os demais réus/apelados são enfáticos ao afirmarem que "não há qualquer intenção de faltarem com sua palavra empenhada perante o Autor, ou seja, a constituição de empresa, com participação financeira de todos os interessados, para formação de capital e bancar os custos da pesquisa e exploração de minério de calcário e futura lavra" (fls. 73/74).

Nesse sentido, o documento acostado às fls. 81/87 indica que o custo para se levar adiante a pesquisa de lavra, no local descrito na inicial, será de grande monta, bem assim apontam os apelados a necessidade de recolhimento de capital finan-

ceiro, por parte de todos os envolvidos, incluindo aí o apelante, para a constituição de empresa, a fim de prosseguirem com a pesquisa de lavra.

Os apelados são enfáticos, inclusive, ao afirmarem que, "apesar de o contrato ter sido entabulado verbalmente, os Primeiro e Terceiro Réus, observando o princípio da boa-fé, estão aptos a dar seguimento nas tratativas que terão como resultado a criação da empresa, para desenvolver os trabalhos de pesquisa e exploração do calcário, a que se referem os processos administrativos 14979/2011-861.182/211 e 14980/2011-861.183/2011. Todavia, caso não seja do interesse do Autor a integralizar o capital social da empresa a ser constituída, neste caso, a questão deverá ser resolvida com aplicação das regras do Código de Mineração (Art. 11, "a")" (fl. 74).

Logo, não se vislumbra qualquer intransigência ou mesmo negativa, por parte dos apelados, com objetivo de obstaculizar a participação do apelante na empreitada da pesquisa da jazida de calcário apontada na inicial.

Cumpre ressaltar, ainda, ser notório que qualquer um que encontre jazida poderá, atendidos os requisitos prévios, postular junto ao DNPM a concessão de alvará para pesquisa de lavra. Nesse sentido, não há nos autos qualquer comprovação de que o apelante tenha ingressado com tal pedido ou mesmo se insurgido contra aquele deferido em favor do terceiro apelado.

Conquanto o apelante não tenha apontado na inicial a época em que supostamente teria descoberto o tal afloramento de calcário, ao confrontar o documento de fl. 16, com data de 13.04.2010, com aquele de fl. 24, com data de 23.09.2011, vê-se que muito tempo se passou entre a data dos fatos descritos na inicial e a concessão de outorga de alvará de pesquisa ao terceiro apelado, não parecendo crível que durante todo esse tempo o apelante não tenha tomado qualquer providência ou mesmo ficado alheio ao pedido formulado em primeiro tempo pelo terceiro apelado.

Do mesmo modo, como afirmado alhures, não há nos autos qualquer comprovação de que o apelante tenha emitido mandato em nome do primeiro apelado, para que este agisse em seu nome, ou seja, em nome do apelante, junto aos órgãos públicos, a fim de obter o alvará de pesquisa, tendo em vista a inicial (fl. 03) apontar para esse sentido.

Diante do contexto fático-probatório apresentado nos autos, não há como destoar do que o d. magistrado da instância primeira decidiu, cumprindo trazer à colação, inclusive como razões de decidir, com a devida vênia, os seguintes excertos: (fl. 205v)

> Tenho, entretanto, que, em que pese a lei admitir o contrato verbal, autorizada doutrina afirma que "o mandato verbal só é válido para assuntos de pouco valor, ou seja, nos termos 401 do CPC, aqueles menores que 10 vezes o salário mínimo vigente no País à época". (OLIVEIRA, James Eduardo. Código Civil Anotado e Comentado, 2ª Edição, p. 624)
>
> No caso, o mandato para que terceiro diligencie em busca da concessão de lavra para exploração mineral destoa do contrato de pequeno valor, tendo uma das testemunhas até mesmo afirmado acreditar que o alvará de pesquisa "valha cerca de 60 milhões de reais" (fl. 171, Sr. O.G. de F.). Por tal razão, não admito, como prova do mandato, a prova exclusivamente testemunhal, nos termos do art. 401 do CPC.
>
> Com efeito, a referida prova se encontra desacompanhada de qualquer outro indício a denotar sua veracidade, a exemplo de prova de entrega de documentos para que o requerido A. promovesse junto ao DNPM o competente registro em seu (do autor) nome.
>
> Não há, deveras, prova de entrega, por exemplo, de cópia de documento de identidade, CPF, ou qualquer outro que permitisse ao terceiro réu promover o registro em nome do suposto mandante.
>
> Pelas razões expostas, é forçoso concluir que o autor não demonstrou em juízo os fatos constitutivos de seu direito, na forma do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, impondo-se o julgamento de improcedência dos pedidos autorais.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte entendimento esposado por este eg. TJDFT:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO LATERAL. PRESUNÇÃO DE CULPA INEXISTENTE. PEDIDO INICIAL E CONTRAPOSTO IMPROCEDENTES. CULPA NÃO COMPROVADA. 1. Segundo disposição do Código de Trânsito Brasileiro, art. 29, inciso III, o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e

frontal entre o seu e os demais veículos, daí a presunção de quem bate na traseira seja o culpado pelo acidente em razão de não guardar distância de segurança do veículo da frente ou por não prestar atenção no trânsito que segue a frente, tratando-se, é certo, de presunção *juris tantum*, isto é, cabe prova em contrário, que deve ser feita pelo condutor que bate na traseira. 2. Os elementos de prova constantes nos autos não comprovam culpa exclusiva do requerido, haja vista que apesar da alegação de que o réu bateu atrás, as fotos demonstram avarias apenas na lateral do veículo do autor. Dessa forma, não há como presumir a culpa do requerido, razão porque não merece qualquer reparo a respeitável sentença. 3. Ao autor incumbe o ônus da prova relativo direito invocado na inicial, nos moldes do art. 333, I, do CPC e ao réu a demonstração da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme art. 333, II, CPC. 3.1. Não tendo a autora se desincumbindo do ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito pleiteado, a improcedência do pedido é medida que se impõe. 4. Recurso improvido.(Acórdão n.677902, 20120110422093APC, Relator: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/05/2013, Publicado no DJE: 21/05/2013. Pág.: 149). (gn)

Por fim, cumpre ressaltar que as testemunhas ouvidas em juízo em nada infirmaram o contido nos autos, devendo, pois, a r. sentença impugnada prevalecer nos termos em que lançada.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Des. Jair Soares (Vogal) – Com o Relator.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Desprovido. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2006031014808-0

Relatora – Desa. Nilsoni de Freitas

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. ICMS. Documentos. Apreensão. Fiscais. Polícia. Meio ilícito. Contaminação. Inocorrência. Ciência do contribuinte da lavratura do auto de infração. Ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Inexistência. Emissão de notas fiscais sem a devida escrituração. Tipicidade. Dolo específico. Inexigência. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação. Causa de aumento de pena. Dano grave. Discricionariedade. Valor alto. Incidência. Recurso do réu. Desprovimento. Recurso do Ministério Público. Provimento.

1. A apreensão de documentos contábeis por auditores fiscais, acompanhados por policiais, sem amparo em decisão judicial, não configura abuso de poder ou ilegalidade, pois, além do acesso ao local e aos documentos ter sido franqueado pela procuradora do contribuinte, o ato constitui exercício de poder de polícia conferido aos fiscais pelos arts. 195 e 197, *caput*, e inc. VII, da Lei 5.172/66, arts. 348, *caput*, e §1º e 350, §1º, do Decreto 18.955/97 (RICMS), além de encontrar apoio no enunciado 439 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não constituindo, portanto, ofensa ao art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal.

2. Demonstrado que o contribuinte tomou conhecimento da lavratura do auto de infração, por meio de sua mandatária constituída, conforme por ele admitido em juízo, não há que se falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois lhe foram concedidos todos os prazos previstos em lei para a sua defesa que só não se realizou em razão de sua desídia.

3. A conduta de emitir notas fiscais e não escriturá-las no livro competente constitui ilícito penal nos termos do art. 1º, inc. II, da Lei 8.1137/90 e art. 362, §3º,

incs. III e IV, do RICMS. O fato de os auditores fiscais terem calculado o valor devido do imposto não afasta, por si só, a existência de sonegação ou fraude passível de responsabilização penal, pois o débito pode ser encontrado, inclusive, por arbitramento, nos casos em que não há exibição dos elementos necessários à comprovação do valor da operação ou prestação, perda ou extravio dos livros ou documentos fiscais, nos termos do art. 356, inc. I, do Decreto 18.955/97 (RICMS).

4. Para a configuração do delito descrito no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, necessária apenas a comprovação do dolo genérico. Ainda que inexigível, age com dolo de fraudar ou sonegar tributos o contribuinte que deixa de repassar ao escritório responsável pela contabilidade de sua empresa as notas fiscais de entrada de mercadorias e admite, em juízo, não ter pago alguns boletos em face de dificuldades financeiras.

5. A majorante prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90 é norma do tipo aberto, possibilitando ampla discricionariedade do magistrado em sua análise. Deve ser considerado, para fins de sua incidência, o valor originariamente devido pelo contribuinte, sem o acréscimo de correção monetária, juros ou multa. Não se considera de pequena monta ou irrisório a sonegação do ICMS no valor de R$ 874.045,00 (oitocentos e setenta e quatro mil e quarenta e cinco reais), devendo ser aplicável ao caso a causa especial de aumento de pena do art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90.

6. Recurso do réu desprovido. Apelo do Ministério Público provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nilsoni de Freitas – Relatora, João Batista Teixeira – Revisor, Jesuino Rissato – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Nilsoni de Freitas, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Rejeitadas as preliminares. Deu-se provimento ao recurso do ministério público. Negou-se provimento ao recurso do réu. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 1º de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de ação penal pública incondicionada ajuizada pelo M.P.D.F.T. em desfavor de F.H.A., ao qual foi atribuída a autoria do delito previsto no art. 1º, inc. II, da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal (doze vezes), constando da denúncia[1] que "o denunciado, no período compreendido entre julho e dezembro de 2003 e nos meses de março, abril e julho a outubro de 2004, na condição de sócio responsável pela administração e gerência da empresa DELTA AGROPECUÁRIA LTDA., situada na CNM 01, bloco G, sala 304, Ceilândia-DF, com *animus rem sibi habendi*, de forma livre e consciente, suprimiu o tributo de ICMS aos cofres do Distrito Federal, fraudando a fiscalização tributária, ao omitir operações sujeitas ao recolhimento de ICMS nos livros exigidos pela lei fiscal. Noticiam os autos que, no período supramencionado, o ora denunciado suprimiu o ICMS devido, ao omitir receita relativa às notas fiscais emitidas e não escrituradas no Livro Registro de Saídas. Em decorrência de tal conduta, o denunciado suprimiu ICMS no valor original de R$ 874.045,00, consoante restou demonstrado no item II do Auto de Infração 1908/2005-GEAUT (fls. 9/11) e no Demonstrativo de Notas Fiscais Emitidas e não Lançadas. O respectivo processo administrativo fiscal foi concluído em 24/02/2005 e o crédito tributário foi inscrito na Dívida Ativa em 08/02/2006" (fls. 87/90).

Sentenciando[2] o feito, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF condenou o acusado como incurso no crime do art. 1º, inc. II, da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento da pena pecuniária de 120 (cento e vinte) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, a serem cumpridas nos moldes especificados pelo Juízo da Execução.

Houve intimação da sentença[3].

---

1 Fls. 2/4.

2 Fls. 696/704.

3 Fls. 707 e 719.

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios[4] e a Defesa[5] recorreram.

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios interpõe apelação[6], alegando ter havido grave dano à coletividade consistente no vultuoso valor sonegado, o que atrai a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90.

Requer a reforma da sentença, para que incida na terceira fase da dosimetria da pena a referida majorante.

A Defesa, por sua vez, interpõe apelação[7], suscitando, preliminarmente, a nulidade do processo porque as provas que o embasaram foram obtidas ilicitamente, mediante apreensão por policiais dos documentos fiscais da empresa Delta sem a devida ordem judicial.

Sustenta que o processo também deve ser anulado, pois a constituição do crédito tributário desrespeitou o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório, vez que o réu não tomou ciência da lavratura do auto de infração.

No mérito, aduz que não houve ilícito penal, pois ausente fraude ou sonegação fiscal nos termos do art. 362, §3º, incs. III e IV, do RICMS. Argumenta que as notas fiscais regularmente emitidas, embora não escrituradas, possibilitaram o cálculo do imposto devido ao erário público, não havendo supressão ou redução do fato gerador do imposto.

Acrescenta que as notas fiscais apreendidas, descritas no auto de infração, deveriam ter sido escrituradas pela empresa de contabilidade contratada pelo réu, não podendo ser ele responsabilizado penalmente pela falha no serviço prestado por aquele escritório, já que não agiu com dolo de fraudar ou sonegar impostos ao fisco.

Requer a declaração de nulidade do processo em face da prova obtida ilicitamente ou o reconhecimento da ilegalidade da constituição do crédito tributário em razão da ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa

4 Fl. 708.

5 Fl. 720.

6 Fls. 713/718.

7 Fls. 760/788.

e do contraditório. No mérito, pede a reforma da sentença, para que seja o réu absolvido em face da atipicidade da conduta ou por não ter praticado o crime que lhe foi imputado.

A Defesa apresenta contrarrazões[8] ao recurso do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, pugnando pelo seu desprovimento.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios justifica a não apresentação das contrarrazões[9], argumentando que, em virtude da unidade e da indivisibilidade, tanto a Promotoria quanto a Procuradoria compartilham da natureza de órgão de acusação, de modo que a manifestação ofertada pela Procuradoria de Justiça é bastante para preservar o direito ao contraditório do *Parquet.*

A 6ª Procuradoria de Justiça Criminal, por intermédio do d. Promotor de Justiça, Mário Perez de Araújo, oferta parecer[10] pelo conhecimento e desprovimento da apelação interposta pela Defesa e pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nilsoni de Freitas (Relatora) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Trata-se de ação penal pública incondicionada ajuizada pelo M. P. D. F. T. em desfavor de F. H. A., ao qual foi atribuída a autoria do delito previsto no art. 1º, inc. II, da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal (doze vezes), tendo a r. sentença condenado o acusado como incurso no citados dispositivos, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento da pena pecuniária de 120 (cento e vinte) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, a serem cumpridas nos moldes especificados pelo Juízo da Execução.

8 Fls. 726/734.

9 Fl. 790.

10 Fls. 794/810.

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios[11] e a Defesa[12] recorrem.

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios alega[13] ter havido grave dano à coletividade consistente no vultuoso valor sonegado, o que atrai a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90. Requer a reforma da sentença, para que incida na terceira fase da dosimetria da pena a referida majorante.

A Defesa, por sua vez, interpõe apelação[14], suscitando, preliminarmente, a nulidade do processo porque os documentos fiscais que o embasaram foram obtidos ilicitamente, mediante apreensão por fiscais, acompanhados de policiais, sem a devida ordem judicial.

Sustenta que o processo também deve ser anulado, pois a constituição do crédito tributário desrespeitou o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório, vez que o réu não tomou ciência da lavratura do auto de infração.

No mérito, aduz que não houve ilícito penal, pois ausente fraude ou sonegação fiscal nos termos do art. 362, §3º, incs. III e IV, do RICMS. Argumenta que as notas fiscais regularmente emitidas, embora não escrituradas, possibilitaram o cálculo do imposto devido ao erário público, não havendo supressão ou redução do fato gerador do imposto.

Acrescenta que as notas fiscais apreendidas, descritas no auto de infração, deveriam ter sido escrituradas pela empresa de contabilidade contratada pelo réu, não podendo ser ele responsabilizado penalmente pela falha no serviço prestado por aquele escritório, já que não agiu com dolo de fraudar ou sonegar impostos ao fisco.

Requer a declaração de nulidade do processo em face da prova obtida ilicitamente ou o reconhecimento da ilegalidade da constituição do crédito tributário em razão da ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. No mérito, pede a reforma da sentença, para que seja o réu absol-

11 Fl. 708.

12 Fl. 720.

13 Fls. 713/718.

14 Fls. 760/788.

vido em face da atipicidade da conduta ou por não ter praticado o crime que lhe foi imputado.

É, em síntese, o que consta.

Analiso, conjuntamente, os recursos interpostos pela Defesa e pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO

Das provas obtidas ilicitamente

Alega a Defesa que os documentos fiscais foram apreendidos e retirados da empresa que presta assessoria contábil à Delta Agropecuária Ltda. por auditores fiscais, acompanhados por policiais, sem a devida ordem judicial, o que contaminaria a prova porque obtida de maneira ilícita.

Razão não lhe assiste.

O art. 195 da Lei 5.172/66 estabelece que "para os efeitos da legislação tributária, não tem aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los".

O art. 197, *caput*, e inc. VII, do mesmo diploma legal prescreve que "mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, (...) quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão". O parágrafo único deste dispositivo excepciona desta obrigação apenas aquelas pessoas que, em razão do cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão, são legalmente obrigadas a manter sigilo sobre as informações a elas confiadas.

Por sua vez, o art. 348, *caput*, e §1º, do Decreto 18.955/97 (RICMS) dispõe que "os agentes fiscais, no exercício de suas atribuições, poderão ingressar no estabeleci-

mento a qualquer hora do dia ou da noite, desde que o mesmo esteja em funcionamento, e terão precedência sobre os demais setores da Administração Pública do Distrito Federal. (...) No caso de recusa de exibição de livros ou documentos fiscais ou comerciais, o servidor fiscal, sem prejuízo da autuação cabível, poderá lacrar os móveis ou depósitos onde estejam os documentos e livros exigidos, lavrando termo desse procedimento, com cópia para o interessado, e solicitando, de imediato, à autoridade a que estiver subordinado, as providências necessárias para a exibição judicial desses livros ou documentos".

Ainda, determina o art. 350, *caput*, §1º, daquele Decreto que "o contribuinte fornecerá os elementos necessários à verificação da exatidão dos montantes das operações ou prestações em relação às quais pagou imposto e exibirá todos os elementos da escrita fiscal e contábil, quando solicitados pelo Fisco.(...) Os livros e documentos podem ser retirados pelo Fisco, do local onde se encontrarem, para fins de verificação, mediante lavratura do termo de arrecadação, conforme modelo próprio".

Do exposto, verifica-se que os agentes fiscais agiram amparados no poder de polícia a eles conferido pelos dispositivos legais acima transcritos. Não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha firmado entendimento no sentido de que, embora amplo, aquele direito não é absoluto, pois limitado pela norma constitucional expressa no art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal[15], certo é que o contribuinte que se negue a fornecê-los poderá ter lacrado os móveis e locais que guarnecem os documentos, até que seja providenciada a ordem judicial para a sua apreensão. Assim, o mandado judicial somente será necessário se houver recusa expressa do obrigado tributário.

Ocorre, todavia, que, ao contrário do afirmado pelo apelante, não houve recusa expressa por parte da responsável pelo escritório de contabilidade, Srª. M. E. S., que franqueou aos fiscais a entrada ao local, conforme circunstanciado no Termo de Ocorrência Fiscal[16]. Além disso, consta deste termo e das notificações 5574/2004, 185/2005, 478/2005 e 778/2005[17], efetivadas entre 18/11/2004 e 15/02/2005, ter sido ela notificada a apresentar os livros contábeis e as notas fiscais das merca-

15 Cf. Acórdão no HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700.

16 Fl.16.

17 Fls. 19/22.

dorias vendidas pela empresa Delta Agropecuária Ltda. no período compreendido pela fiscalização.

Ao que tudo indica as notificações foram atendidas apenas parcialmente, o que redundou na lavratura dos Termos de Arrecadação de Documentos lavrados em 24/02/2005[18], todos assinados sem oposição por M. E. S., procuradora nomeada pelo réu[19], conforme disposto no art. 350, §1º, do Decreto 18.955/97 (RICMS). A própria M. confirmou na Delegacia de Crimes contra a Ordem Tributária[20] ter assinado as notificações e entregue à Receita do Distrito Federal toda a documentação da empresa que se encontrava no escritório de contabilidade, não havendo, portanto, indícios de ter havido coação ou abuso de poder na ação dos agentes de fiscalização, pois a representante contábil do réu apresentou voluntariamente os documentos solicitados.

Anote-se, por oportuno, que os documentos coletados não eram sigilosos, ao contrário, eram documentos cuja apresentação ao fisco era obrigação legal da empresa, e foram a ela devolvidos, conforme consta dos termos de arrecadação mencionados.

Impende consignar que o próprio Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento segundo o qual "estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação" (Súmula 439).

Por outro lado, o c. Superior Tribunal de Justiça já assentou que "os documentos e livros que se relacionam com a contabilidade da empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais. Tendo em vista o poder de fiscalização assegurado aos agentes fazendários e o caráter público dos livros contábeis e notas fiscais, sua apreensão, durante a fiscalização, não representa nenhuma ilegalidade. Precedente"[21].

Este Tribunal de Justiça, por sua vez, acatou a orientação sufragada por aquela Corte de Justiça[22].

---

18 Fls. 24/26.

19 Fl. 27.

20 Fls. 113/115.

21 Cf. Acórdão no HC 18.612/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 17/03/2003, p. 244.

22 Cf. Acórdão 414593, 20030111022498APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 25/03/2010, Publicado no DJE: 20/04/2010. Pág.: 144.

Portanto, o que se verifica é que a ação levada a efeito pelos auditores fiscais foi regular e legítima, pois embasada nos arts. 195 e 197, *caput*, e inc. VII, da Lei 5.172/66, arts. 348, *caput*, e §1º e 350, §1º, do Decreto 18.955/97 (RICMS), além de encontrar apoio no enunciado 439 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não constituindo, portanto, ofensa ao art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal.

Da ofensa ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório

A Defesa também requer a anulação do processo, ao argumento de que a constituição do crédito tributário desrespeitou o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório, vez que o réu não tomou ciência da lavratura do auto de infração.

Razão não lhe assiste.

Os atos de fiscalização realizados pelos auditores do Distrito Federal[23] que redundaram na lavratura do Auto de Infração 1908/2005-GEAUT[24] foram todos assinados pela Srª. M.E. da S., que se apresentou como mandatária constituída pelo apelante, conforme instrumento de procuração[25], para representá-lo junto à Receita Federal e à Secretaria de Fazenda do Distrito Federal.

Impende consignar, ainda, que a funcionária encarregada da contabilidade da empresa do réu, Srª. P.C.P.M., afirmou em juízo[26] ter tomado ciência do auto de infração na época em que foi lavrado e ter informado ao réu sobre ele, não se recordando de sua reação.

O próprio réu, ao depor na delegacia[27], confirmou que teve conhecimento do auto de infração, justificando a não apresentação dos documentos fiscais requeridos naquele auto, porque sofreu um furto em sua empresa no ano de 2004. Ao registrar a ocorrência policial do furto na 3ª DP, informou que, dentre os objetos furtados estava "01 (caixa) tipo arquivo morto de papelão na cor bege, contendo no *seu*

23 Fls. 13/26.

24 Fl. 13.

25 Fl. 27.

26 Fls. 553/554.

27 Fls. 362/366.

interior várias notas fiscais da firma Delta Agropecuária Ltda. e uma notificação da Secretaria da Fazenda do DF"[28], caindo por terra a alegação de que desconhecia o procedimento contra si instaurado.

Conforme consta da cópia do Procedimento Administrativo 040.003.268/05[29], foi dado ao réu prazo para impugnar o auto de infração, nos termos do art. 15, inc. VIII, do Decreto 16.106/94[30]. Transcorrido este sem manifestação, foi determinada a sua intimação para que, no prazo de dez dias, cumprisse a exigência constante do auto de infração[31], sob pena de inscrição do débito em dívida ativa.

Oportuno acrescentar que o apelante ajuizou, na esfera cível, ação anulatória do referido auto de infração e do procedimento administrativo (Processo 2012.01.1.096877-5)[32], cujos fundamentos são idênticos ao ora analisados, tendo sido indeferida a antecipação de tutela naquele processo, conforme informação obtida em consulta ao endereço eletrônico deste Tribunal de Justiça.

Verifica-se, portanto, que, lavrado o auto de infração, de que teve conhecimento o apelante por meio da cópia entregue à sua mandatária e por informação prestada pela contadora P.C.P.M., em juízo, e pelo próprio, na delegacia, e transcorrido o prazo para a impugnação, sem a sua manifestação, foi o débito inscrito em dívida ativa, conforme mandamento legal, não havendo que se falar em violação ao art. 5º, incs. LIII e LIV, da Constituição Federal.

Em face do exposto, REJEITO as preliminares e passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Da materialidade

A Defesa alega que não houve ilícito penal, pois ausente fraude ou sonegação fiscal nos termos do art. 362, §3º, incs. III e IV, do RICMS. Argumentou que as notas

28 Fls. 585/585v.

29 Fls. 13/72.

30 Fl. 66.

31 Fl. 67.

32 Fls. 528/546.

fiscais regularmente emitidas, embora não escrituradas, possibilitaram o cálculo do imposto devido ao erário público, não havendo supressão ou redução do fato gerador do imposto.

Razão não lhe assiste.

O apelante foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. II, da Lei 8.137/90 consistente em "fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal".

O art. 362 do Decreto 18.955/97 trata da aplicação das multas administrativas nos casos em que houver falta de recolhimento, no todo ou em parte, do imposto devido. Os incisos III e IV do §3º daquele dispositivo dispõem sobre os conceitos de sonegação e fraude para efeito de aplicação daquelas multas, nos seguintes termos:

> (...) III – sonegação, toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte das autoridades fiscais:
>
> a) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou suas circunstâncias materiais;
>
> b) das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;
>
> IV – fraude, toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, a excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar ou diferir o seu pagamento; (...)

Cumpre destacar, inicialmente, que, embora o art. 362 do RICMS trate de sanções administrativas e preveja as definições de sonegação e fraude para aquele efeito, o disposto em seus incisos não contrasta com o previsto no art. 1º, inc. II, da Lei 8.137/90, pois segundo expresso no Regulamento do ICMS, a sonegação consiste em impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária pelas autoridades fiscais e a fraude implica impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obriga-

ção tributária principal, a excluir ou modificar características essenciais que façam reduzir o montante do imposto devido, a evitar ou procrastinar o seu pagamento.

Alega a Defesa que o apelante não suprimiu ou reduziu o valor do imposto devido, tanto que foi possível o seu cálculo pelos auditores fiscais.

Ao contrário do alegado, consta do Auto de Infração 1908/2005-GEAUT[33] que o contribuinte deixou de recolher aos cofres do Tesouro do Distrito Federal, ICMS nos valores de:

> (...) I – R$ 544.188,22 (quinhentos e quarenta e quatro mil, cento e oitenta e oito reais e vinte e dois centavos), referente à Omissão de Receita apurada **mediante arbitramento,** nos termos do art. 356, inciso I, do Decreto 18.955/97, relativa a **notas fiscais não apresentadas** pelo contribuinte, nos meses de maio/2003, junho/2003, julho/2003, setembro/2003, outubro/2003, janeiro/2004, abril/2004, junho/2004, julho/2004 e outubro/2004;
>
> II – R$ 874.045,00 (oitocentos e setenta e quatro mil e quarenta e cinco reais) referente a notas fiscais **emitidas e não escrituradas** nos livros fiscais, nos meses de julho/2003, agosto/2003, setembro/2003, outubro/2003, novembro/2003, dezembro/2003, março/2004, abril/2004, julho/2004, agosto/2004, setembro/2004 e outubro/2004;
>
> III – R$ 556,45 (quinhentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos), referente a multa por descumprimento de obrigação acessória (recusar-se a apresentar documento de exibição obrigatória ao fisco e falta e/ou atraso na escrituração dos livros fiscais). (Destaquei)
>
> Imposto não afasta, por si só, a existência de sonegação ou fraude passível de responsabilização penal, pois o débito pode ser encontrado, inclusive, por arbitramento, nos casos em que não há exibição dos elementos necessários à comprovação do valor da operação ou prestação, perda ou extravio dos livros ou documentos fiscais, nos termos do art. 356, inc. I, do Decreto 18.955/97 (RICMS).

Assim, comprovada a materialidade pelo Processo Administrativo Do transcrito, denota-se que o contribuinte deixou de apresentar as notas fiscais de mercado-

33 Fls. 13/15.

rias nos meses de maio/2003, junho/2003, julho/2003, setembro/2003, outubro/2003, janeiro/2004, abril/2004, junho/2004, julho/2004 e outubro/2004 e deixou de escriturar notas fiscais emitidas nos meses de julho/2003, agosto/2003, setembro/2003, outubro/2003, novembro/2003, dezembro/2003, março/2004, abril/2004, julho/2004, agosto/2004, setembro/2004 e outubro/2004.

A conduta descrita na denúncia diz respeito somente ao item II do auto de infração, ou seja, a emissão de notas fiscais sem a devida escrituração no livro contábil, a qual se subsume ao tipo penal previsto no art. 1º, inc. II, da Lei 8.137/90 que dispõe constituir crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social, qualquer acessório, mediante a conduta de "fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal". Assim, ao deixar de fazer a escrituração das notas fiscais no livro competente, o réu omitiu da autoridade fiscal operação em documento exigido pela lei fiscal que redundou na supressão do pagamento de R$ 874.045,00 (oitocentos e setenta e quatro mil e quarenta e cinco reais) relativo ao ICMS.

A funcionária P. C. P. M., contadora responsável pela escrituração contábil da empresa do réu, afirmou judicialmente[34] que "a empresa Delta negociava grãos adquiridos de fazenda e os revendia; que por essa razão não escriturava as notas de entrada de mercadoria; que efetuava o cálculo de ICMS da empresa com base na nota fiscal de saída".

Ora, se a empresa não produz mercadorias, mas apenas as adquire de um fornecedor, deve escriturar a sua entrada e saída a fim de demonstrar a sua movimentação, pois aqueles produtos são revendidos, o que gera a obrigação de pagar o ICMS. A sua omissão implica fato típico, pois "para determinada empresa vender um produto que ela não fabrica, deve comprá-lo de alguém. E essa compra deve ser escriturada, sob pena de infringir a legislação de regência. Embora não ocorresse a entrada física das mercadorias adquiridas de fornecedores de outros Estados, na empresa do apelante, a transação comercial devia ser escriturada, como meio de justificar as saídas (vendas ou revendas) de tais mercadorias"[35].

34 Fls. 553/554.

35 Cf. Acórdão 435063, 20050110431588APR, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 15/07/2010, Publicado no DJE: 29/07/2010. Pág.: 281.

O fato de os auditores fiscais terem calculado o valor devido do 0040-003266/2005[36], Auto de infração 1908/2005-GEAUT[37]; Resumo do Termo de Inscrição em Dívida Ativa[38] e depoimentos orais prestados pelos auditores fiscais[39], impossível a absolvição do réu com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Da autoria

O réu sustenta que as notas fiscais apreendidas, descritas no auto de infração, deveriam ter sido escrituradas pela empresa de contabilidade contratada pelo réu, não podendo ser ele responsabilizado penalmente pela falha no serviço prestado por aquele escritório, já que não agiu com dolo de fraudar ou sonegar impostos ao fisco.

Razão não lhe assiste.

Conforme narrado acima, a denúncia imputou ao réu a conduta descrita no art. 1º, inc. II, da Lei 8.137/90 por ter, no período compreendido entre julho e dezembro de 2003 e nos meses de março, abril e julho a outubro de 2004, suprimido o tributo de ICMS aos cofres do Distrito Federal, fraudando a fiscalização tributária, ao omitir operações sujeitas ao recolhimento de ICMS nos livros exigidos pela lei fiscal.

O apelado não negou a falta de recolhimento do tributo em juízo[40], ao contrário, afirmou que "no início pagou alguns boletos, mas depois por problemas financeiros deixou de recolher os impostos". Salientou que as notas fiscais durante o ano de 2003 foram todas emitidas, mas as relativas ao ano de 2004 não o foram, porque foi vítima de um furto no interior do seu veículo onde havia uma "caixa de arquivo morto que continha notas fiscais e outros documentos que precisava devolver à contadora em razão de uma outra ação fiscal". Já em fase extrajudicial[41], o réu disse que o furto ocorreu na empresa.

---

36 Fls.13/76

37 Fls. 13/15.

38 Fls. 73/74.

39 Fls. 579/580v.

40 Fls. 583/584v.

41 Fls. 363/365.

P. C. P. M., contadora do escritório contratado pelo réu, disse na delegacia[42] e confirmou em juízo[43] que "durante o período em que realizou a escrituração da referida empresa, não escriturava notas de entrada, pois o administrador da referida empresa não as enviava para o escritório".

M. E. S., funcionária daquele escritório, contou extrajudicialmente[44] que "em relação aos fatos descritos no referido auto de infração, a declarante se recorda que, na época em que o escritório fazia a escrituração da referida empresa, o contribuinte enviava poucas notas fiscais para serem escrituradas".

F. C. S. C., contador da empresa do réu no período de 2001 até maio de 2002, disse, na delegacia[45], que "os administradores não enviavam documentos fiscais para serem escriturados; QUE devido a essas irregularidades, ou seja, a ausência de escrituração, o contribuinte se desligou da empresa; QUE quando se desligou, o declarante não entregou ao contribuinte os livros fiscais, ou outros elementos fiscais, simplesmente, porque não existiam; (...)".

Da narrativa acima, conclui-se que o réu não enviava todas as notas fiscais ao escritório de contabilidade, tendo afirmado, em juízo, que deixou de pagar alguns boletos porque se encontrava em dificuldades financeiras, o que impede o acolhimento da tese de defesa de que teria havido falha na prestação do serviço por parte do escritório de contabilidade por ele contratado.

Configurada está, pois, a responsabilidade penal do acusado, inexistindo dúvidas acerca do dolo na conduta descrita na denúncia, que, no caso, não precisa ser específico, contentando o tipo em questão com o dolo genérico, ou seja, para configurar o crime em análise não se exige a prova do ânimo de se obter benefício indevido, basta a prática de algumas das condutas previstas no art. 1º da Lei 8.137/90.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal sufragou o entendimento de que para se caracterizar a conduta prevista nos arts. 1º, IV e 2º, II da Lei 8.137/90, exige-se

42 Fls. 375/376.

43 Fls. 553/554.

44 Fls. 113/115.

45 Fls. 122/123.

apenas o dolo genérico, não sendo necessário demonstrar o animus de se obter benefício indevido[46].

Esta Corte de Justiça também se posicionou no mesmo sentido, *verbis*:

> (...) Para a configuração do crime de sonegação fiscal, a jurisprudência dispensa a comprovação do dolo específico, contentando-se com o dolo genérico. Dessa forma, basta que o agente omita informações acerca de suas atividades às autoridades fiscais com a finalidade de suprimir ou reduzir tributo, não sendo necessário demonstrar o ânimo de se obter benefício indevido, ou seja, não é necessário provar um especial fim de agir. (...)[47];
>
> (...) Desnecessário o dolo específico de obter benefício indevido para a configuração de crime contra a ordem tributária. [48].
>
> (...) Réu condenado por infringir continuadamente o artigo 1º, incisos II e V, da Lei 8.137/90, eis que, na condição de gerente e administrados de sociedade por cotas de responsabilidade limitada suprimiu o pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços durante quarenta meses, sendo constatado por auditoria fiscal que produtos eram vendidos sem notas fiscais, ou sem pagamento do imposto, ou com o cálculo a menor. Tais condutas causaram vultoso prejuízo ao Erário, caracterizando o tipo penal imputado, que não exige dolo específico, mas apenas o dolo genérico.
>
> (...)[49];
>
> (...) O tipo penal do artigo 1º da Lei 8.137/90 não exige a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo, fazendo-se necessário apenas o dolo genérico para a sua configuração. (...)[50]

---

46 Cf. Acórdão no REsp 480395/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2003, DJ 07/04/2003, p. 332.

47 Cf. Acórdão 608790, 20090110017662APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, **2ª Turma Criminal**, julgado em 02/08/2012, DJ 13/08/2012 p. 195, destaquei.

48 Cf. Acórdão 608310, 20040111012198APR, Relator MARIO MACHADO, **1ª Turma Criminal**, julgado em 02/08/2012, DJ 20/08/2012 p. 214 – destaquei.

49 Cf. Acórdão 517554, 20040110700740APR, Relator GEORGE LOPES LEITE, **1ª Turma Criminal**, julgado em 20/06/2011, DJ 08/07/2011 p. 193 – destaquei.

50 Cf. Acórdão 607486, 20080111456876APR, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, **2ª Turma Criminal**, julgado em 26/07/2012, DJ 07/08/2012 p. 336 – destaquei.

Configurada está, pois, a responsabilidade penal do acusado, inexistindo dúvidas acerca do dolo na conduta descrita na denúncia, que, no caso, repita-se, não precisa ser específico, contentando o tipo em questão com o dolo genérico.

Ainda que se entenda pela necessidade da comprovação do dolo específico, verifico estar ele presente no caso sob exame, pois, conforme explicitado acima, o acusado não enviava todas as notas fiscais ao escritório de contabilidade, tendo afirmado, em juízo, que deixou de pagar alguns boletos porque se encontrava em dificuldades financeiras. Demonstrado, portanto, o dolo específico de suprimir o pagamento de tributos.

Assim, comprovadas a materialidade e a autoria do crime atribuído ao réu, impõe-se a manutenção da condenação.

DA DOSIMETRIA DA PENA

Julgando o acusado, assim decidiu o Juiz ao fixar a pena a ser-lhe imposta[51]:

> Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL deduzida na denúncia para CONDENAR F.H.A., devidamente qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90 c/c o artigo 71 do Código Penal.
>
> PASSO À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA
>
> Na primeira fase da fixação da pena, analiso as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal.
>
> A culpabilidade é acentuada, pois não refoge à reprovabilidade constante do próprio tipo penal. O réu não apresenta maus antecedentes, sendo, portanto, primário (fls. 403/404). A personalidade do réu, a conduta social, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime não merecem considerações e desdobramentos.
>
> Assim, analisadas as circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena base em 02 (dois) anos de reclusão.

51 Fls. 696/703.

Na segunda fase de aplicação da pena, não vislumbro a existência da causa de diminuição. Por outro lado, mostra-se presente a causa de aumento consistente na continuidade delitiva, razão pela qual aumento a pena em 2/3 (dois terços), levando em consideração a quantidade de crimes cometidos (doze), tornando-a em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Quanto à pena pecuniária, considerando as circunstâncias judiciais anteriormente analisadas, condeno, ainda, o réu ao pagamento de 10 (dez) dias-multa. Tendo em vista que foi doze o total de crimes praticados pelo acusado, fixo-a definitivamente em 120 (cento e vinte) dias-multa, que deverão ser calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido.

Estabeleço o regime inicial **aberto** para o cumprimento da pena privativa de liberdade, com fundamento no artigo 33, §2º, alínea "c", do Código Penal.

Verifico que o réu preenche os requisitos subjetivos do artigo 44 do Código Penal, razão pela qual substituo a pena privativa de liberdade por DUAS restritivas de direito, a serem cumpridas nos moldes previstos pelo Juízo da Execução.

Não se mostra cabível a suspensão da pena, em virtude do disposto no artigo 77, inciso III, do Código Penal.

Faculto ao réu o direito de apelar em liberdade.

Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais, uma vez que a apreciação de eventual causa de isenção melhor se oportuniza ao Juízo da Execução.

Após o trânsito em julgado desta sentença, lance-se o nome do condenado no rol dos culpados e oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral informando a perda/suspensão de direitos políticos, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Por fim, extraia-se carta de guia, fazendo-se as comunicações de praxe.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

Na primeira fase, considerando favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59, o MM. Juiz fixou corretamente a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, a pena foi mantida no mínimo legal.

Na terceira fase, o MM. Juiz não vislumbrou a presença de causa de diminuição da pena, mas reconheceu e aplicou a causa de aumento consistente na continuidade delitiva e majorou a pena em 2/3 (dois terços), haja vista a quantidade crimes cometidos, doze, fixando-a definitivamente em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Quanto a este ponto, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios apela, requerendo a aplicação da majorante prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90, que dispõe ser circunstância que pode agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º, "ocasionar grave dano à coletividade".

Sustenta que, para a aplicação desta causa de aumento especial, o Sentenciante deve levar em conta o valor do tributo sonegado, o qual, no caso concreto, foi significativo (R$ 874.045,00), pois a quantia poderia, por exemplo, ser utilizada para pagar vários benefícios previdenciários correspondentes ao salário-mínimo.

Razão lhe assiste.

Com efeito, embora a norma do art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90 seja do tipo aberto, possibilitando ampla discricionariedade do magistrado ao analisá-la, a jurisprudência é pacífica no sentido de que se deve "considerar para fins de incidência ou não da majorante em exame, apenas o valor originalmente sonegado, sem os acréscimos legais (multa, juros e correção monetária)"[52].

No caso em apreço, segundo consta do Auto de Infração 1908/2005[53], o valor originariamente devido, ou seja, desprovido de juros, correção monetária e multa, para a conduta atribuída ao réu na denúncia corresponde a R$ 874.045,00

52 Cf. Acórdão 608790, 20090110017662APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/08/2012, Publicado no DJE: 13/08/2012. Pág.: 195.

53 Fls. 13/15.

(oitocentos e setenta e quatro mil e quarenta e cinco reais), quantia longe de ser considerada irrisória ou insignificante para o erário público.

Em precedente recente do Superior Tribunal de Justiça, esta Corte de Justiça manteve a condenação de um contribuinte, acrescida da majorante prevista no art. 12, inc I, da Lei 8.137/90, por dívida constituída no valor original de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)

Eis o precedente:

> (...). A continuidade delitiva, não se confunde com a causa de aumento de pena relativa ao grave dano à coletividade. De fato, é possível que certo agente pratique apenas um crime contra a ordem tributária e cause grave dano à coletividade. Assim como, é possível o cometimento de diversos delitos e não se fazer aplicar a causa de aumento prevista no art. 12, inciso I da lei 8.137/90.
>
> *In casu*, todavia, referidos exemplos se conjugam, uma vez que o recorrente praticou várias infrações contra a ordem tributária "calçando" inúmeras notas fiscais nos exercícios de 1994 a 1996, o que ensejou o reconhecimento da continuidade delitiva e **causou grave dano à coletividade em razão do elevado montante de tributos não recolhidos, estimados em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**, razão pela qual não há falar em *bis in idem*.
>
> 8. **Resta motivada a majoração da pena, nos termos do art. 12, I da Lei 8.137/90., em razão do grave dano a coletividade, compreendido na sonegação de vultosa quantia aos cofres públicos. Precedentes**.(...).[54] (destaquei)
>
> Portanto, deve ser reformada a sentença para que incida na terceira fase da dosimetria a causa especial de aumento de pena prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90.

Assim, considerando a pena fixada na segunda fase, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão, majoro-a na terceira fase em 1/3 (um terço), arbitrando-a em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

---

54 Cf. Acórdão no AgRg no REsp 1134070/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013.

Ainda, em face da continuidade delitiva e do número de crimes cometidos (doze), aumento-a em 2/3 (dois terços), estabilizando a pena privativa de liberdade em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

DA PENA PECUNIÁRIA

Na fixação da pena pecuniária, o Julgador deve observar as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, e o disposto no art. 49, *caput*, ambos do Código Penal, para estabelecer o número de dias-multa entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias. Para a fixação do valor do dia-multa, há que estar atento ao art. 49, §1º, do citado Diploma legal, considerando-se ainda a situação econômica do condenado, nos moldes do art. 60 do mesmo *Codex*, e a proporcionalidade com a pena corporal imposta.

Na continuidade delitiva, as penas de multa não são somadas. Devem ser aplicadas a elas a fração escolhida para a pena privativa de liberdade, entre os limites de 1/6 a 2/3, prevista no art. 71 do CP, em razão da proporcionalidade que deve ocorrer entre as penas corporal e pecuniária. Este Tribunal de Justiça tem firme entendimento segundo o qual "a fixação da quantidade de pena pecuniária deve guardar proporcionalidade com a pena corporal estabelecida na sentença, primando pelo equilíbrio entre as sanções, certo que não se aplica a regra estampada no artigo 72 do Código Penal nos casos de continuidade delitiva. Precedente desta Turma"[55].

Assim, tendo o réu declarado ser autônomo[56], percebendo renda mensal de R$ 2.500,00 (dois mil quinhentos reais), e sendo a pena privativa de liberdade fixada acima do mínimo legal, a pena pecuniária deve ser majorada para 21 (vinte e um) dias-multa, ao valor mínimo diário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

55 Cf. Acórdão 559994, 20100310285879APR, Relator SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 12/01/2012, DJ 23/01/2012 p. 218.

56 Fl. 583.

Em razão do disposto no art. 33, §2º, "b" e §3º, do Código Penal, a pena deverá ser cumprida no regime semiaberto, pois a pena restou fixada acima de 4 (quatro) anos e o réu é primário.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Incabível a substituição da pena por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) ou a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), uma vez que a pena foi fixada acima de 4 (quatro) anos.

Diante do exposto, REJEITO AS PRELIMINARES, NEGO PROVIMENTO ao recurso do réu e DOU PROVIMENTO ao do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, para reformar, em parte, a sentença, aplicando a causa de aumento de pena prevista no art. 12, inc I, da Lei 8.137/90 fixando a pena em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e multa pecuniária correspondente a 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

É o voto.

Des. João Batista Teixeira (Revisor) – Com o Relator.

Des. Jesuino Rissato (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Rejeitadas as preliminares. Deu-se provimento ao recurso do Ministério Público. Negou-se provimento ao recurso do réu. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2008031010357-5

Relator Designado – Des. Romão C. Oliveira

Primeira Turma Criminal

EMENTA

Júri. Processual penal. Art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Recurso provido.

1. Se a versão dos fatos narradas pelos acusados destoa dos laudos periciais e dos depoimentos carreados para os autos, dissociando-se do conjunto probatório, tem-se como decisão manifestamente contrária às provas dos autos aquela proferida pelo Conselho de Sentença que os absolveu.

2. Veredicto popular cassado.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios George Lopes Leite – Relator, Romão C. Oliveira – Revisor e Mario Machado – Vogal, sob a presidência do primeiro, em prover, maioria. Redigirá o acórdão o Revisor de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 1 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

O Ministério Público recorre da sentença do Tribunal do Júri de Ceilândia que absolveu L.K. da S. e R.C. da S. da acusação de infringir o artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal. A denúncia narra que no dia 06/03/2008, por volta de 17h30min, nas QNO 15, posto de combustíveis Colina, Ceilândia, os réus assumiram o risco de matar G.S.M., como efetivamente o fizeram, quando o espancaram com socos, chu-

tes e coronhadas de pistola, apenas porque ele se recusou a afastar o veículo que estava atrapalhando a saída do automóvel dos réus. O Ministério Público apelou com base no artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, afirmando que a decisão do Conselho de Sentença foi tomada em manifesta contrariedade às provas dos autos, pois o exame cadavérico demonstrou o espancamento e o laudo de exame de local deixou evidente a inexistência de qualquer vala no local dos fatos. Disse que isso, somado aos depoimentos das testemunhas, afasta por completo a tese sustentada pela defesa.

Contrarrazões às fls. 616/624 e 625/633, ambas pugnado pelo desprovimento da apelação. A Procuradoria de Justiça oficiou pelo provimento do recurso no parecer de fls. 641/646.

É o relatório.

VOTOS

Des. George Lopes Leite (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não há como reconhecer o confronto das provas com a decisão dos jurados, pois há evidências empiricamente demonstradas e debatidas em plenário que propiciam o embasamento necessário para informar a livre convicção dos julgadores. Os réus negaram veementemente a prática do crime em plenário. Confessaram que estavam no local dos fatos e que acabaram entrando em luta corporal com G., pois ele se recusou a retirar o veículo que estava impedindo a saída do automóvel que ocupavam. Disseram que L. insistiu para que a vítima retirasse o carro, mas ela iniciou as agressões e não parou mesmo depois que ele sacou a arma e se identificou como policial militar, momento em que R. interferiu e tentou repelir as agressões. Relataram, por fim, que em dado momento G. tropeçou em um desnível do solo e caiu, ficando sentada no chão e plenamente consciente, ocasião em que deixaram o local do fato (fls. 592/601 e 602/607).

Em sentido contrário, há os depoimentos das amigas do réu tomados na fase inquisitorial. Ainda no calor dos fatos, T.N. de S.F. afirmou que ela e três amigas estavam na companhia da vítima e resolveram ir ao Posto Colina para usarem o banheiro,

parando o veículo atrás do carro dos réus. Disse que L. e R. queriam deixar o local e pediram que o veículo fosse retirado, mas que a vítima se recusou, afirmando que "podiam passar por cima". Em razão disso, os réus, sem nada dizerem, passaram a agredi-o com chutes, socos e coronhadas de revólver, sendo que em dado momento G. caiu no chão e continuou a ser agredido. Acrescentou, por último, que quando as agressões terminaram a vítima estava desacordada e, embora não sangrasse, babava e virava os olhos (fls. 20).

C. da S.A., também durante o inquérito, apresentou versão bastante semelhante à de T., acrescentando que as agressões findaram somente após aquela deitar sobre o corpo de G. e suplicar que os réus parassem de agredi-lo (fls. 21/22). Por fim, a A.A. de O. afirmou na delegacia que não havia presenciado os fatos, mas que quando retornou do banheiro a vítima estava caída no chão em razão das agressões perpetradas por dois homens (fls. 32/33).

Ocorre que ambas as testemunhas alteraram o teor de suas declarações quando ouvidas em Juízo. A. disse que quando retornou do banheiro a vítima está de pé e que todos estavam muito nervosos. Afirmou que de lá pegaram a direção da BR, mas C. colidiu o veículo, ocasião em que a vítima bateu a cabeça e desmaiou (fls. 317/318).

O mesmo ocorreu com T., que alterou em juízo o que havia dito na fase judicial. À fl. 415 ela afirmou que apenas R. trocou tapas e chutes com a vítima, enquanto L. apenas segurava a arma e impedia que outras pessoas interferissem. Disse que, cessada a briga, a vítima caiu, mas logo levantou-se, entrou no veículo e tomou assento no banco de trás, mas C. colidiu o veículo e, em razão disso, a vítima bateu a cabeça no painel e desmaiou (fl. 415 e verso).

O laudo de exame de local, especialmente a fotografia de fl. 97, demonstra a existência de um desnível no solo, responsável pela contenção da água durante a lavagem dos veículos, local onde os réus afirmam que a vítima teria tropeçado. Já o exame de corpo de delito, embora tenha constatado que a vítima morreu em decorrência de traumatismo craniano "devido à ação de instrumento contundente" (fls. 46/48), não deixa claro em que circunstâncias a ela teria sofrido tais lesões.

Como se vê, há nos autos três versões para a causa da morte da vítima: a primeira, sustentada pelas amigas de G. durante o inquérito, afirma que ele foi espancado covardemente pelos réus e já deixou o local desacordado; a segunda, apresentada

pelos réus, diz que durante a troca de chutes e socos a vítima tropeçou em um desnível do solo e caiu, mas permaneceu consciente; e a terceira, resultante da mudança no teor dos depoimentos das amigas de G., conta que a vítima deixou o local dos fatos consciente, mas bateu a cabeça quando o veículo que ocupava colidiu com o meio-fio, momento em que desmaiou.

É assente na jurisprudência que decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que confronta flagrantemente os elementos probantes colhidos, ou seja, que não tenha qualquer embasamento nas evidências surgidas durante a instrução da causa, baseada, portanto, numa realidade fantasiosa só existente na imaginação dos jurados. Nesse sentido:

> Não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando, presentes duas versões, os Jurados optaram por uma delas, amparados nos elementos de convicção levados ao seu conhecimento. Precedentes do STJ.[1]
>
> Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada do acervo probatório existente no processo.[2]

Portanto, há que se reconhecer que a decisão do Conselho de Sentença está amparada não em uma, mas em duas das versões apresentadas e amplamente discutidas durante o julgamento plenário, estando razoavelmente respaldada nos testemunhos colhidos. Confirmo, portanto, a decisão do Conselho de Sentença que absolveu o réu da imputação contida na denúncia.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Des. Romão C. Oliveira (Revisor) – Senhor Presidente, o recurso interposto preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece.

Os réus foram denunciados como incursos nas penas do art. 121, §2º, inciso II, do Código Penal, por terem agredido a vítima G.S.M., com socos, chutes e coronhada com uma pistola, provocando-lhe as lesões descritas no laudo, as quais foram a

---

1 HC 89732/SP, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 06/10/2008.

2 REsp 690.927/CE. Relatora Maria Thereza Moura, Sexta Turma, DJ 26.03.2007 p. 309.

causa eficiente de sua morte. Após foram pronunciados e submetidos a julgamento perante o e. Tribunal do Júri.

Todavia, na sessão de julgamento, o Ministério Público requereu a condenação dos acusados pelo crime de lesão corporal seguida de morte, por entender que as provas produzidas não foram suficientes para demonstrar que os réus quiseram ou assumiram o risco de matar a vítima.

Daí, os senhores jurados, ao iniciarem a votação do questionário proposto, responderam negativamente ao primeiro quesito (fl. 580). Veja-se:

> 1º QUESITO: G.S.M. foi agredido com socos, chutes e coronhada com uma pistola, no dia 06 de março de 2008, nesta cidade, sofrendo as lesões descritas no laudo de exame cadavérico e respectivos complementos de fls. 46/47, 63, 137-139, 291/292, 294/295 e 359?
>
> Votos Sim: 0 Votos Não: 4 (quatro)
>
> Note-se que a conclusão a que chegaram os jurados não desponta das provas carreadas para os autos, haja vista que – segundo o Laudo Pericial acostado e respectivos complementos – a vítima sofreu lesões corporais, sendo causa de sua morte traumatismo craniano por instrumento contundente. Veja-se:
>
> Laudo de fls. 46/47 e fls. 137/139
>
> III – EXAMES EXTERNO E INTERNO: Rigidez cadavérica completa, livores hipostáticos fixos no dorso, escoriação em placa nas regiões frontal à direita e zigomática esquerda, e no braço esquerdo. Rebatido o couro cabeludo vimos hematoma subgaleal na região occipital à direita e à esquerda. Aberta a cavidade craniana encontramos hemorragia intraparenquimatosa no lobo parietal esquerdo e sinais de edema cerebral, com apagamento dos sulcos, achatamento dos giros cerebrais e herniação de amígdalas cerebelares. Presença de instabilidade na articulação atlanto-occipital. Abertas as cavidades torácica e abdominal vimos fratura no quinto e sexto arcos costais anteriores esquerdos, petéquias equimóticas subpleurais e hematoma no lobo superior do pulmão esquerdo.

> Conclusão: a morte ocorreu por traumatismo cranioencefálico, devido a ação de instrumento contundente.

Os exames laboratoriais referentes à vítima apontaram resultados positivos para embriaguez (1,88 g/L de etanol) e para metabólitos de cocaína (3638 ng/ml), conforme se vê à fl. 139.

Lado outro, à fl. 359, há esclarecimentos dos peritos quanto à possível dinâmica dos fatos, no seguinte sentido:

> 1 – A quantidade de substâncias (ETANOL E METABÓLITOS DE COCAÍNA) apontada no referido laudo, seriam capazes de fazer com que a vítima, ao cair ao solo, tivesse reflexos necessários para evitar um choque da cabeça com o chão?
>
> Resposta: a resposta do organismo ao uso do álcool (etanol) é individual, com reações específicas em cada indivíduo. Portanto, a melhor avaliação é feita no exame clínico, *in vivo*. O resultado da pesquisa de cocaína foi positivo para metabólitos, ou seja, o exame é qualitativo e não quantitativo. Portanto, não temos elementos para fazer tal afirmação.
>
> 2 – A lesão na região craniana da vítima, poderia ser provocada por impacto com o solo?
>
> Resposta: Sim, instrumento contundente.
>
> 3 – A lesão apontada na região craniana da vítima, poderia ser provocada por impacto no interior do veículo, já que, este, segundo testemunhas, veio a colidir durante o deslocamento para o HRC?
>
> Resposta: Sim, se o impacto foi contra um instrumento contundente.

Neste particular, faz-se a transcrição de excerto do judicioso parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. Fernando C. P. Valente, às fls. 641/646, nos seguintes termos:

> A materialidade, diferentemente do que foi acatado pelos Jurados ,é inconteste e encontra-se evidenciada pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito – cadavérico – 09157/08 (fls. 46/47), Aditamento do Laudo – 20252/08 (fls. 63), bem como pela prova testemunhal colhida nos autos. (...)

Em contrapartida, ambas as defesas sustentam que a morte da vítima ocorreu em razão "dos impactos causados por sua queda no fosso do lava-jato e/ou pela colisão do veículo em que se encontrava". Nesse sentido, afirma que a decisão não é contrária à prova dos autos, eis que tais afirmações encontram respaldo probatório, devendo portanto, ser a absolvição mantida haja vista a falta de materialidade.

Porém, contrariamente ao alegado, a tese defensiva confronta diretamente o corpo probatório, eis que a dinâmica dos fatos trazida à baila pelas testemunhas demonstra que os apelados agrediram a vítima gravemente, consequentemente causando-lhe o óbito. (...)

A testemunha C. da S.A. não foi localizada para ratificar seu depoimento em Juízo, porém perante a autoridade policial confirmou:

(...) L. saiu do carro já xingando G., empunhando uma pistola prateada, com a qual desferiu um golpe em sua nuca, o que fez G. cair ao chão desfalecido. O outro indivíduo que estava no interior no Golf, pessoa que a depoente nunca tinha visto antes, desceu junto com L. e passou a chutar G. (...)

A testemunha T.N. de S.F. (fls. 415), confirmou as agressões perpetradas pelos acusados e reconheceu sua assinatura no termo de declarações prestadas na delegacia e sem justificativa modificou sua versão em juízo, de modo que afirmou perante a autoridade policial (fls. 19/20):

(...) os rapazes escutaram G., que já estava embriagado de tanto beber, gritando aquelas palavras e foram até ele, sem dizer nada, passaram a agredi-lo com chutes e socos e coronhadas de revólver. Quanto aos rapazes agressores pode informar que conhece um deles, pelo apelido de 'L.', o qual é policial militar e é colega de um ex-namorado da declarante. 'L.' foi quem utilizou o revólver para agredir G., dando-lhe coronhadas no pescoço, na região da nuca (...) Durante a agressão G. caiu ao chão e mesmo caído, os rapazes continuaram agredindo (...)

Os acusados alegaram que apesar da discussão ter ocorrido entre esses e a vítima, bem como as agressões simultâneas, não foram estas a causa da sua morte. Afirmam que a vítima teria caído em uma vala de troca de óleo

existente no local dos fatos, e que em seguida foram embora e souberam da morte daquela em momento posterior. (...)

Faz-se mister ressaltar que a alegação de que a vítima tenha caído em uma vala e batido com a cabeça, mostra-se amplamente diversa e conflitante com o Laudo de Elaboração de Croqui – 4.147/09 (fls. 73/106), que consignou todas as informações inerentes ao local dos fatos, depreendendo-se a inexistência de valas na área de lava-jato (fl. 76), registrando ainda que na área de troca de óleo há um "maquinário hidráulico instalada para elevação de veículos e trocas de óleos lubrificantes", portanto, nem no setor destinado a troca de óleo pode-se inferir a existência de qualquer vala.

Assim, o fato narrado por ambos os acusados é evidentemente contrário ao que dos autos consta, eis que não há, conforme demonstrado qualquer "vala" no local, seja no lava-jato, como afirmado, seja na troca de óleo, tornando por óbvio, impossível a vítima ter caído da forma narrada pelas defesas. (...)

Portanto, a versão apresentada pelos acusados evidentemente destoou dos laudos periciais, bem como dos depoimentos, demonstrando que a versão trazida por esses resta dissociada do conjunto probatório, acabando por conduzir os Jurados a acatarem uma versão sobejamente contrária às provas dos autos.

Da mesma forma, percebe-se, que a versão apresentada pela acusação possui embasamento suficiente nos autos, demonstrando que o resultado morte adveio das lesões perpetradas pelos acusados, que atingiram a vítima de modo violento e reiterado. Porém não sendo possível comprovar o intento homicida dos réus não há falar em homicídio, e sim, de forma contundente e amparada no conjunto probatório, a prática do crime de lesão corporal seguida de morte sustentada pelo órgão acusatório. (...)

Isto posto, dá-se provimento ao apelo ministerial para cassar o veredicto popular a fim de que os acusados L.K. da S. e R.C. da S. sejam submetidos a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

E é como voto.

DECISÃO

Após o voto do Relator desprovendo, e o do Revisor, provendo, o vogal pediu vista.

VOTO-VISTA

Des. Mario Machado (Vogal) – Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Cuida o caso de julgamento pelo Tribunal do Júri, denunciados e pronunciados os réus pelo crime de homicídio qualificado pela motivação fútil – art. 121, §2º, inciso II, do CP. Iniciada a votação e submetido à apreciação dos jurados o primeiro quesito – materialidade – , optaram os julgadores pela rejeição. Para melhor entendimento, procedo à transcrição:

> 1º QUESITO:
>
> G.S.M. foi agredido com socos, chutes e coronhada com uma pistola, no dia 06 de março de 2008, nesta cidade, sofrendo as lesões descritas no laudo de exame cadavérico e respectivos complementos de fls. 46/47, 63, 137/139, 291/292, 294/295 e 359?
>
> SIM: 0 NÃO: 04 (fl. 580)

Insurge-se o Ministério Público com fundamento no art. 593, inc. III, alínea "d", do CPP. Argumenta presentes provas suficientes a evidenciarem a materialidade do feito, motivo pelo qual a decisão dos jurados não encontra respaldo no acervo probatório, pleiteada a anulação do julgamento.

Cinge-se, portanto, a discussão à questão relativa à materialidade, não havendo debater a autoria ou o dolo de que eventualmente imbuídos os réus.

Nessa perspectiva, colaciono excerto do laudo de exame de corpo de delito – cadavérico aposto às fls. 46/47:

> Descrição: (...) III-EXAMES INTERNO E EXTERNO: Rigidez cadavérica completa, livores hipostáticos fixos no dorso, **escoriação em placa nas regiões frontal à direita e zigomática esquerda, e no braço esquerdo**. Rebatido o

> couro cabeludo vimos **hematoma subgaleal na região occipital à direita e à esquerda**. Aberta a cavidade craniana encontramos hemorragia intraparenquimatosa no lobo parietal esquerdo e sinais de edema cerebral, com apagamento dos sulcos, achatamento dos giros cerebrais e herniação de amígdalas cerebelares. Presença de instabilidade na articulação atlanto-occipital. Abertas as cavidades torácica e abdominal vimos **fratura no quinto e sexto arcos costais anteriores esquerdos**, petéquimas equimóticas subpleurais e **hematoma no lobo superior do pulmão esquerdo**. Enviado amostras de sangue e urina para exames de alcoolemia e toxicológico." (fl. 46) (destaquei)

Da leitura da descrição efetivada pelos peritos criminais do Instituto de Medicina Legal depreende-se a presença de numerosas escoriações, edema cerebral, hematoma pulmonar e fratura dos arcos costais anteriores do corpo da vítima. Tais lesões, de grau bastante abrangente, variando de leves a muito graves, encontram sua origem, ao menos em parte, na conduta dos réus, conforme dá conta o amplo quadro probatório, delineado desde a fase administrativa, consistente em testemunhos e em laudo de exame de corpo de delito e seus complementos. Assim, de acordo com os testemunhos colhidos ainda na delegacia, logo após o início das investigações, tem-se que:

> (...) os rapazes escutaram G., que já estava embriagado de tanto beber, gritando aquelas palavras e foram até ele e, sem dizer nada, passaram a agredi-lo com **chutes, socos e coronhadas de revólver**. ... "L." foi quem utilizou o revólver para agredir G., dando-lhe **coronhadas no pescoço, na região da nuca**. ... Durante a agressão G. **caiu ao chão** e mesmo caído, **os rapazes continuaram agredindo**. ... G. não sangrava, mas **estava babando e virando os olhos**, de maneira que pediram ajuda aos populares. Um homem que passava num carro VW Parati de cor branca ajudou a socorrer G. ao Hospital de Ceilândia (...)" (T.N. de S.F. – fls. 19/20) (destaquei)

> (...) Naquele momento G. disse o seguinte: 'se não quiser esperar, que passe por cima'. L. saiu do carro já xingando G., empunhando uma pistola prateada, com a qual desferiu um **golpe em sua nuca**, o que fez G. **cair ao chão, desfalecido**. O outro indivíduo que estava no interior do Golf, pessoa que a depoente nunca tinha visto antes, desceu junto com L. e passou a **chutar** G..

> Os dois arrastaram G. para o local onde é usado para troca de óleo e continuaram a **agredi-lo com socos e pontapés**. L. **bateu com a pistola por duas vezes na garganta de G. que já não esboçava nenhuma reação**. ... Durante o trajeto para o hospital o pneu do carro furou e foi preciso parar outro carro para socorrer G. ao HRC. (...)" (C. da S.A. – fls. 21/22) (destaquei)

> (...) que neste momento estava no banheiro; que ao sair do banheiro, viu G. **caído no chão**, instante em que as colegas lhe disseram que G. havia sido **agredido fisicamente** por dois indivíduos, e que dentre estes havia um policial militar; ... que a depoente e as colegas pegaram G., colocaram-no dentro do VW/Gol e seguiram em direção ao hospital, contudo, no caminho o pneu do veículo furou, instante em que decidiram pedir ajuda; (...)" (A.A. de O. – fl. 32) (destaquei)

Os acusados, por sua vez, quando ouvidos na delegacia, na presença de advogado de sua escolha, afirmaram:

> (...) No calor da discussão, L. sacou a arma que portava na cintura, uma pistola marca Taurus, calibre .40 e **desferiu um golpe com a coronha na nuca do referido indivíduo**. ... L. empurrou o rapaz para o **interior do lava-jato**, dizendo que era policial. ... Naquele momento o indivíduo partiu para agressão, desferindo socos e pontapés no declarante, de maneira que **revidou, desferindo dois socos e um chute na região abdominal do seu agressor**. ... As meninas que acompanhavam o indivíduo se aproximaram e **gritaram para L. parar**. L. conhece pelo menos uma das meninas, pois gritaram seu nome. ... O declarante conseguiu afastar seu agressor **após dar-lhe socos e um pontapé**. ... Durante a briga G. se levantou e partiu em direção do declarante e de L., momento em que caiu e bateu a cabeça na quina **da vala do lava-jato**. (...) (R.C. da S. – fls. 15/16) (destaquei)

> (...) instante em que sacou sua arma, uma pistola marca Taurus, calibre .40, aço inox, de série SAS36672, identificando-se como policial, empurrando-o, encostando a arma em seu ombro esquerdo. O empurrou para que ele se distanciasse, mas ele veio em direção ao depoente, **momento em que lhe aplicou um tapa na cabeça**. Imediatamente, R. veio em direção ao rapaz e iniciaram uma briga, **um dando socos no outro**. ... Após conversar com os

> populares, voltou-se para R. e G. e percebeu que este estava sentado, encostado numa parede, no interior do lava-jato, próximo da vala de lavagem de veículos. Estava sentado com os olhos abertos e se movimentando como se estivesse tonto. (...)" (L.K. da S. – fls. 17/18)

Posteriormente, em juízo, apesar da surpreendente mudança no teor do depoimento das testemunhas A.A. de O. e T.N. de S.F., continuaram, à unanimidade, a confirmarem as agressões perpetradas pelos réus contra a vítima. *Verbis*:

> (...) que quando retornou do banheiro, o veículo estava estacionado em local diverso daquele onde parou quando a depoente desceu de tal veículo, enquanto a vítima estava caída perto de um lava jato; ... que C. e T. disseram para a depoente no hospital que 02 rapazes haviam mandado que a vítima retirasse o veículo senão passavam por cima dela, vítima; que a vítima disse então aos agressores que podiam passar por cima; **que um deles iniciou as agressões contra a vítima e o outro também participou das agressões**; que T. disse a depoente que um dos agressores havia **batido com o cano de uma arma na cabeça da vítima**; ... que no trajeto para o hospital, C. fez uma manobra para evitar colisão do veículo, tendo batido no meio-fio, fazendo com que um dos pneus do carro esvaziasse; que pediram então auxílio a um outro carro que passava pelo local, o qual conduziu a vítima até o hospital; ... que com a freada brusca do veículo, a depoente bateu as costas no banco traseiro, enquanto a vítima, **que estava deitada no colo da depoente bateu a cabeça no banco da frente**; (...)" (A.C. de S.M. – fls. 180/181) (destaquei)

> (...) que o depoente parou o seu carro e voltou até onde estava aquele veículo parado; que as moças pediram para que o depoente socorresse aquele rapaz que estava **deitado no colo de uma das moças**; que colocaram então a vítima dentro do veículo do depoente, no qual foi conduzido ao hospital; ... que uma das moças que acompanhava a vítima disse para o policial plantonista que a vítima havia se envolvido em uma confusão no Parque da Barragem e **tinha sido agredida por policiais**; ... que a propósito das declarações de fls. 30/31, o depoente esclarece que a informação de uma das acompanhantes da vítima de que o ofendido havia sido **agredido por Policiais Militares** no Parque da Barragem foi dada diretamente ao policial plantonista do hospital, o que foi presenciado pelo depoente; ... que **a vítima foi levada**

nos braços para dentro do carro do depoente onde foi deitada no banco de trás; ... que não disseram para o depoente quanto tempo fazia que a **vítima estava inconsciente**. (...)" (A.S. da S. – fls. 182/183) (destaquei)

(...) que a depoente alega que quando saiu do banheiro viu as meninas adentrando o carro, o que foi feito também pela depoente, alega esta que até aquele momento não sabia de nada; que a depoente alega que **a vítima nessa ocasião estava de pé, apenas nervoso, e adentrou no carro normalmente**; que lido trecho do depoimento de fls. 32 a depoente não confirma a informação ali constante de que teria visto a vítima caída no chão e que suas colegas teriam dito que a vítima tinha sido agredida por duas pessoas dentre as quais um policial; que a depoente reafirma que quando saiu do banheiro a vítima estava de pé, normal; ... que do local dos fatos todos seguiram em direção à BR, sendo que no trajeto C. bateu o veículo, furou o pneu, **tendo a vítima batido a cabeça e desmaiado**; ... que **a depoente alega que C. lhe disse que um menino tinha brigado, discutido e agredido a vítima**. (...) (A.A. de O. – fls. 317/318) (destaquei)

(...) que a depoente foi ao banheiro e quando retornou deparou-se com **a vítima brigando com dois rapazes, quais sejam, os dois acusados aqui presentes**; ... que tendo a vítima partido para cima de R., iniciou uma briga, havendo **troca de chutes entre R. e G.**; ... que L. não deu coronhadas com a arma na vítima G.; ... **que cessada a briga a vítima veio a cair no chão quando ainda estava na área do posto de gasolina, mas logo levantou-se, tendo entrado no veículo e tomado assento no banco de trás**, com a ajuda da depoente e de A.C., sendo que C. saiu dirigindo o veículo; que mais adiante C. colidiu com o veículo no meio-fio, tendo, em razão da colisão, **a vítima batido com a cabeça no painel do carro**; que em razão dessa batida, **a vítima ficou meio que desmaiada**; que apesar da colisão do veículo, C. conseguiu dirigir até em casa; que como a vítima não melhorou, pediram a ajuda de um vizinho, que levou G. para o HRC; que não conhece o vizinho que socorreu a vítima; ... que reconhece como suas a rubrica de fls. 19 e a assinatura por extenso de fls. 20; que não sofreu nenhum tipo de constrangimento quando prestou as referidas declarações perante a 24ª DP; que lidas as declarações de fls. 19-20, começando pela expressão "quanto aos rapazes agressores"

> até o final de tais declarações, a depoente disse não se lembrar ter dito à autoridade policial o que lá está escrito; ... **que G. tropeçou num ferro e bateu a cabeça na vala que serve de plataforma do lava-jato**; (...)" (T.N. de S.f. – fl. 415) (destaquei)

Os réus, por sua vez, ainda que minimizando a agressão contra a vítima, não a descartaram:

> (...) que nesse momento a vítima investiu para cima do interrogando; que o interrogando sacou sua arma; que nesse instante R. se aproximou e tomou a frente, **entrando em luta corporal com a vítima**; ... que **cessada a briga a vítima tropeçou num lava-jato e caiu**; ... que mesmo depois de caída a vítima ficava em atitude provocativa, querendo brigar; (...) (Réu – L.K. da S. – fls. 416/417)

> (...) que no entrevero a vítima deu um murro no interrogando, **iniciando uma luta corporal**; que **durante a briga**, a vítima chegou a rasgar a camisa do interrogando; que **na briga a vítima veio a cair numa vala do lava-jato**; que **cessada a briga**, o interrogando foi embora; que posteriormente chegou uma viatura policial em sua residência, cujos integrantes perguntaram se o interrogando havia se envolvido numa briga num posto de gasolina, cuja resposta foi positiva; ... que **o interrogando deu um chute na vítima, tendo ela saído andando de costas, tendo tropeçado na guia da vala do lava-jato e caído meio de lado**; que não sofreu nenhum tipo de constrangimento nem violência perante a delegacia; que reconhece como sua a assinatura no rodapé de fls. 15 e 16, a frente de "primeiro interrogando". (...) (Réu – R.C. da S. – fls. 418/419) (destaquei)

Como se vê, inviável negar a real ofensa à integridade corporal da vítima, exaustivamente comprovada pelos relatos das testemunhas, dos próprios réus e por laudo de exame pericial, ainda que em juízo compareça evidente a tentativa daqueles e das testemunhas T.N. de S.F. e A.A. de O. de minimizar a brutalidade das agressões.

Por outro lado, imprescindível fazer constar a fragilidade da versão que atribui a uma queda da vítima, em uma vala ou um fosso existente no lava-jato, a exclusividade de todas as lesões físicas comprovadas pelo laudo de exame de corpo de

delito, tais "hematoma subgaleal na região occipital à direita e à esquerda, fratura no quinto e sexto arcos costais anteriores esquerdos, e hematoma no lobo superior do pulmão esquerdo" (fl. 46). Afora isso, chama atenção a inexistência de qualquer vala ou fosso no lava-jato do posto de gasolina onde se deu o crime, como facilmente se infere da verificação das fotos constantes no laudo de elaboração de croqui 4.147/09 (fls. 73/106), especialmente aquelas apostas às fl. 97, 99, 100 e 102, e da leitura da descrição efetuada pelos peritos das áreas externas e das edificações ali existentes fls. 75/78. Acresça-se que as lesões experimentadas pela vítima abrangem ambos os lados do corpo – esquerdo e direito, assim como as partes anterior e posterior. Ver descrição pericial à fl. 46 – donde, ainda que existente uma vala e tivesse a vítima sofrido uma queda, não estaria lesionada em tal extensão e quiçá com tal gravidade.

De igual modo, não comparece viável atribuir a um acidente de automóvel de pequeníssima relevância a enormidade das lesões experimentadas pela vítima, mesmo que realmente tivesse, em razão de uma freada brusca, batido a cabeça no painel do carro, conforme nos dão conta as testemunhas A.A. de O. e T.N. de S.F. em seus depoimentos em juízo (fls. 317/318 e 415). Neste ponto, interessa lembrar que além da significativa quantidade de lesões, as mais graves se localizaram na região posterior da cabeça – hematoma subgaleal na região occipital à direita e à esquerda – e não na anterior, como seria o caso de ocorrer em batendo a vítima a cabeça contra o painel ou o banco da frente, em razão de ter seu corpo arremessado para a frente ante uma freada brusca do veículo.

Nesse quadro, o acatamento pelos jurados de tese atinente à ausência de materialidade das agressões perpetradas pelos réus, rejeitando por consequência o primeiro quesito do questionário a que submetidos quando da votação na sala secreta, seja a título de acolhimento da versão que atribui a totalidade das lesões experimentadas pela vítima a uma pseudo queda em uma vala, sequer existente em realidade no local do entrevero; seja em razão de uma colisão do veículo que o transportava, e cuja consequência mais grave não passou de mero rompimento de um pneu, encontra-se flagrantemente contrário à prova dos autos, porquanto, além de não se prestarem tais versões a trazerem para si a responsabilidade pela totalidade das lesões constantes do laudo de exame pericial da vítima, esquecem os jurados por completo a presença de inúmeros testemunhos e das declarações

dos próprios réus dando conta da realidade das agressões ocorridas no posto de gasolina Colina em Ceilândia-DF.

Assim, não há falar em multiplicidade de teses defensivas e acolhimento livre de uma delas por parte dos jurados. Na realidade, a ausência de embasamento fático das mencionadas versões depõem contra a decisão dos juízes leigos, que contraria manifestamente o conjunto probatório.

De outra parte, e como sustentado pela Procuradoria de Justiça "percebe-se que a versão apresentada pela acusação possui embasamento suficiente nos autos, demonstrando que o resultado morte adveio das lesões perpetradas pelos acusados, que atingiram a vítima de modo violento e reiterado. Porém não sendo possível comprovar o intento homicida dos réus não há falar em homicídio, e sim, de forma contundente e amparada no conjunto probatório, a prática do crime de lesão corporal seguida de morte sustentada pelo órgão acusatório." (fl. 646)

Forte nessas razões, peço licença para acompanhar o voto do eminente Revisor, para dar provimento ao pleito recursal e anular o julgamento efetuado pelo Tribunal do Júri, posto que em evidente descompasso com o quadro probatório.

Pelo exposto, e pedindo vênia ao eminente relator, acompanho o voto do eminente revisor e dou provimento ao apelo para anular o julgamento promovido pelo Tribunal do Júri, determinando a sua renovação.

É o voto.

DECISÃO

Prover, maioria. Redigirá o acórdão o Revisor.

APELAÇÃO CRIMINAL

2009011097481-0

Relator – Des. Mario Machado

Primeira Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Crimes ambientais. Art. 40, *caput*, c/c art. 40-a e arts. 48 e 64, da Lei 9.605/98. Preliminares. Negativa de prestação jurisdicional no tocante a matéria de atipicidade da conduta. Não reconhecimento. Matéria enfrentada. Prescrição da pretensão punitiva das condutas objeto da denúncia. Reconhecimento em relação ao tipo definido no art. 64 da lei de regência. Crime de natureza instantânea. Concurso material. Manutenção. Mérito. Atipicidade. Inocorrência. Prova suficiente à condenação. Contexto probatório robusto. Adequação da conduta aos tipos penais. Princípio da fragmentariedade. Não aplicação. Absolvição. Descabimento. Dosimetria. Indenização. Razoabilidade.

1. Não há falar em ausência de fundamentação na decisão de rejeição da preliminar atipicidade da conduta. A argumentação desenvolvida compreendeu elementos relevantes constantes do processo, descortinados os motivos que permitiram o convencimento judicial, rebatidos os apontamentos trazidos pela defesa. No caso, verificou-se a presença, em tese, de todos os elementos dos tipos penais constantes da denúncia (artigos 40, *caput*, c/c art. 40-A, §1º c/c arts. 48 e 64, todos da Lei 9.605/98), motivo pelo qual rejeitada a preliminar.

2. No que refere ao delito previsto no art. 48 da Lei 9.605/98, em conformidade com inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, cuida-se de crime permanente, no qual a prática do delito se protrai no tempo e provoca a violação contínua e duradoura do bem jurídico tutelado, com a renovação a cada momento da consumação, de forma que a contagem do prazo prescricional só tem início com a cessação da permanência.

3. Cuidando o crime previsto no art. 64 da Lei 9.605/98 de crime instantâneo, datado o ilícito do ano de 2007, e recebida a denúncia em 2012, observa-se o lapso

temporal superior a 2 (dois) anos entre ambos, suficiente a caracterizar a prescrição retroativa (artigos 110, §§1º e 2º, c/c art. 109, inciso V, todos do CP), restando imperiosa a declaração da extinção da punibilidade.

Detém o delito inscrito no art. 40 da Lei 9.605/98 natureza permanente. Enquanto permanecerem as construções e pavimentações, na forma delineada no Laudo Complementar, causadoras de dano direto e indireto ao meio ambiente em área verde *non aedificandi*, este (dano ambiental) terá sua consumação prolongada no tempo, colaborando continuamente para a queda do equilíbrio ecológico do local, impedindo a regeneração natural da vegetação e promovendo o afastamento da fauna.

Promovidas as alterações no meio ambiente mediante mais de uma ação, como no caso, correto o emprego do concurso material de crimes.

Comprovado, através de perícia técnica, que o apelado promoveu a ocupação ilegal de área verde *non aedificandi* inserida na Área de Proteção Ambiental do Lago Paranoá, por meio de diversas construções, configurada está a prática dos crimes objeto da denúncia, razão pela qual a condenação é medida que se impõe.

O decreto condenatório ampara-se em coeso conjunto probatório que demonstrou sobejamente a autoria e a materialidade dos crimes imputados.

Não há qualquer ilegalidade no acervo probatório que serviu de substrato ao decreto condenatório, em especial os exames periciais constantes dos autos, os quais foram produzidos em estrita observância à lei por peritos oficiais da Seção de Engenharia Legal e Meio Ambiente do Instituto de Criminalística, e devidamente submetidos ao contraditório e à ampla defesa.

Não comparece adequado o prestígio ao princípio da fragmentariedade no caso em concreto, vedado ao aplicador da lei descurar do contexto em que inserida a atuação do réu, violadora de bem público/direito de terceiros – meio ambiente ecologicamente equilibrado – art. 225, §3º, CF – , com repercussão na comunidade.

É certo que não se está aqui a negligenciar princípios reitores do sistema penal – proporcionalidade, razoabilidade – , alicerces da política minimalista de intervenção, todavia, restringir-se o âmbito de abrangência do tipo, excluindo a aplicação do direito penal ao caso concreto, depositário de lesividade, demandaria fazer tábula rasa da lei, não havendo ser desconsiderada com fundamento na qualifica-

da pouca lesividade da conduta, aliás, não demonstrada, não se atentando para a nocividade dos resultados daí decorrentes.

Nada a alterar no cálculo das penas, fixadas no patamar mínimo legal, obedecida a razoabilidade.

Oferecida pela perícia técnica subsídios para a condenação do réu por danos causados direta e indiretamente à APA do Lago Paranoá, estimando o valor para recuperação dos danos diretos e indiretos, apontando, ainda, quais foram estes, correta a condenação do réu ao pagamento da importância de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), em obediência ao art. 387 do CPP e, diante da expressa disposição do art. 20 da Lei de Crimes Ambientais.

Provimento parcial do apelo, apenas para declarar a prescrição do crime definido no art. 64 da Lei 9.605/98. Mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mario Machado – Relator, George Lopes Leite – Revisor, Romão C. Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador George Lopes Leite, em proferir a seguinte decisão: prover parcialmente. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de julho de 2013.

RELATÓRIO

J.V.R., qualificado nos autos, foi condenado como incurso nas penas do art. 40, *caput* c/c art. 40-A, §1º, art. 48 e art. 64, todos da Lei 9.605/98, na forma do art. 69 do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão e de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, posteriormente substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, ambas consistentes em prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de 30 (trinta) dias multa, calculado cada dia-multa à razão de 2 (dois) salários-mínimos, atualizado quando do seu efetivo pagamento.

Nos termos do art. 387, inciso IV, do CPP, foi fixado, ainda, valor mínimo para reparação dos danos, estipulado em R$ 70.000,00 (setenta mil reais) (fls. 422/430).

Apelação da defesa às fls. 436, 441, 448/485. Inicialmente, ressalta a defesa técnica "que o presente recurso foi interposto de forma ampla e abrangente '... contra todos os termos da r. sentença ...' " razão pela qual postula o reexame de toda a decisão de primeiro grau. Faz constar, a título de preliminares: I) Negativa de prestação jurisdicional no tocante a matéria de atipicidade devidamente enfrentada em sede de alegações finais – *error in procedendo*; IIA) Prescrição da pretensão de punir relacionada aos crimes dos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98; IIB) Prescrição da pretensão de punir relacionada ao crime do artigo 40 da Lei 9.605/98; IIC) Impossibilidade jurídica de se reconhecer concurso material de crimes decorrentes de uma única ação. No mérito, postula absolvição com fundamento no art. 386, incisos III ou VII do CPP. Ao final da peça recursal, pleiteia expressamente o provimento do pedido para: a) Reconhecer a atipicidade das condutas descritas na exordial, nos termos do tópico II.1; b) Declarar a extinção da punibilidade pela inequívoca ocorrência da prescrição da pretensão de punir, com fundamento no art. 109, e art. 110 §1º, §2º (antiga redação), todos do Código Penal, de acordo com os extensos fundamentos consignados no item II.2; c) Declarar a nulidade da sentença nos termos do item II.3, determinando-se a intimação do Ministério Público para que se manifeste sobre a possibilidade de oferecimento do SURSIS processual; d) Absolver o recorrente do crime descrito no art. 40 e art. 48, da Lei 9.605/98, nos termos do art. 386, III ou VII do Código de Processo Penal, conforme o item III.

Contrarrazões, às fls. 490/498, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, às fls. 499/505, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para reconhecer a prescrição atinente ao crime previsto no art. 64 da Lei 9.605/98.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mario Machado (Relator) – Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Certa a materialidade. Destaco: Laudo de Exame de Local 4786/09 (fls. 55/61) que constatou a existência de construções e áreas pavimentadas no interior da APA do Lago Paranoá, em área verde *non edificandi* – fls. 55/65.

Analiso as preliminares.

Da preliminar de "negativa de prestação jurisdicional no tocante a matéria de atipicidade devidamente enfrentada em sede de alegações finais – *error in procedendo*".

Observando a sentença, não colhe falar em vício insanável resultante da ausência de apreciação de tese defensiva invocada como preliminar (fl. 401) em sede de alegações finais – atipicidade da conduta. No caso, o enquadramento, em tese, do comportamento em análise aos tipos penais incriminadores foi reiteradamente asseverado, primeiramente, por ocasião da decisão à fl. 231, *verbis*:

> Quanto à inépcia da inicial acusatória, a alegação também não prospera eis que os fatos delituosos se encontram devidamente narrados de forma detalhada, expondo as circunstâncias e a conduta prática pelo acusado, se encontrando a denúncia dentro dos ditames legais previstos no art. 41, do CPP (...) No mais, a Defesa elencou questões de mérito que só poderão ser analisadas em momento oportuno, ou seja, após regular instrução. (fl. 231)

Posteriormente, em decisão em sede de *Habeas Corpus*:

> Possível, em tese, no caso, a tipificação dos delitos ambientais imputados na denúncia. Nesta, por cópia às fls. 37/41, são descritos fatos em tese típicos, apontados evidência da materialidade e indícios de autoria, não aflorando qualquer causa de extinção da punibilidade. (fl. 353)

Por fim, no corpo da sentença, expressou-se concretamente o julgador, ao dispor:

> Primeiramente, registro que as preliminares de incompetência deste Juízo, inépcia da inicial acusatória, atipicidade das condutas e prescrição pela pena em perspectiva já foram analisadas por este juízo à fl. 231 e mantida pelo e. TJDFT quando do julgamento de HC impetrado (fls. 349/365), razão pela qual não prosperam as alegações preliminares, **invocando, para tanto, as razões de decidir expostas no HC e na decisão de fl. 231**. (fl. 424) (destaquei)

Assim, denunciado o acusado por crimes ambientais, verificou-se a presença, em tese, de todos os elementos dos tipos penais constantes da denúncia (artigos 40, *caput*, c/c art. 40-A, §1º c/c arts. 48 e 64, todos da Lei 9.605/98), motivo pelo qual rejeitada a preliminar. Foi, portanto, denunciado o acusado por fato que, em tese, constitui infração penal, conforme reiteradamente demonstrado nos autos. Discussão acerca da procedência ou não da denúncia, por perfazer matéria de mérito, restou reservada para resolução em momento posterior, no corpo da sentença, como, aliás, realmente efetivado, referindo-se o sentenciante expressamente acerca do fato/mérito às fls. 425/427.

Como se percebe, não há falar em ausência de fundamentação na decisão de rejeição da preliminar invocada. A argumentação desenvolvida compreendeu elementos relevantes constantes do processo, descortinados os motivos que permitiram o convencimento judicial, rebatidos os apontamentos trazidos pela defesa. Rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELACIONADA AOS CRIMES DOS ARTIGOS 48 E 64 DA LEI 9.605/98

Inicialmente, menciona a defesa a condenação do apelante à pena de 6 (seis) meses de detenção pelo crime do art. 48 e, na mesma quantidade, pelo do art. 64, ambos da Lei 9.605/98. Alega, ante o montante da reprimenda, extinta a punibilidade dos delitos porquanto, fixado o termo inicial da prescrição em 10/03/2009 (fl. 55), conforme disposto no teor da ementa à fl. 350 – assinalado o momento da confecção de laudo complementar – , decorreram mais de 3 (três) anos entre esta data e a do recebimento da denúncia (8/5/2012) (fl. 153). Acresce perder "relevância a discussão se o início da fluência do prazo prescricional ocorreu em 2007, momento da realização do único ato imputado ao ora apelante, ou se em 10/03/2009, tal como apontado no v. acórdão, pois em qualquer uma dessas hipóteses constata-se, *ictu oculi*, a ocorrência da prescrição da pretensão de punir" (fl. 464).

Para melhor entendimento, transcrevo excerto do voto referido:

> Quanto à extinção da punibilidade pela prescrição da pena em abstrato, com relação aos crimes dos artigos 48 e 64, da Lei 9.605/98, não merece

> guarida. Esses crimes têm pena máxima abstratamente cominada de 01 ano, sendo o prazo prescricional do delito de 04 anos. Imputa-se ao paciente a conduta de causar danos diretos e indiretos ao meio ambiente e de impedir a regeneração da vegetação nativa, de modo que a consumação dos delitos se delonga no tempo. O bem jurídico tutelado é violado de forma contínua, renovando-se, a cada momento, a consumação dos crimes.
>
> (...) De qualquer modo, o laudo complementar acostado às fls. 94/100 (última fiscalização, em tese) foi confeccionado em março de 2009. Entre esta data e o recebimento da denúncia, em 08 de maio de 2012 (fl. 229), não restou ultrapassado, obviamente, o lapso de quatro anos. (fls. 361/362)

Dos termos acima consignados sobressai a qualificação dos tipos penais como crimes de natureza permanente, motivo pelo qual o alongamento da conduta no tempo impede a ocorrência da causa extintiva de punibilidade da prescrição. A argumentação posterior, fundamento da tese defensiva, perfaz não mais que mero acréscimo à justificação principal, apto a funcionar naqueles casos nos quais a conduta eventualmente resultasse classificada como configuradora de crime instantâneo de efeitos permanentes.

Assim, no que refere ao delito do art. 48 da Lei 9.605/98, em conformidade com inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, cuida-se de crime permanente, no qual a prática do delito se protrai no tempo e provoca a violação contínua e duradoura do bem jurídico tutelado, com a renovação a cada momento da consumação, de forma que a contagem do prazo prescricional só tem início com a cessação da permanência. Assim, não há, quanto a este delito, prescrição da pretensão punitiva estatal, já que as antropias não foram retiradas do local em questão, devendo observar-se a regra disposta no art. 111, inciso III, do Código Penal.

Nesse sentido:

> PENAL. CRIME AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM SOLO NÃO EDIFICÁVEL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO IMPEDINDO REGENERAÇÃO DA VEGETAÇÃO. ABSORÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. RECURSO PROVIDO. 1. Hipótese em que, construída casa em solo não edificável, isto é, a menos de 30 metros de cur-

so d'água, em violação ao art. 64 da Lei 9.605/98, restou constatado que a construção encontra-se no interior da Área de Proteção Ambiental de Anhatomirim, uma das denominadas Unidades de Conservação Federal (art. 40 da Lei Ambiental), tendo sido demonstrado, ainda, que referida construção vem impedindo a regeneração da floresta e demais formas de vegetação local (art. 48 da Lei 9.605/98). 2. Além de ser responsável pela construção em solo não edificável (art. 64 da lei Ambiental), a manutenção da referida edificação ilegalmente construída ainda impede a regeneração da vegetação natural, conduta na qual incide o tipo penal insculpido no art. 48 da Lei 9.605/98, que se trata de delito permanente e não pode ser absorvido pelo disposto no art. 64 da mesma lei, que é instantâneo. 3. A manutenção de construção impedindo a regeneração da vegetação é um novo crime, diverso e autônomo em relação ao tipo do artigo 64 da Lei 9.605/98. 4. Vislumbra-se a existência de três condutas distintas, três ações autônomas de construir em solo não edificável (art. 64), em Unidade de Conservação Ambiental (art. 40), impedindo a regeneração natural da vegetação (art. 48), através das quais três crimes diferentes foram praticados. 5. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 1125374/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 17/08/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE *VERSUS* CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. SÚMULA 711. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A conduta imputada ao paciente é a de impedir o nascimento de nova vegetação (art. 48 da Lei 9.605/1998), e não a de meramente destruir a flora em local de preservação ambiental (art. 38 da Lei Ambiental). A consumação não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protrai no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito. Trata-se, portanto, de crime permanente. 2. Não houve violação ao princípio da legalidade ou tipicidade, pois a conduta do paciente já era prevista como crime pelo Código Florestal, anterior à Lei 9.605/98. Houve, apenas, uma sucessão de leis no tempo, perfeitamente legítima, nos termos da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal. 3. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional

> somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência. Prescrição não consumada. 4. Recurso desprovido." (RHC 83437/SP, Rel Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 10/02/2004, publicado em DJe 17/04/2008)

Todavia, no que diz com o crime do art. 64 da Lei 9.605/1998, de consumação instantânea, aponta o Laudo de Exame Complementar 4.786/09 (fls. 55/61) a construção pelo apelante de uma edificação em alvenaria, com cerca de 81m² de área construída, de pavimento único e telhado colonial, em área verde *non edificandi*, "**possivelmente num período em torno do ano de 2007, tendo em vista a análise das imagens aéreas**, (...)" (fl. 61). (destaquei)

Vale ressaltar que a Lei 12.234/10 alterou o art. 109, inciso VI, e o art. 110, ambos do Código Penal, modificando as regras de prescrição penal. Entre as mudanças, aumentou para 3 anos o prazo para a prescrição dos crimes cuja pena é inferior a 1 ano.

No entanto, verifica-se que o fato criminoso ocorreu em 2007, aproximadamente, data anterior à mudança legislativa, motivo que impede a sua aplicação, por se tratar de lei nova mais gravosa, que, portanto, não pode retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência.

Vejamos a antiga redação dos arts. 109 e 110, ambos do Código Penal:

> Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
>
> (...) VI – em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.
>
> Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
>
> §1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.
>
> §2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Cuidando o caso de crime instantâneo, datado o ilícito do ano de 2007, e recebida a denúncia em 8/5/2012 (fl. 153), observa-se o lapso temporal superior a 2 (dois) anos entre ambos, suficiente a caracterizar a prescrição retroativa (artigos 110, §§1º e 2º, c/c art. 109, inciso V, todos do CP), restando imperiosa a declaração da extinção da punibilidade do crime consignado no art. 64 da Lei 9.605/1998.

Forte nessas razões, rejeito a preliminar de prescrição relativa ao crime tipificado no art. 48 da Lei 9.605/1998. Reconheço, todavia, a prescrição do delito insculpido no art. 64 da Lei 9.605/1998.

DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELACIONADA AO CRIME DO ARTIGO 40 DA LEI 9.605/98

No particular, importa fazer constar deter o delito inscrito no art. 40 da Lei 9.605/98 natureza permanente, comparecendo a conduta de erigir uma edificação com cerca de 81 m², bem como de um passeio em pedras mosaico, com cerca de 30m de cumprimento por 1,5m de largura, em área verde pública *non aedificandi*, localizada no interior de Área de Proteção Ambiental – APA do Lago Paranoá – , apta a "causar dano direto ou indireto", violando o bem jurídico tutelado de forma contínua e duradoura, conforme dá conta o Laudo de Exame de Local (fls. 55/61), assertivo para a degradação da qualidade ambiental, e de prejuízo aos objetivos de preservação decorrentes da ocupação e da manutenção das alterações consumadas, além do impedimento da regeneração natural da vegetação.

Nesse contexto, enquanto durar a mencionada ocupação indevida, a consumação se protrairá no tempo. Isto porque, volto a afirmar, de acordo com as considerações tecidas no laudo Complementar 4.786/2009, a presença de impermeabilizações, pavimentações, edificações no local em estudo, isto é, na área verde *non aedificandi,* acarreta prejuízo direto "por remover cobertura vegetal e impermeabilizar o solo, dificultando ou impedindo a regeneração da vegetação nativa", e indireto, "por redundar em quebra do equilíbrio ecológico, causando o afastamento da fauna nativa e na alteração na recarga dos aquíferos, de forma a rebaixá-los" (fl. 60)

Assim, enquanto permanecerem as construções e pavimentações, na forma delineada no mencionado Laudo Complementar, causadoras de dano direto e indireto

ao meio ambiente em área verde *non aedificandi*, este (dano ambiental) terá sua consumação prolongada no tempo, colaborando continuamente para a queda do equilíbrio ecológico do local, impedindo a regeneração natural da vegetação e promovendo o afastamento da fauna.

Desse modo, o dano ambiental do artigo 40 da Lei 9.605/98 caracteriza crime permanente pelas peculiaridades verificadas, não havendo falar na prescrição da pretensão punitiva estatal, que, no caso, submete-se à regência do art. 111, inciso III, do CP. Rejeito a preliminar.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE RECONHECER CONCURSO MATERIAL DE CRIMES DECORRENTES DE UMA ÚNICA AÇÃO

Sem razão o recorrente. Promovidas as alterações no meio ambiente mediante mais de uma ação, como no caso, correto o emprego do concurso material de crimes. Atente-se para a diversidade de núcleo em cada tipo penal, referidas ações distintas uma das outras, tais: art. 40 – "causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação..."; art. 48 – "impedir ou dificultar a regeneração..."; e art. 64 – "promover construção...".

Conforme disposto no parecer da Procuradoria de Justiça:

> Na hipótese, a construção de casa de alvenaria consistiu na prática do crime previsto no art. 64 da Lei de Crimes Ambientais. Já a construção de outras antropias em área de preservação ambiental, dentre as quais um passeio em pedras mosaico, consistiu na prática do crime previsto no art. 40, *caput*, e 40-A, ambos da Lei de Crimes Ambientais. Por fim, o crime permanente previsto no art. 48 do mesmo diploma consuma-se diariamente, com a manutenção das antropias. (fl. 502)

No sentido de perfazerem os delitos crimes autônomos, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. CRIME AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM SOLO NÃO EDIFICÁVEL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO IMPEDINDO REGENERAÇÃO DA VEGETAÇÃO. ABSORÇÃO DA CONDUTA. IMPOS-

> SIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. RECURSO PROVIDO. 1. Hipótese em que, construída casa em solo não edificável, isto é, a menos de 30 metros de curso d´água, em violação ao art. 64 da Lei 9.605/98, restou constatado que a construção encontra-se no interior da Área de Preservação Ambiental de Anhatomirim, uma das denominadas Unidades de Conservação Federal (art. 40 da Lei Ambiental), tendo sido demonstrado, ainda, que referida construção vem impedindo a regeneração da floresta e demais formas de vegetação local (art. 48 da Lei 9.605/98) 2. Além de ser responsável pela construção em solo não edificável (art. 64 da Lei Ambiental), a manutenção da referida edificação ilegalmente construída ainda impede a regeneração da vegetação natural, conduta na qual incide no tipo penal insculpido no art. 48 da Lei 9.605/98, que se trata de delito permanente e não pode ser absorvido pelo disposto no art. 64 da mesma lei, que é instantâneo. 3. Vislumbra-se a existência de três condutas distintas, três ações autônomas de construir em solo não edificável (art. 64), em Unidade de Conservação Ambiental (art. 40), impedindo a regeneração natural da vegetação (art. 48), através das quais três crimes diferentes foram praticados. 4. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 1125374/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 02/08/2011, DJe 17/08/2011)

Rejeito a preliminar.

DO MÉRITO

Inicialmente, considerando a tese defensiva alusiva à atipicidade da conduta, verifico que exaustivamente refutada em sentença, por ocasião da análise do mérito, assim como suficientemente demonstradas a materialidade e a autoria dos delitos objeto da denúncia, motivo pelo qual a transcrevo, pedindo licença para fazê-la constar como razão de decidir.

> A materialidade relativa aos crimes é evidente. O local é Área de Proteção Ambiental do Lago Paranoá, e conta com faixa de proteção com restrições impostas pela Resolução CONAMA 13/90.

A área edificada em 2007/2008 está dentro da APP (Área de Preservação Permanente), consoante Laudo Complementar de fls. 55/65 e as fotografias por satélite. (fl. 58)

No laudo de fls. 55/65 os peritos concluíram que após 2007 houve a construção uma edificação de alvenaria de 81m², passeio de pedra que dá acesso à nova edificação, bem como construção de uma cisterna, tudo em área legalmente protegida, sem autorização do órgão ambiental competente.

Noto pelos laudos e fotografia de fl. 58 que em 2007 não havia a construção da edificação de 81m², do passeio e da cisterna, forma que a existência do crime descrito no art. 64 da Lei 9605/98 é inquestionável, notadamente ante à ausência de autorização do órgão competente.

O laudo de fls. 55/61, atesta a construção da edificação de 81m², da cisterna e do passeio, tudo em área verde protegida.

Não merece prosperar a alegação de que em 2000 já havia o passeio de pedras descrito na inicial acusatória. Não se desconhece que havia um passeio construído anteriormente, nos idos dos anos 2000, contudo entre 2007 e 2008 houve construção de nova parcela de passeio de pedra, em área legalmente protegida, sem autorização do órgão competente, tudo para dar acesso à nova edificação construída na área verde, em 2007, consoante fotografias do laudo de fl. 64. A construção irregular da nova parcela de passeio de pedra é suficiente para materializar o delito.

Não socorre o réu o fato de haver previsão na Resolução do CONAMA 369/06 possibilidade de construção de baixo impacto ambiental nas áreas de APP. Isso porque segundo o art. 1o daquela Resolução, a construção deve ser precedida da autorização dos órgãos competentes, inexistentes no caso em apreço. Saliento que o documento de fls. 122/125 não – expressa qualquer autorização para a mencionada construção.

Verifico que o denunciado não dispunha da necessária autorização para realização das edificações, tal como afirmado pelo próprio réu em seu interrogatório, na havendo autorização para tanto expedida pelo órgão de licencia-

mento ambiental do Distrito Federal, consoante art. 5o, inc. II, da Resolução do CONAMA 237/97.

Ressalto, ainda, que o Decreto Federal 4340/02, regulamentador da Lei 9985/00, especificamente no art. 28, proibiu a construção e ampliação de benfeitoria sem autorização do órgão competente, o IBRAM.

Lado outro, e especificamente quanto à construção da cisterna na área verde, verifica-se que o denunciado o fez com a devida autorização contida no documento de fl. 124 dos autos, segundo o qual o denunciado somente o construiu porque assim foi obrigado pela Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Distrito Federal – SEMARH, consoante item 8 do relatório de vistoria 030/2006 (fls. 122/124 dos autos), a fim de irrigar a área verde. O item 8 assim dispõe:

"8 – Fica interessado obrigado a perfurar um poço do tipo cisterna fora da área da APP, na profundidade necessária para acumular água suficiente para a irrigação da área a ser recuperada, com limitação de profundidade de 30m, conforme a Lei das Águas Lei 9.433, Lei Distrital 2.725 e Decreto Distrital 22.358"

Assim, considerando que o poço foi construído nos limites definidos pelo referido relatório, consoante podemos verificar do item 3 do laudo à fl. 59. Logo, por ter agido nos estritos termos determinado por autoridade competente, não pode ser punido por tal fato.

Todavia, mesmo não vislumbrando tipicidade quanto à conduta de construir o poço na área verde, subsiste a materialidade do crime descrito no art. 64 da Lei 9.605/98, sob as modalidades construir casa de alvenaria e passeio de pedra em APP.

Quanto à materialidade dos crimes descritos nos artigos 40, *caput* c/c art. 40-A, §1º e art. 48 da Lei 9.605/98 também reputo comprovada. Isso porque a edificação da casa de alvenaria e o passeio de pedra causam, inexoravelmente, dano ambiental direto, na medida em que remove a cobertura vegetal e especialmente impermeabiliza o solo, dificultando ou impedindo a regeneração natural nativa, tal como concluído pelos peritos à fl. 60.

Há também a comprovação do dano ambiental indireto, na medida em que tais práticas levadas a efeito pelo réu implicaram em flagrante desequilíbrio ecológico.

Saliento que as palavras da testemunha R.A.M., tal como invocado pela defesa, especialmente quanto a não subsistência de impactos ambientais, não socorrem o réu. Isso porque mesmo havendo gramínea na área verde, o plantio de arvores exóticas (fl. 45) e, sobretudo a impermeabilização do solo em razão das construções retira qualquer possibilidade da flora nativa prosperar. Assim, entendo evidente o dano, tal como concluído no laudo de perícia técnica às fls. 55/65.

Quanto à autoria, verifico que o próprio réu, em todas as oportunidades em que se manifestou, não negou ter sido o responsável pelas construções. Ademais, era o proprietário da residência, de forma que a autoria é indene de dúvidas.

Consigno que nos termos do artigo 21 do CP, o desconhecimento da lei é inescusável e não exime ninguém de cumpri-la, de modo que não merece prosperar a alegação de que o réu acreditava que estava cometendo apenas infração administrativa.

Relativamente à ausência de dolo, tal como sustentado pela defesa, entendo não merecer prosperar.

Pois bem. O dolo pressupõe vontade livre e consciência.

No caso em tela, o denunciado sabia desde o ano 2000, época da primeira autuação que a edificação nas áreas abrangidas pela APP constituía infração penal. Não obstante ciente, e após ter aderido à proposta de suspensão condicional do processo na 8a vara criminal, por fatos análogos ao presente, insistiu em perpetrar novas condutas similares, evidenciando sua vontade livre e consciente de realizar edificações na área de preservação ambiental, incorrendo, assim, em crime. (fls. 425/427)

Ante o exposto, tem-se que a materialidade e a autoria dos crimes objeto da denúncia restaram suficientemente comprovadas, assim como o dolo de que imbuí-

do o agente e o nexo de causalidade entre a conduta típica e os danos indiretos e diretos à Unidade de Conservação.

O Laudo de Exame de Local, elaborado por peritos especializados em meio ambiente, é conclusivo para que:

> Conforme informações prestadas pelo proprietário, Sr. J.V.R., bem como analisando-se as fotografias constantes nos laudos 14859/00 e 17160/01, fotos aéreas e imagens de satélite da área de 2007 e 2008, os peritos ainda constataram que em torno de 2007:
>
> Foi construída na área verde uma edificação em alvenaria, com cerca de 81m² de área construída, de pavimento único e em telhado colonial, encontrando-se o vértice anterior esquerdo (ponto mais próximo à APP), no ponto de coordenadas UTM 193.077mE/8.246.816mN. Ver figuras 03 a 05 e fotografias 05 e 06;
>
> Originando-se na escada de acesso à área verde, nos fundos da casa principal, fora confeccionado um passeio em pedras mosaico, com cerca de 30m de comprimento por 1,5m de largura, terminando na porta de acesso da edificação recentemente construída. Ver figuras 03 a 05 e fotografia 05;
>
> (...) Assim, considerando que foram constatadas a realização de obras de construção civil em área verde *non edificandi*, seria necessário o requerimento de formalização dos procedimentos (mecanismos legais existentes, tais como autorizações, licenças, permissões ou alvarás, diferenciados conforme o tipo de obra) para a efetiva construção da edificação e passeio, bem como da construção da cisterna e tanque de armazenamento, o que na sua ausência caracteriza dano ambiental direto, por remover cobertura vegetal nativa e impermeabilizar o solo, dificultando ou impedindo a regeneração natural da vegetação nativa, e indireto, por redundar em quebra do equilíbrio ecológico, causando o afastamento da fauna nativa e na alteração na recarga dos aquíferos, de forma a rebaixá-los. (fls. 57/60)

Ainda, segundo o Laudo 4.786/2009:

> Conforme o art. 2º do Decreto 97.632, de 10/04/89, 'são considerados como degradação os processos resultantes dos danos ao meio ambiente,

> pelo quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades, tais como, a qualidade ou capacidade produtiva dos recursos ambientais. (fl. 60)

Assim, segundo os peritos, a conduta do autor – construção ilegal de edificação em alvenaria e passeio em pedras mosaico em área verde *non edificandi*, inserida em área de Proteção Ambiental do Lago Paranoá – produziu impacto ambiental direto e indireto, conforme acima circunstanciado e expressamente consignado na sentença, muito superior à derivada da retirada da cobertura vegetal da área, fato este que, em sede de apelo, é atribuída a terceiros (fl. 478). Demais disso, ao proceder as construções, impediu o acusado a renovação da vegetal nativa, assim como impermeabilizou o solo, causando, ainda, o afastamento da fauna nativa, e prejuízo a recarga dos aquíferos, contribuindo para o seu rebaixamento, com alteração do regime hidrológico.

Lembre-se que a denominada área verde não edificável destina-se, via de regra, à preservação paisagística e ambiental, devendo ser mantida tanto quanto possível em seu aspecto original, e qualquer redução de suas propriedades, qualidades ou capacidade produtiva dos recursos naturais configura dano ao meio ambiente, motivo pelo qual não deve prosperar tese relativa à eventual baixo impacto ambiental da construção do passeio em pedras mosaico, com consequente exclusão da tipicidade material do delito, a uma, porque a edificação do passeio não perfaz obra isolada; a duas, porque, afora as consequências prejudiciais ao meio ambiente acima delineadas, não houve a necessária formalização da obra junto ao órgão público competente no objetivo de obter-se a obrigatória autorização e a subsequente fiscalização.

Neste ponto, nenhuma dúvida de que o autor promoveu as construções indevidamente, sem autorização da autoridade competente, conforme afirmado em interrogatório, ciente da necessidade de prévia documentação nesse sentido, tanto que tais edificações foram posteriores a outras, igualmente prejudiciais ao meio ambiente, e pelas quais também foi autuado o réu. Assim, para o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de dolo ou eventual erro de proibição é necessário prova de que, no momento da prática da conduta, o agente não tenha noção do ilícito ou que, pelo menos, não tenha condições de sabê-lo, o que não restou demonstrado. Ademais, relembre-se a presunção absoluta do conhecimen-

to das normas. Diz a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º, que "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

Nesse quadro, suficiente o acervo probatório que serviu de substrato ao decreto condenatório, em especial os exames periciais constantes dos autos, os quais foram produzidos em estrita observância à lei por peritos oficiais da Seção de Engenharia Legal e Meio Ambiente do Instituto de Criminalística (fls. 55/65), e devidamente submetidos ao contraditório e à ampla defesa.

Acresço não se observar contradição entre o Laudo do Instituto de Criminalística, a Resolução do CONAMA 237/97 – art. 5º, inciso II – e o Laudo de Vistoria da SEMARH, desde que em todos se especifica a necessidade de autorização do órgão competente para qualquer construção ou ampliação de benfeitoria em área de preservação ambiental, cuidando relembrar que, no particular, não se restringiu o apelante à construção do passeio ao qual reiteradamente faz referência. Destaco que o Decreto Federal 4340/02, regulamentador da Lei 9985/00, especificamente no art. 28, proibiu a construção e ampliação de benfeitoria sem autorização do órgão competente, o IBRAM.

Do exposto, nota-se que, agindo da forma acima delineada, configurou-se a prática pelo apelante dos crimes previstos nos artigos 40, 48 e 64 da Lei º 9.605/98, razão pela qual correta a condenação.

Atento ao efeito devolutivo amplo do recurso de apelação e à menção na sentença de questão levantada pela defesa referente à aplicação do princípio da fragmentariedade e eventual consecução de mera infração administrativa (fl. 423), passo ao deslinde da questão.

Analisados os fatos, entendo não comparecer adequado o prestígio ao princípio da fragmentariedade no caso em concreto, vedado ao aplicador da lei descurar do contexto em que inserida a atuação do réu, violadora de bem público/direito de terceiros – meio ambiente ecologicamente equilibrado – art. 225, §3º, CF – , com repercussão na comunidade.

É certo que não se está aqui a negligenciar princípios reitores do sistema penal – proporcionalidade, razoabilidade – , alicerces da política minimalista de intervenção, todavia, restringir-se o âmbito de abrangência do tipo, excluindo a aplicação

do direito penal ao caso concreto, depositário de lesividade, demandaria fazer tábula rasa da lei, não havendo ser desconsiderada com fundamento na qualificada pouca lesividade da conduta, aliás, não demonstrada, não se atentando para a nocividade dos resultados daí decorrentes. Também aqui, sem razão a defesa.

Passo à questão dosimétrica.

Nada a alterar no cálculo das penas, fixadas no patamar mínimo legal, obedecida a razoabilidade.

Prescrito, todavia, o crime definido no art. 64 da Lei 9.605/98.

No que diz com o valor da indenização, a perícia técnica ofereceu subsídios para a condenação do réu por danos causados direta e indiretamente à APA do Lago Paranoá, estimando o valor para recuperação dos danos diretos e indiretos, apontando, ainda, quais foram estes (fls. 203/218), motivo pelo qual o réu foi condenado ao pagamento da importância de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), em obediência ao art. 387 do CPP e, diante da expressa disposição do art. 20 da Lei de Crimes Ambientais (fl. 430).

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo, apenas para declarar a prescrição do crime definido no art. 64 da Lei 9.605/98. Mantenho, no mais, a r. sentença por seus corretos fundamentos.

É o voto.

Des. George Lopes Leite (Revisor) – Acompanho o relator para manter a condenação de J.V.R. a um ano de reclusão e seis meses de detenção no regime aberto, substituídos por restritiva de direito, por infringir os artigos 40, *caput*, combinado com 40-A, §1º, e 48 da Lei 9.605/1998, porém julgo extinta a punibilidade do crime previsto no artigo 64 do mesmo dispositivo legal pela prescrição retroativa.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Prover parcialmente. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2010011176858-5

Relator – Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal. Apelação criminal. Apropriação indébita. Alvará judicial oriundo da Justiça do Trabalho. Apropriação de valores pela advogada da vítima. Inclusão de texto em documento particular de próprio punho em momento posterior ao ciente aposto pela vítima. Falsificação de documento particular (art. 298 CP). Nulidade da denúncia. Rejeição. Observância do art. 41 do CPP. Intervenção de promotores diferentes no processo. Princípio da independência funcional. Nulidade não configurada. Audiência. Dispensa da oitiva de testemunha arrolada pelo MP e pela defesa. Ausência de anuência da parte ré. Alegação de nulidade tardia. Preclusão. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Pedido de absolvição por ausência de provas não acolhido. Provas robustas. Existência de laudo pericial comprovando a posterior aposição de autorização que permitia a compensação dos valores levantados com débitos oriundos de honorários advocatícios visando legitimar a conduta. Condenação mantida. Dosimetria da pena. Ausência de irregularidades. Sentença mantida. Recurso improvido.

1. Não se pode falar em inépcia da denúncia quando há, na peça acusatória, a devida individualização da conduta imputada à ré, com todos os elementos previstos no preceito primário dos delitos que lhe são atribuídos, assim como descritas as circunstâncias do fato criminoso, em conformidade com o artigo 41 do CPP.

2. Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, em razão de os membros do MP se substituírem no processo, eis que vigem, entre os princípios fundamentais do Ministério Público expressos na Constituição Federal, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Sendo assim, os membros do *Parquet* integram um só órgão, sob a mesma direção, podendo ser substituídos uns pelos outros sem que haja alteração subjetiva na relação jurídica processual.

3. A tardia insurgência da Ré quanto à ausência de anuência em relação à dispensa de oitiva de testemunha arrolada na denúncia, e também pela defesa, que somente ocorreu após a realização de diversos atos processuais, inclusive a prolação da sentença condenatória, não rende ensejo ao reconhecimento de nulidade em razão da preclusão do direito de oitiva da testemunha, máxime quando não evidenciada a real importância na realização dessa prova ou eventual prejuízo sofrido pela Ré.

4. Não se pode acolher o pedido de absolvição da ré, por ausência de provas, quando devidamente comprovado que a acusada, com sua conduta de não repassar o valor levantado em favor da vítima, por meio de alvará expedido pela Justiça do Trabalho, apropriou-se indevidamente de dinheiro alheio, valor que tinha posse em razão da condição de advogada, praticando a conduta descrita no tipo penal do artigo 168, inciso III, do Código Penal.

5. Recurso conhecido. Preliminares rejeitadas. No mérito, apelo IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Humberto Adjuto Ulhôa – Relator, Nilsoni de Freitas – Revisora, João Batista Teixeira – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Nilsoni de Freitas, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Rejeitada a preliminar. Negou-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 8 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

A.P.B.C.M. da C., devidamente qualificada nos autos, foi denunciada como incursa nas penas do art. 168, §1º, III e art. 298, c/c art. 69, ambos do Código Penal, por ter, no dia 01 de março de 2010, na agência da Caixa Econômica Federal, valendo-se de advogada de S.M.M. da C.C., apropriado-se indevidamente da quantia de R$ 88.743,76 (oitenta e oito mil, setecentos e quarenta e três reais, e setenta e seis

centavos), pertencentes à vítima S.M.M. da C.C., mediante levantamento do alvará de fl. 32, referente ao processo 882/2006 da 17ª Vara do Trabalho de Brasília, de que tinha a posse em razão de sua profissão.

Pela r. sentença proferida às fls. 255/269, o d. Juízo *a quo* julgou procedente a pretensão consubstanciada na denúncia para condenar a ré como incursa nas penas do art. 168, §1º, III e art. 298, ambos do Código Penal, fixando a pena definitiva, em decorrência da aplicação do art. 69 do CP, em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, e 28 (vinte e oito) dias-multa.

Não resignada, apela a acusada (fls. 286/374).

Preliminarmente, alega nulidade da denúncia, da sentença, bem como cerceamento de defesa durante a fase de instrução do processo. No mérito a Recorrente defende, em apertada síntese, a absolvição por ausência de provas robustas aptas a amparar o decreto condenatório.

Contrarrazões ofertadas pelo M.P.D.F.T, às fls. 380/386, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

A d. Procuradoria de Justiça, às fls. 410/v, em parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Adauto Arruda de Morais, oficia pelo conhecimento e improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Consoante relatado, cuida-se de Apelação Criminal interposta por A.P.B.C.M. da C. contra a r. sentença proferida pelo d. Juízo *a quo* que julgou procedente a pretensão punitiva constante da denúncia para condenar a ré como incursa nas penas do art. 168, §1º, III e art. 298, ambos do Código Penal, fixando a pena definitiva, em decorrência da aplicação do art. 69 do CP, em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa.

Preliminarmente, alega nulidade da denúncia, da sentença, bem como cerceamento de defesa durante a fase de instrução do processo. No mérito a Recorrente defende, em apertada síntese, a absolvição por ausência de provas robustas aptas a amparar o decreto condenatório.

Analiso, inicialmente, as preliminares suscitadas pela Recorrente.

DA NULIDADE DA DENÚNCIA

Defende a Recorrente que a peça acusatória é inepta, tendo em vista que se baseou no contido no rascunho de fl. 12, que não tem valor probatório algum, não tendo sequer a qualificação das partes, e nem de testemunhas, assim como as respectivas assinaturas.

Não assiste razão à Ré.

No particular, o d. Juízo *a quo* aduziu que "Há na narrativa da exordial a individualização da conduta imputada à denunciada, com todos os elementos previstos no preceito primário dos delitos que são atribuídos à ré, assim como foram descritas as circunstâncias do fato criminoso. Ademais, houve a correta qualificação da denunciada, de modo a não permitir dúvida quanto à autoria atribuída. Ainda, cabe assinalar que a classificação dos delitos efetuada na denúncia corresponde às condutas delituosas narradas na inicial acusatória (...). A denúncia descreveu de forma objetiva como ocorreu a consulta criminosa, referente à apropriação indébita, que se consumou com a negativa de transferir o valor que a ré tinha posse em virtude de ser sua advogada. Quanto à conduta delitiva relativa à imputação da falsificação também houve descrição do fato, com escopo, inclusive, em exame pericial. Portanto, a possibilidade de exercício da ampla defesa está garantida, já que a acusada tem ciência de todos os fatos que lhe são imputados, inclusive, na resposta tratou de questões de mérito, fato que comprova a regularidade da inicial acusatória e a capacidade de exercício do direito de defesa a partir dos fatos narrados na denúncia".

Assim, sendo certo que não há qualquer mácula que possa eivar de nulidade a exordial acusatória, já que devidamente observados os elementos constantes do artigo 41 do Código de Processo Penal, rejeita-se a preliminar arguída.

DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Alega, a Recorrente, a ocorrência de cerceamento de defesa, sob o fundamento de que a peça acusatória, a audiência de instrução e julgamento e as alegações finais foram realizadas por Promotores de Justiça diferentes.

Contudo, razão não lhe assiste, na medida em que, segundo entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, "(...) Vigem entre os Princípios Fundamentais do Ministério Público, expressos no art. 127, §1º, da Constituição Federal de 1988, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, de onde se extrai que os membros do *Parquet* integram um só órgão, sob a mesma direção, podendo, todavia, serem substituídos uns pelos outros sem que haja alteração subjetiva na relação jurídica processual, não havendo hierarquia funcional entre eles, concluindo-se, portanto, que, mesmo atuando em nome de um único órgão, os membros do Ministério Público que se substituírem no processo não estão vinculados às manifestações anteriormente apresentadas pelos seus antecessores." (HC 171.306/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 04/11/2011)

Como bem salientado pela 7ª Promotoria de Justiça Criminal de Brasília, em sede de contrarrazões, "*Ad argumentandum*, o autor da ação penal é o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio de seus Membros, oficiou nos presentes autos, sendo que a condenada teve a oportunidade de se manifestar nos autos em todas as ocasiões citadas pela apelante, em que o Ministério Público exerceu as suas funções constitucionais e legais, senão vejamos: – denúncia: logo após o recebimento da denúncia a condenada foi citada e apresentou resposta à acusação às fls. 174/179; – audiência de instrução: a condenada esteve presente durante todo o ato e lhe foi garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa; – alegações finais: o Ministério Público ofereceu alegações finais e, após, os autos foram com vista à condenada para apresentação de suas alegações finais". (fl. 385)

Também alega a Recorrente a existência de cerceamento de defesa, em virtude de ter requerido ao MM. Juiz que fosse oficiado à CEF para que fornecesse informação quanto à aposentadoria da vítima S.M.M. da C.C., pleito que foi indeferido pelo Juízo *a quo*.

Contudo, não assiste razão à Ré, eis que, nos termos do artigo 155 do CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não se podendo olvidar que, no particular, a questão trazida pela acusada em nada contribuiria para o julgamento do feito.

Alega, ainda, a Ré que ocorreu cerceamento de defesa, na medida em que houve a dispensa, pelo MPDFT, da testemunha R.V.R. (Agente de Polícia) arrolada na denúncia, testemunha esta também arrolada pela Defesa, que, segundo alega, não foi ouvida.

No caso em análise, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois, segundo consta do Termo de Audiência, não houve qualquer insurgência da Defesa quanto à dispensa da testemunha R.V.R.A. pelo Ministério Público. Como se não bastasse, a Defesa também não se manifestou a respeito nas alegações finais apresentadas às fls. 236/253, de modo que preclusa encontra-se a questão.

Também é de se considerar que a Recorrente não se desincumbiu de demonstrar a necessidade da inquirição da testemunha mencionada, insistindo na existência da nulidade sem, contudo, evidenciar a real importância na realização dessa prova ou eventual prejuízo sofrido pela Defesa.

Dessa forma, entendo que a tardia insurgência da Ré, que ocorreu somente após a realização de diversos atos processuais, tais como o interrogatório, alegações finais e sentença, evidencia que a ausência da oitiva da testemunha em questão não trouxe qualquer prejuízo à defesa da Ré, configurando, portanto, a tácita aceitação da ausência de oitiva da testemunha.

Trago à colação os seguintes julgados:

> RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. OITIVA DE TESTEMUNHA. PRECLUSÃO. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONEXÃO. VINCULAÇÃO DE JULGAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS À CONDENAÇÃO. VIA INADEQUADA. DESPROVIMENTO. 1. A violação ao princípio da ampla defesa teria ocorrido por não ter sido ouvida uma testemunha de defesa. 2. Não há nos autos qualquer manifestação da defesa do recorrente insurgindo-se contra o cancelamento da audiência em que seria inquirida a testemunha, tampouco há referência acerca do tema

nas alegações finais. 3. Portanto, não há que se falar, no caso concreto, em violação ao princípio da ampla defesa, em razão da preclusão do direito de oitiva da testemunha. 4. A existência de conexão entre processos sobre o mesmo delito (art. 304 do CP) não vincula seus julgamentos. O instituto da conexão liga-se às regras de fixação da competência e não encontra relação com regras de julgamento. 5. A alegação de ausência de provas suficientes para a condenação não pode ser objeto de apreciação neste recurso, que mantém o mesmo campo cognitivo do *habeas corpus*. 6. Recurso a que se nega provimento. (RHC 103550, Relator(a) Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, DJe-073 DIVULG 15-04-2011 PUBLIC 18-04-2011 EMENT VOL-02505-01 PP-00039)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO SIMPLES. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO TARDIA. FALTA DE INTERESSE NA PRODUÇÃO DA PROVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. Hipótese em que a defesa sustenta ter ocorrido nulidade, ante a ausência de designação de data para oitiva das testemunhas defensivas tempestivamente arroladas. Alegação realizada apenas em sede de apelação, mantendo-se silente a defensora do paciente nas oportunidades anteriores, diga-se, quando da audiência em que foram inquiridas as testemunhas de acusação, ocasião em que o juiz declarou encerrada a instrução processual, ato com o qual concordou a defesa; fase de requisição de diligências do art. 499 do CPP, em que a defensora afirmou nada ter a requerer, além das alegações finais, em que não suscitou a apontada nulidade, configurando-se, assim, a preclusão da matéria, sendo manifesta a ausência de interesse na produção da referida prova, cujo questionamento se deu apenas depois da sentença condenatória. 2. Ademais, no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual, independentemente de sua classificação em relativa ou absoluta, quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso em apreço. 3. O paciente em momento algum teve violado o seu direito a um processo orientado pelos pilares da ampla defesa e do contraditório. Ao contrário, foi-lhe sempre assegurada a imprescindível defesa técnica, com a presença e participação ativa da de-

> fensora em todos os atos processuais, não se vislumbrando nulidade a ser sanada pela ausência de oitiva das testemunhas de defesa, seja pela preclusão na alegação da matéria, seja pela inocorrência de prejuízo demonstrado. 4. *Habeas corpus* denegado. (HC 109.103/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012)

Rejeito, pois, a preliminar arguída.

DA NULIDADE DA SENTENÇA

Também não merece acolhida a irresignação recursal manifestada pela Ré quanto à suspeição do magistrado sentenciante.

Com efeito, a questão já foi objeto de análise por esta Corte por meio do julgamento da Exceção de Suspeição 2013.00.2.003534-6, que entendeu pelo não conhecimento da ação por falta de fundamentação expressa nas hipóteses previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal.

Por fim, quanto a eventual problema de saúde mental que a Ré insiste em ressaltar em seu recurso, destaco que a questão também foi devidamente enfrentada pela r. sentença recorrida que, no particular, consignou que "(...) o eventual problema de saúde mental que a vítima tenha sofrido durante o tempo em que se relacionou profissionalmente com a ré, alegação que ocupa mais da metade das alegações finais da Defesa, em nada influi para a ocorrência dos fatos típicos em análise, pelo contrário, exigiria por parte da ré uma maior cautela na contração das ações, com as tratativas realizadas de forma escrita, de preferência integralmente digitado em texto uniforme e realizado em único momento, e não da forma que se evidenciou nos autos".

Rejeito, portanto, as preliminares de nulidade arguídas pela Defesa.

DO MÉRITO

No mérito, defende, a Recorrente, a absolvição por ausência de provas.

Segundo narra a denúncia, no dia 1º de março de 2010, na agência da Caixa Econômica Federal, valendo-se da condição de advogada de S.M.M. da C.C., apropria-

do-se indevidamente da quantia de R$ 88.743,76 (oitenta e oito mil, setecentos e quarenta e três reais, e setenta e seis centavos), mediante levantamento do alvará de fl. 32, referente ao processo 882/2006 da 17ª Vara do Trabalho de Brasília, de que tinha a posse em razão de sua profissão.

Consta, ainda, que, quando da expedição do alvará, a denunciada o utilizou para levantar a quantia mencionada, não a repassando a sua cliente. Para acobertar a apropriação do dinheiro levantado, aproveitando-se de um "ciente" datado de 02.03.2013, dado pela vítima em documento particular (contrato de honorários), a acusada alterou o referido documento, acrescentando a seguinte declaração falsa: "De acordo com os valores dos honorários ora apresentados, bem como autorizo o pagamento dos mesmos com o Alvará a ser liberado do Processo 882/6 da 17ª Vara do Trabalho", conforme Exame Grafoscópico de fls. 99/116.

Na espécie, verifico que a materialidade da conduta delitiva descrita na denúncia encontra-se evidenciada por meio da juntada da Ocorrência Policial 955/2010-0 (fls. 09/10), Contrato de Honorários Advocatícios (fl. 78), Documento manuscrito "Honorários/S." (fl. 79), Documento Recebido/Prestação de Contas (fls. 80/82), cópia da Autorização Judicial (fl. 37), Autos de Colheita de material para Exame Grafotécnico (fls. 83/93), Laudo de Perícia Criminal (fls. 104/121) e Relatório Final (fls. 124/124v), assim como pela prova oral produzida ao longo da instrução do feito.

Quanto à autoria, entendo que esta restou sobejamente demonstrada nos autos.

A ré, em depoimento prestado perante a autoridade judicial, reconheceu a autoria da conduta descrita na denúncia, relativamente ao saque da verba trabalhista no valor de R$ 88.743,76 (oitenta e oito mil, setecentos e quarenta e três reais e setenta e seis centavos), aduzindo, contudo, que o fez com a autorização da vítima em razão de débitos oriundos de honorários advocatícios relativos a outras ações ajuizadas pela ré.

Confira-se:

> (...) saquei o valor objeto do alvará e tinha autorização; não repassei o dinheiro para a S., pois ela autorizou descontar os honorários que ela me devia em quinze processos que eu havia advogado pra ela, para um filho, que na época estava desempregado, não trabalhava, tinha acabado de se

formar, e tinha essa criança; e foram várias ações na Ceilândia, a mãe da criança entrava com guarda, eu entrava com guarda, a mãe entrava com visita, eu entrava com visita, teve busca e apreensão na casa da S., que eles queriam entregar a criança; eu fui fazer a defesa, viemos para o plantão aqui; foi tudo, depois feito acordo, com visita, com guarda, com alimentos; aos poucos, depois de muita briga, muita confusão, até as tantas da noite, os processos foram feito acordo e ficou tudo a contento; e ela sempre disse que quando saísse a ação da Justiça do Trabalho, era para eu descontar os honorários, ela ficou ainda me devendo; pela explanação que eu fiz para ela, e fiz de acordo com a Tabela da OAB, teve valores que eu nem cobrei, inclusive no início eu fiz um mandado de segurança; que ela me deu 5 cheques de R$ 1.000,00, que foi justamente para ver se a Caixa Econômica devolvia o salário dela que tinha sido suprimido, uma parte da gratificação; ai a Caixa Econômica alegou que ela tinha, ela tava respondendo um sindicância, ela tava faltando muito porque ela tava tirando licenças, inclusive, depois descobrimos que ela aposentou, soubemos que ela aposentou, ela aposentou inclusive voltou a estudar, fazer faculdade; ela tá até fazendo faculdade na UNIEURO, mesmo aposentando por saúde; aí quando eu recebi esses valores, à noite, ela foi na minha casa, eu telefonei, mostrei tudinho, e na hora que eu já tinha feito a primeira explanação dos valores, eu falei então você já dá um ciente, mas antes eu vou escrever aqui em cima que você autoriza, isso foi no rascunho; a denúncia se refere a contrato de honorários, mas não é contrato de honorários, é no rascunho; que eu fiz o esboço da prestação de contas dos valores porque o nosso contrato de honorários se referia somente a Tabela da OAB; ai eu fui e falei ok, a Tabela da OAB são esses valores, inclusive a casa dela tava indo a leilão, eu fiz uma cautelar, cobrei a metade do valor da casa, porque a casa valia R$ 1.000.000,00, eu coloquei como R$ 500.000,00 a casa, cobrei 10%; que eu fiquei com medo, preocupada dela perder a casa, até hoje não pagaram a casa e a casa dela ainda tá garantida em função da cautelar que eu ajuizei até hoje; ela pediu que eu entrasse com outras ações, ai cansei, foi muito desgastante, ela ia para minha casa altas horas da noite, ela telefonava altas horas da noite, e meu marido doente, meu marido é transplantado, ela não respeitava; quando ele tava operado, ela ia lá a qualquer hora, entrava casa a dentro, fazia

escândalo na porta; então já existia uma animosidade na família e eu acabei fazendo contra a vontade do meu marido, fui defendê-la e eles estavam com relações cortadas com todos nós, a minha sogra pediu e fiz por conta da minha sogra; então foi aí que o meu marido falou faça contrato de honorários com ela, porque senão ela vai te causar problema; ai eu fiz contrato de honorários, relacionei tudo, todas as ações; fui para a delegacia, teve tudo que se imagina teve, e ganhei todos os processos dela, inclusive a ação trabalhista; que foi contratada como advogada para ajuizamento de ações no interesse de S., F. "Pai" e F. "Filho"; que reteve todo o valor levantado para pagamento dos honorários e ainda ficou faltando, porque pela Tabela da OAB dava mais"; perguntada pelo magistrado quando o contrato de honorários de fl. 78 foi firmado falou que "fizemos logo em seguida, não foi bem no dia não; que antecede as ações citadas, foi praticamente à medida que foi acontecendo e agente já tava vendo na internet, foi uma ação atrás da outra, guarda, visita, alimentos e ele desempregado e não tinha condições nem de dar alimentos; o F.F., ele tinha acabado de formar, ele não trabalhava, que tava dando a pensão e ajudando o neto era a S. e o F. Pai; que a S. tava de licença na Caixa Econômica, pois alegava depressão(...)". Em continuação, alegou que "a prestação de contas foi redigida no mesmo dia, eu liguei e falei vem aqui, ela falou tô na Candangolândia com a minha mãe, mais tarde eu apareço ai; ela apareceu por volta de 8h30, 9h mais ou menos; já tava pronta, que as ações relacionadas no documento de fl. 79 com o nome F. se referem ao F.F.; que os cinquenta mil referia-se aos 10% do valor da casa que ia a leilão; que ta na Tabela na OAB; que se cobra dessa forma; que ao ser indagada pelo magistrado do conhecimento da redação do artigo 36 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil afirmou que "olhou apenas a Tabela, é o normal que agente sempre cobra; esse de fl. 79 foi só o esboço, porque depois eu mandei a prestação de contas oficial".

Contudo, a versão conferida aos fatos pela ré não se sustenta diante do acervo probatório colacionado aos autos.

Com efeito, o Laudo de Perícia Criminal – Exame Grafoscópico, lançado às fls. 104/115, foi conclusivo ao afirmar que os grafismos "Ciente 02/03/2010" e a rubrica foram lançados no papel suporte em momento anterior aos lançamentos que

compõem o Grupo 2 ("De acordo com os valores dos honorários ora apresentados, bem como AUTORIZO o pagamento dos mesmos com o Alvará a ser liberado do Processo 882/06 da 17ª Vara do Trabalho"), de forma que se pode afirmar que a vítima S.M.M. da C.C. efetivamente não autorizou o levantamento de que trata os autos, sendo certo que a informação constante do Grupo 2 foi dolosamente inserida no documento a fim de possibilitar o levantamento da quantia e a consequente apropriação dos valores, conduta que, à toda evidencia, se amolda àquela prevista no artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal.

A corroborar com a prova pericial produzida, tem-se o depoimento da vítima, ao afirmar, *verbis*:

> que contratou a ré para fazer a guarda do meu neto; depois eu contratei para fazer o processo trabalhista; ela me pediu R$ 5.000,00 antecipadamente, mais nada; em relação a ação de guarda, na época, ela pediu R$ 800,00 e que faria todo o processo; que os dois valores foram pagos; durante o processo trabalhista eu que acompanhei esse processo, que foi em 2006; durante o processo ela nunca podia acompanhar, então eu fiquei acompanhando então eu sabia de tudo, eu ia direito lá no Tribunal; solicitei para que a contadoria desse prioridade, quer dizer, fiz todo o trabalho que ela deveria ter feito; ai quando o juiz determinou eu liguei lá e disseram que tinha saído e que a advogada tinha pego o alvará; (...) no dia 02, ela me ligou e eu disse que não podia ir, ai ela falou vem aqui a noite; ai eu fui junto com a minha mãe lá; ela me apresentou um bloco do rascunho; essa prestação 2 que eu não entendi nada; ai eu falei que não aceitaria; que eu fui saber do alvará no dia 02 por ela; ela disse que tinha pego o alvará e que era para eu dar um visto, ai pus um ciente na pontinha da folha, numa folha de rascunho; que foi no dia 02 de março de 2010; que o valor do alvará era de oitenta e oito mil e mais alguma coisa, que nesse montante não tinha valor relativo a honorários; que perguntado pelo representante do Ministério Público acerca da prestação de contas que a ré teria feito, a depoente respondeu que ela (ré) fez uma prestação de contas colocando uma série de coisas até de valores que não tinham nada a ver, eu até falei que não ia assinar por causa disso; ai ela falou dá somente uma ciência, ai eu dei um ciente e coloquei uma rubrica, ainda mais num papel de rascunho; ela (ré)

falou que tudo era dela, tudo honorários dela; eu falei que não aceitava, que aquilo ali era meu dinheiro, eu não dei um ciente no documento de fl. 79, era um papel que não tinha nada disso, era um papel, um bloco do folha, com listas, não era esse, não se lembra se eram os mesmo valores; somente viu o papel na delegacia; não conheço o contrato de honorários advocatícios de fl. 78; que conhece o documento de fls. 80/2 porque ela enviou depois para a minha casa; que assinou uma procuração de praxe, dando poderes a advogada para levantar alvará, fazer esse tipo de coisa, que é trabalhista; (...) que o contrato de honorários com a ré eram firmados sempre de forma verbal e antecipado; que em nenhum momento combinou que pagaria depois, que não recebeu nenhum centavo do valor levantado na ação trabalhista; eu trabalhei à beça para receber uma diferença e não recebi nenhum centavo; que perguntada pelo representante do MP se teria alguma dívida com a ré respondeu que: eu tinha comentado com o meu marido se saísse eu daria algum dinheiro para ela a mais, mas não falei nada com ela; entrei na Vara Cível solicitando esse valor e fiz uma representação da Ordem dos Advogados do Brasil, tô aguardando também; que na época eu falei para ela você me paga e vamos discutir o que eu estou te devendo, ela não aceitou (...)". Que perguntada pela Defesa acerca da relação de ações eventualmente ajuizadas pela advogada/ré: informou que as ações relacionadas ao seu filho F., com exceção no início que efetuou o pagamento de R$ 800,00, as outras não eram de sua responsabilidade, e que não tinha conhecimento da impetração dos mandados de segurança; que reconhece a assinatura do documento apontado pela Defesa (fl. 79), mas acha que a assinatura foi escaneada, pois a folha era diferente; que compareceu no dia 02 à noite no escritório da ré, juntamente com a sua mãe, que inclusive não concordou com os valores apresentados, disse que isso era "roubo", que é o dinheiro dela, não pode pegar o dinheiro; que viu o irmão, deu tchau e foi embora, agente cumprimentou ele mas não falou nada sobre esse processo; que não firmou contrato de honorários para ação trabalhista, que adiantou R$ 5.000,00; que a ré não devolveu nenhum centavo do valor levantado por meio do alvará.(...)".

Relativamente à dinâmica dos fatos e a tipicidade da conduta praticada, com as devidas homenagens, merece reprodução a percuciente manifestação do d. Ma-

gistrado *a quo* que, na r. sentença lançada às fls. 255/269, traçou o equacionamento da matéria com a devida análise dos fatos relevantes ao deslinde da questão, nos seguintes termos, *verbis*:

> A defesa, por sua vez, alega que os valores que constaram do documento de fl. 79, "Honorários/S.", no qual foram relacionados os valores referentes aos honorários das ações que a ré teria ajuizado em favor da vítima S., F. "Pai" e F.F., tinham fundamento para a cobrança no contrato de honorários firmado pelas partes de fl. 78, e pela concordância dada por S. no sentido que o valor levantado na ação trabalhista fosse revertido integralmente para o pagamento dos honorários devidos e relacionados à fl. 79. Alega, portanto, que havia concordância da vítima e havia um contrato de honorários a justificar que os valores levantados na causa trabalhista fosse inteiramente utilizado para pagamento dos honorários das ações ajuizadas.
>
> Não obstante as alegações da Defesa, tais fatos não se confirmaram no conjunto probatório reunido nos autos.
>
> Primeiramente, cumpre destacar que a vítima sempre afirmou, seja na delegacia, seja em juízo, que não concordava com a atitude da ré em ficar para si com a integralidade do valor objeto do alvará de levantamento para pagamento dos honorários, isso porque afirmou ter quitado os honorários que foram pactuados, e também porque não reconheceu algumas das ações relacionadas pela profissional no documento de fl. 79, sendo que algumas delas não seriam de sua responsabilidade, mas de seu marido e filho, além do fato de que não teria dado ciência no referido documento, mas numa outra folha de rascunho, como afirmou em seu depoimento, pois como se demonstrará parte do documento foi alterado *a posteriori* pela ré em seu exclusivo proveito.
>
> Com tal divergência em relação ao ciente e ao próprio contrato de honorários, se fez necessária a realização de prova pericial, que foi esclarecedora. A mencionada prova técnica, Laudo de Perícia Criminal (exame grafoscópico), acostado às fls. 104/110, realizada no contrato de honorários de fl. 78 e no documento de fl. 79, revelou as seguintes conclusões firmadas por dois peritos criminais do Instituto de Criminalística: " – a assinatura questionada,

"S.M.M. C.C.", constante na peça descrita o subitem 2.1, foi exarada pelo punho de S.M.M. da C.C., sendo, portanto, autêntica;

– os grafismos "Ciente 02/03/2010" e a rubrica, apostos na peça questionada descrita no subitem 2.2 foram exarados pelo punho de S.M.M. da C. C.;

Portanto, concluíram nessa parte do laudo que a assinatura constante do contrato de honorários (item 2.1) é de S., e que o "ciente 02/03/2010 constante do documento intitulado Honorários/S. (fl. 79), foi dado por S.

Agora, o laudo atestou ainda que:

– os grafismos apostos na peça questionada descrita no item 2.2 ("Honorários/S."), correspondentes ao Grupo 1, com exceção da coluna de números, dos grafismos do Grupo 3 e dos grafismos "Ciente 02/03/2010" e da rubrica, foram exarados pelo punho de A.P.B.C.M. da C.".

Então, conclui-se pelos parâmetros adotados pelos peritos que o texto referente ao grupo 2 (vide figura 2 do laudo à fl. 117) que tem o seguinte texto "De acordo com os valores dos honorários ora apresentados, bem como AUTORIZO o pagamento dos mesmos com o Alvará a ser liberado do Processo 882/06 da 17ª Vara do Trabalho", "foram exarados pelo punho de A.P.B.C.M. da C.". Tal informação inclusive foi confirmada pela ré em seu depoimento em juízo, quando afirmou que: ai quando eu recebi esses valores, à noite, ela foi na minha casa, eu telefonei, mostrei tudinho, e na hora que eu já tinha feito a primeira explanação dos valores, eu falei então você já dá um ciente, mas antes eu vou escrever aqui em cima que você autoriza, isso foi no rascunho".

O que se observa que não foi a contratante (S.) que declarou no documento de fl. 79 que o valor do levantamento seria destinado ao pagamento de honorários advocatícios pendentes de pagamento, mas a própria ré, advogada e contratada da vítima para ajuizar e acompanhar a ação trabalhista.

Vale frisar, ainda, que no rascunho de fl. 79 há três conjuntos de textos destacados pela prova pericial (fl. 117), que foram denominados de Grupos, no caso, grupo 1, grupo 2 e grupo 3. Que o texto referente ao grupo 2, realizado pelo próprio punho da ré, informação confirmada por ela e pela perícia,

referente ao texto "De acordo com os valores dos honorários ora apresentados, bem como AUTORIZO o pagamento dos mesmos com o Alvará a ser liberado do Processo 882/06 da 17ª Vara do Trabalho", foi feito depois do ciente 02/03/2010 e rubrica de S., como atestou a perícia na sua conclusão que destaco textualmente: "os grafismos "Ciente 02/03/2010" e a rubrica foram lançados no papel suporte em momento anterior aos lançamentos que compõem o Grupo 2."

A ré, ao agir assim, incluindo declaração de próprio punho aproveitando-se do ciente e data que S. tinha aposto em momento anterior, acabou por praticar o crime previsto no artigo 298 do Código Penal, pois praticou a conduta de alterar documento particular, no caso, com o fim específico de tentar justificar, legitimar, a apropriação dos valores oriundo do levantamento judicial. Diante disso, verifica-se que alegada autorização que a ré alega ter tido por parte da cliente, não passou de fruto de crime de falsidade documental, o que não pode ser acolhido para justificar a ação de apropriar-se dos valores. E não é só. O contrato de honorários apresentado pela ré apresenta irregularidades. Além de estabelecer cláusula por demais genérica, "pagamento de honorários conforme Tabela da OAB", fora preenchido com grafismos de canetas diferentes, com data de 2006 (com preenchimento de parte da data de forma manuscrita), e com registro em Cartório apenas em 08/03/2010, ou seja, poucos dias depois da expedição do alvará de levantamento pelo Juízo da 17ª Vara do Trabalho (docs. de fls. 37/38), e sem que as testemunhas instrumentárias tenham presenciado a contratação, informação confirmada pela testemunha R.D.M. em seu depoimento.

Destaca-se, ainda, a própria constatação de que, embora a contratante (S.) tenha assinado o contrato no ano de 2006, como consta do documento e confirmado pela prova oral, o objeto do contrato foi preenchido à mão pela ré em momentos diferenciados, sem a participação formal da outra contratante, no caso, S.. Afirmou a ré na delegacia que "Este contrato geral que se encontra em anexo foi assinado por S. em 2006, conforme data especificada, e o item OBJETO foi sendo preenchido e complementado de acordo com as novas ações, ato este praticado pela declarante e informado a S.". Em juízo, ao ser indagada pelo magistrado quando o contrato de honorá-

rios foi firmado respondeu que "fizemos logo em seguida, não foi bem no dia não; que antecede as ações citadas, foi praticamente à medida que foi acontecendo e agente já tava vendo na internet, foi uma ação atrás da outra, guarda, visita, alimentos (...)".

Como se sabe, o contrato de honorários advocatícios é marcado por ser bilateral e sinalagmático, ou seja, há reciprocidade de direitos e obrigações de ambas as partes, quando há regular aquiescência das partes contratantes. Na hipótese, se houve mudança do objeto do contrato com a inclusão de mais demandas judiciais, dever-se-ia fazer o necessário aditivo, ou mesmo um novo contrato que contemplasse as modificações, isso firmado por ambas as partes. Não há, definitivamente, no contrato de fl. 78 prova de que a cada momento em que se incluía uma nova ação judicial houvesse a concordância da contratante (S.). Assim, o que se apresenta é que, embora conste a assinatura de S. (confirmada pela prova pericial), a cláusula 2 (objeto) e a própria cláusula 3 (Despesas e honorário) foram preenchidas pela ré de forma exclusiva e unilateral, razão pela qual as obrigações ali estabelecidas não podem ser exigidas da contratada, pois não há prova da sua anuência.

Além do mais, a Lei 8.906/93, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, prevê em seu artigo 35, parágrafo segundo, prevê a possibilidade de compensação dos honorários contratuais dos valores a serem entregues ao cliente, porém, se houver PRÉVIA AUTORIZAÇÃO OU PREVISÃO CONTRATUAL. Na hipótese, a autorização que a ré alega ter em seu favor foi feita por meio do *falsum*, enquanto o previsto no contrato foi feito de forma irregular, razão pela qual a mencionada compensação perpetrada pela ré foi realizada de forma indevida, pois sem autorização legal ou contratual, sem fixação do quantum previamente, além de abusiva em seu *quantum*. As ilegalidades não se limitam ao já apontado.

Alega a ré que os valores cobrados estão de acordo com a Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil.

Um único exemplo de que não se observou os critérios estabelecidos pela Tabela da OAB por parte da ré, está na fixação dos honorários referentes à ação em que se discute o contrato de financiamento realizado com a Caixa

Econômica Federal, identificada no rascunho de fl. 79 com o texto J. Federal x cef, no valor de R$ 50.000,00. O Sr. F., ao ser ouvido em Juízo, informou que tal ação referia-se a um empréstimo no valor de R$ 67.000,00, e a própria ré informou em seu depoimento em juízo que se trataria de uma ação cautelar. No caso da ação de caráter revisional das bases do contrato de financiamento do imóvel tem como parâmetro para fixação dos honorários o valor do contrato de financiamento, ou na própria linguagem da Tabela o valor econômico da questão, ou, ainda, um valor fixo, isso independentemente de haver ou não benefício patrimonial. A Tabela autoriza um valor mínimo de 20% sobre o valor econômico da questão ou 25 URH, que para o mês de novembro de 2012 apresenta o valor unitário equivalente a R$ 147,08. Na hipótese de Ação Cautelar, o valor mínimo é de 40 URH (Fonte site da OAB/DF).

O que fez a ré? Calculou os honorários com base no percentual de 10% do valor do imóvel, e não com base no valor do financiamento (ou sobre o valor econômico da questão) ou um valor fixo em URH, ferindo as próprias regras estabelecidas pela Ordem dos Advogados do Brasil por meio da Resolução 15, de 26 de janeiro de 2011, que dispõe sobre as regras a serem observadas pelos advogados na contratação de honorários.

Portanto, a ré ao proceder dessa forma, utilizou bases de cálculo distintas da constante da Tabela, pois em vez de considerar 10% ou 20% de R$ 67.000,00, ou os valores fixos da Tabela, considerou 10% de R$ 500.000,00, considerando o valor do imóvel da vítima, o que dá uma diferença de mais de 700% (setecentos por cento). Com tal sistemática, acabou por criar algo espantoso, pois o valor dos honorários cobrados, R$ 50.000,00, ficou bem próximo do próprio valor do financiamento de R$ 67.000,00, ou seja, do próprio valor econômico da questão. Ainda que se considere a existência de encargos moratórios e juros cobrados pela instituição, ainda sim, há uma enorme distorção na cobrança dos honorários em prejuízo à contratante.

Por fim, cumpre destacar que o eventual problema de saúde mental que a vítima tenha sofrido durante o tempo em que se relacionou profissionalmente com a ré, alegação que ocupa mais da metade das alegações finais da Defesa, em nada influiu para a ocorrência dos fatos típicos em análise,

pelo contrário, exigiria por parte da ré uma maior cautela na contratação das ações, com as tratativas realizadas de forma escrita, de preferência integralmente digitado em texto uniforme e realizado em único momento, e não da forma que se evidenciou nos autos.

Diante disso, restou absolutamente comprovado que a ré, com sua conduta de não repassar o valor levantado em favor da vítima S., APROPRIOU-SE indevidamente de dinheiro alheio, valor que tinha a posse em razão da condição de advogada, praticando a conduta prevista no artigo 168, do Código Penal. Por ter realizado a conduta na condição de advogada, ou seja, em razão da profissão, aplica-se a causa de aumento de pena prevista no inciso III, do parágrafo 1º do referido dispositivo".

Sem máculas, pois, a r. sentença recorrida.

No tocante à dosimetria da pena, relativamente à condenação pelo crime de apropriação indébita previsto no artigo 168, inciso III do Código Penal, observo que, na primeira fase da fixação da pena, o d. Juiz *a quo* procedeu à análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, valorando negativamente, com acerto, a culpabilidade da ré, bem como as consequências do crime, pelo que a pena-base foi majorada em 06 (seis) meses, considerando o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, e fixada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram consideradas circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, houve o registro da causa de aumento de que trata o inciso III do artigo 168 do CP, já que o delito foi cometido valendo-se a ré da sua profissão de advogada, tendo a pena sido majorada de acordo com a previsão legal, ou seja, em 1/3 (um terço), fixando-a **e**m 02 (dois) anos de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa,calculado cada dia-multa à razão de 01 (um) salário-mínimo vigente na data dos fatos.

No tocante à dosimetria da pena, relativamente à condenação pelo crime de falsificação de documento particular previsto no artigo 298 do Código Penal, observo que, na primeira fase da fixação da pena, o d. Juiz *a quo* procedeu à análise das

circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, valorando negativamente, com acerto, a culpabilidade da ré, pelo que a pena-base foi majorada em 03 (três) meses, considerando o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, e fixada em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram consideradas circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, também não foram registradas causas de aumento e de diminuição de pena, motivo pelo qual a reprimenda corporal foi fixada em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão de 01 (um) salário-mínimo vigente na data dos fatos.

Na fase da unificação das penas, com base no artigo 69 do Código Penal (concurso material de crimes), as penas atribuídas individualmente a cada delito foram somadas, tornando a reprimenda definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias–multa, a teor do artigo 72 do CP, a ser cumprida em regime inicial aberto, na conformidade do artigo 33, §2º, "c", do CP.

Dadas as condições estabelecidas pelo princípio da individualização da pena, e em atenção à previsão contida no artigo 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade imposta à ré foi devidamente substituída por duas penas restritivas de direito, que serão definidas pelo Juízo das Execuções.

Nada, pois, a reparar em relação à dosimetria da pena aplicada no caso *sub examine.*

Por fim, entendo que também não merece qualquer censura a condenação de que trata o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Com efeito, dispõe o citado dispositivo legal que "O juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

No particular, verifico que foi oportunizada a possibilidade de se discutir o valor devido pela ré, uma vez que, se não houvesse de sua parte concordância com o valor fixado na sentença, poderia contestá-lo nesta sede recursal, tal como ocorre com os demais pontos da sentença, o que não ocorreu.

Nesse sentido, julgado desta egrégia Corte de Justiça. Confira-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE POSTULAÇÃO EXPRESSA. IRRELEVÂNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESGUARDADOS. PENA-BASE. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PREJUÍZO SOFRIDO PELA VÍTIMA. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA O EXAME NEGATIVO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Garantido o contraditório e a ampla defesa e considerando que a obrigação de reparar o dano é efeito automático da condenação, com previsão legal no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, torna-se desnecessário pedido expresso de fixação do valor mínimo de indenização na sentença penal condenatória. 2. Nos crimes contra o patrimônio, a não-recuperação parcial ou total do produto do crime e, consequentemente, o prejuízo sofrido pela vítima não podem justificar o aumento da pena-base, a título de valoração negativa da circunstância judicial das consequências do crime, por se tratar de aspecto ínsito ao próprio tipo penal. 3. Recurso conhecido e parcialmente provido para, mantida a condenação da apelante nas sanções do artigo 171, *caput*, do Código Penal, e ao pagamento de R$ 418,24 (quatrocentos e dezoito reais e vinte e quatro centavos), a título de reparação mínima pelos danos materiais causados pela infração, afastar a avaliação negativa das consequências do delito, sem, contudo, alterar a pena final imposta pelo Juiz *a quo*, equivalente a 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, substituída a pena corporal por uma restritiva de direitos a ser estabelecida pelo Juízo das Execuções Penais – VEP." (Acórdão 608792, 20100710133803APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 28/06/2012, DJ 13/08/2012 p. 203)

Desse modo, o estabelecimento do *quantum* para reparação dos danos trata-se de efeito automático da própria decisão condenatória, nos termos do que preconiza a atual redação do artigo 387, IV do CPP, registrando, por oportuno, a existência de pedido do Ministério Público nesse sentido (fl. 04).

Neste aspecto, impõe-se a manutenção da hostilizada sentença, quanto ao dever reparatório que foi imposto à apelante.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pela Ré A.P.B.C.M. da C., REJEITO AS PRELIMINARES arguídas e, no mérito, NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Desa. Nilsoni de Freitas (Revisora) – Com o Relator.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Rejeitada a preliminar. Negou-se provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2010011188116-5
Relator – Des. Roberval Casemiro Belinati
Segunda Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Recurso da defesa. Crimes de tortura e de redução à condição análoga à de escravo. Artigo 1º, inciso II, c/c §4º, inciso II, da Lei 9.455/1997 e artigo 149, §2º, inciso I, do Código Penal. Sentença condenatória. Pedido de absolvição. Não acolhimento. Prova da materialidade e autoria. Submissão da vítima a intenso sofrimento físico e mental como forma de castigo pessoal. Condições degradantes de alimentação, acomodação e trabalho. Prova testemunhal e pericial em harmonia com o depoimento da vítima. Condenação mantida. Recurso conhecido e não provido.

1. Para a caracterização do crime de tortura previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/4997, exige-se a existência de lesões físicas e/ou sofrimento mental, causados em decorrência de constrangimento ilegal praticado com emprego de violência ou grave ameaça, como forma de castigo pessoal.

2. O crime de redução à condição análoga à de escravo configura-se com a submissão da vítima a condições degradantes de trabalho, mediante jornada exaustiva.

3. No caso dos autos, restaram configurados os crimes de tortura e de redução à condição análoga à de escravo, pois a prova testemunhal e pericial comprovam que a vítima foi submetida a ilegal e intenso sofrimento físico e mental, durante vários anos, como forma de castigo pessoal, em condições degradantes de alimentação, acomodação e trabalho, sem receber qualquer remuneração. Ademais, além da acusada submeter a vítima a trabalho excessivo, ainda a impedia de se comunicar com a família, restringindo sua liberdade de locomoção.

4. Em crimes como o de tortura e de redução à condição análoga à de escravo, praticado às escondidas, sem a presença de testemunhas, assume relevo o de-

poimento da vítima, sobretudo quando corroborado por outros meios de prova, como na hipótese, em que a prova testemunhal e a prova pericial comprovam as agressões sofridas pela vítima.

5. Recurso conhecido e não provido para manter a sentença que condenou a ré nas sanções do artigo 149, §2º, inciso I, do Código Penal (redução à condição análogo à de escravo) e artigo 1º, inciso II, c/c o §4º, inciso II, ambos da Lei 9.455/1997 (tortura), às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Roberval Casemiro Belinati – Relator, Silvanio Barbosa dos Santos – Revisor, João Timóteo de Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Timóteo de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Criminal interposta pela Defesa de M.A. da R. contra a sentença que condenou a ré nas sanções do artigo 149, §2º, inciso I, do Código Penal (redução à condição análogo à de escravo) e artigo 1º, inciso II, c/c o §4º, inciso II, ambos da Lei 9.455/1997 (tortura), nos autos da ação penal 2010.01.1.188116-5, em curso no douto Juízo da Oitava Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF (fls. 373/380).

Assim narra a denúncia (fls. 02/05):

> (...) Durante o período compreendido entre agosto de 2004 até fevereiro de 2007, na QN 07, conjunto x, casa xx – Riacho Fundo I/DF, a denunciada, com vontade livre e consciente, submeteu a menor C.M.S., que estava sob sua

guarda, a intenso sofrimento físico e mental, com emprego de violência e grave ameaça, além de reduzi-la à situação análoga à de escravo.

Narra a inclusa pela informativa que a vítima, na época com 15 (quinze) anos de idade (Certidão de Nascimento – fl. 24), saiu de Santo Antônio do Descoberto/GO, para trabalhar como empregada doméstica em uma residência.

Como a pessoa indicada já havia arrumado outra empregada, a vítima foi levada para a casa da acusada, que residia no endereço acima indicado juntamente com seu marido e 03 (três) filhos.

A acusada prometeu à vítima que a mesma poderia passar os finais de semana com sua mãe. Entretanto, a denunciada não mais deixou a vítima sair da residência sozinha e, por três anos, ameaçou-a e ofendeu sua integridade corporal várias vezes, surrando-a e a lesionando com facas e alicates, causando-lhe várias ofensas físicas ao longo dos anos, algumas das quais descritas no Laudo de Lesão Corporal de fls. 102.

A vítima cuidava de todo o serviço da casa, desde a madrugada, e ainda era levada pela acusada a outras residências, sempre na sua presença, onde realizava faxinas.

Durante todo o período em que permaneceu na residência da acusada, a vítima jamais recebeu qualquer quantia a título de remuneração pelos serviços prestados, não possuindo qualquer folga semanal nem podendo estudar.

Além disso, C. jamais conseguiu avisar a sua família de seu paradeiro. Somente em fevereiro de 2007, um tio da vítima, G.E. de S., foi informado onde C. se encontrava, dirigindo-se à residência da acusada na companhia de policiais civis, tendo sido a vítima levada à Delegacia e posteriormente a Teresina/PI, onde sua família estava residindo (...).

O douto Juízo *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar a acusada às penas de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão pelo crime de tortura, e 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão pela prática do crime de redução à condição análoga à de escravo. Em face do concurso material, as penas foram somadas, totalizando 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime

inicial semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal. À sentenciada foi garantido o direito de recorrer em liberdade (fls. 373/380).

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação por Termo à fl. 387. Em suas razões recursais, a Defesa pugna pela absolvição da acusada por insuficiência de provas para a condenação (fls. 394/411).

O Ministério Público não apresentou contrarrazões (fls. 416/417).

O ilustre Procurador de Justiça, Dr. André Vinícius de Almeida, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 421/428).

É o relatório.

VOTOS

Des. Roberval Casemiro Belinati (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

DA ABSOLVIÇÃO

A Defesa requer a absolvição da acusada, ao argumento de insuficiência de provas para a condenação.

O recurso defensivo não merece prosperar.

A peça acusatória imputou à acusada a prática dos crimes descritos no artigo 1º, inciso II, c/c o §4º, inciso II, ambos da Lei 9.455/1997 e artigo 149, §2º, inciso I, do Código Penal, *verbis*:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
>
> I – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.
>
> (...) §4º Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):

> (...) II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos.
>
> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> (...) §2º A pena é aumentada de 1/2 (metade), se o crime é cometido:
>
> I – contra criança ou adolescente (...).

Para a caracterização do crime de tortura, exige-se a existência de lesões físicas e/ou sofrimento mental, causados em decorrência de constrangimento ilegal praticado com emprego de violência ou grave ameaça, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Nesse sentido leciona Guilherme de Souza Nucci[1], *verbis*:

> Tortura: "designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram" (Convenção da Organização das Nações Unidas, de Nova York, art. 1º, 1). Preferimos, no entanto, um conceito mais abrangente, entendendo por tortura qualquer método de submissão de uma pessoa a um sofrimento atroz, físico ou men-

1 NUCCi, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1087.

tal, contínuo e ilícito, para a obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão. (grifos nossos)

Por outro lado, para a caracterização do crime de redução à condição análoga à de escravo, na lição do autorizado doutrinador [2]:

Reduzir, no prisma deste tipo penal, significa subjugar, transformar à força, impelir a uma situação penosa (...) Destarte, para reduzir uma pessoa a condição análoga à de escravo pode bastar submetê-la a trabalhos forçados ou jornadas exaustivas, bem como a condições degradantes de trabalho.

(...) Escravo: continua a ser um elemento normativo do tipo, que depende da interpretação cultural do juiz. Escravo, em análise restrita, era aquele que, privado de sua liberdade, não tinha mais vontade própria, submetendo-se a todos os desejos e caprichos do seu amo e senhor. Era uma hipótese de privação da liberdade em que imperava a sujeição absoluta de uma pessoa a outra. Logicamente, agora, para a configuração do delito, não mais se necessita voltar ao passado, buscando como parâmetro o escravo que vivia acorrentado, levava chibatadas e podia ser aprisionado no pelourinho. É suficiente que exista uma submissão fora do comum, como é o caso do trabalhador aprisionado em uma fazenda, com ou sem recebimento de salário, porém, sem conseguir dar rumo próprio à sua vida, porque impedido por seu patrão, que, em verdade, busca atuar como autêntico 'dono' da vítima. O conceito de escravo deve ser analisado em seu sentido amplo, pois o crime pode configurar-se tanto na submissão de alguém a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas como também no tocante à restrição da liberdade de locomoção (...).

Na espécie, a materialidade dos delitos foi comprovada pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 109); pela Comunicação de Ocorrência Policial (fls. 37/39); pela Ocorrência do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente de Santo Antônio Descoberto/GO (fl. 176); bem como pelas provas orais colhidas.

Quanto à autoria, também não há dúvidas.

---

2 NUCCi, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 744-745.

Não obstante a negativa da apelante, a prova pericial e testemunhal produzida nos autos revela a ocorrência dos crimes de tortura e de redução à condição análoga à de escravo.

Ao ser ouvida em Juízo (mídia de fl. 338), a acusada afirmou que a vítima C. foi apresentada pela pessoa de J. e que aceitou trabalhar em sua residência, mesmo sem perceber remuneração pelos serviços prestados, até conseguir um outro emprego. Declarou ter telefonado para a mãe da vítima, a qual autorizou que ela morasse em sua residência. Alegou que tentou levar a vítima até a residência de sua mãe, mas a ofendida disse que não sabia o endereço. Assim, a vítima permaneceu morando em sua companhia por aproximadamente dois anos, auxiliando sua filha nas tarefas domésticas. Acrescentou que a vítima tinha liberdade para sair, e negou todas as acusações de maus tratos e tortura.

A vítima, por sua vez, ao prestar depoimento perante a Procuradoria da República do Estado do Piauí, narrou detalhadamente os delitos praticados pela acusada, *verbis* (fls. 65/71):

> (...) Que por volta de agosto de 2004, quando estava perto de completar 15 anos, morava na cidade de Santo Antônio Descoberto/GO, a cerca de 1 hora de Brasília/DF; Que nessa época disse para sua mãe que queria trabalhar, sendo que já tinha trabalhado antes, como empregada doméstica, embora continuasse a estudar; ... Que chegando em Brasília, a tal moça levou a depoente para o 'trailer' em que trabalhava e morava a Sra. de nome G., onde a depoente iria ficar; Que, todavia a dona G. disse que já tinha conseguido uma empregada, conhecida por J. e que por isso não iria ficar com a depoente; Que J. então, no dia seguinte, levou a depoente até o apartamento da Sra. M.A. da R., conhecida por 'C.', que também morava no SOF/SUL; Que então começou a trabalhar na casa da dona A., a qual disse para a depoente que, nos finais de semana, ela poderia ir para a casa de sua mãe, bem assim que ficaria morando na casa de A. como se fosse sua filha, podendo, inclusive, estudar ou sair de lá se encontrasse emprego que pagasse melhor; Que, porém, passados os dois primeiros finais de semana nos quais a dona A. não deixou a depoente ir para a casa de sua mãe, a depoente pediu para ir embora, com o que a dona A. não concordou e bateu na depoente; ... Que a partir daí, diariamente, por qualquer pequeno motivo ou pretexto, a dona

A. passou a surrar a depoente, usando fios, facas, martelos; Que a dona A. usava a lâmina da faca para ferir a depoente, deixando cicatrizes que ainda hoje são visíveis, no pescoço, na barriga, nas costas, e num dos dedos da mão direita; ... Que durante todo o tempo em que morou na casa de dona A., a depoente nunca recebeu nenhuma espécie de pagamento, mesmo as roupas que as clientes de dona A. lhe presenteavam, esta não lhe entregava; Que a depoente começava a trabalhar por volta das 2 (duas) horas da manhã, quando era acordada já sob agressões de dona A.; Que depois de algum tempo, dona A. proibiu a depoente até de comer enquanto não terminasse suas tarefas, sendo que como o trabalho durava praticamente o dia inteiro, a depoente às vezes comia uma vez por dia; Que durante o tempo em que ficou na casa de dona A., a depoente dormia no chão do corredor,sem colchão nem lençol, sendo que só no último mês a dona A. lhe deu um lençol para embrulhar; Que como a depoente quase não comia, ficava sonolenta durante o dia, o que era mais um motivo para ser agredida pela dona A.; Que a dona A. chegou a contar para a declarante que sua mãe havia falecido; Que durante todo esse tempo, só falou com sua família uma vez, com um irmão e a própria mãe, quando então soube que estava viva; Que tentou fugir uma vez, quando saltou do ônibus em uma parada seguinte àquela em que dona A. havia descido, mas esta acionou policiais militares, e , como a depoente ficou com medo que os policiais fosse amigos de dona A., acabou dizendo que estava procurando por ela; ... Que uma outra vez tentou fugir, quando dona A. estava ao telefone, porém como o portão estava fechado, ficou chorando, o que chamou a atenção de uma vizinho que por ali passava no momento, para o qual disse o seu nome e o de sua mãe, bem como o endereço desta, sendo que esse vizinho ficou de ajudá-la; ... Que na casa de dona A., a depoente disse para seu tio, de nome G., que não iria embora com ele, tendo feito isso porque fora obrigada pela dona A.; Que, porém, em um determinado momento, aproveitou um descuido de dona A. para dizer ao seu tio para voltar no sábado, pois nesse dia o Sr. R.B. estaria em casa, o que tornaria mais fácil para a declarante ir embora; Que o tio da declarante concordou e foi embora; Que, tão logo o tio da depoente saiu, dona A. voltou a agredi-la; Que no sábado, o tio da depoente voltou a casa de dona A., e como a depoente continuava obrigada pela dona A. a dizer que não queria

> ir embora, o Sr. G. então para forçar a dona A. a ir para a Polícia, chamou-a para a Delegacia, onde disse que iria entregar os documentos da depoente para que ficasse sob a responsabilidade da agressora; ... ela foi para Santo Antônio com o Sr. A. e seu tio; Que ainda ficou dois dias em Santo Antônio, tendo voltado para Teresina com o seu tio (...).

Em Juízo, através de Carta Precatória (fls. 314/315), a vítima mais uma vez relatou os fatos em consonância com as declarações prestadas na fase inquisitorial, descrevendo as agressões que sofria e que eram praticadas pela ré, com o uso de fios, faca e alicate.

A testemunha, G.E. da S., tio da vítima, declarou na fase judicial que recebeu um telefonema onde alguém forneceu o endereço em que a vítima se encontrava, tendo se dirigido ao local juntamente com a polícia. Após encontrar o endereço, foi atendido por uma pessoa que disse não conhecer a vítima C. Assim, resolveu fazer campana próximo ao local e, quando a acusada apareceu, alegou que a ofendida havia sido abandonada e que queria ficar com ela. Após, ao se dirigirem à delegacia, a vítima C. prestou depoimento e quis ir embora, sem pegar nenhum pertence e, somente durante a viagem para Teresina, relatou os maus-tratos e mostrou todas as marcas da agressão em seu corpo (mídia de fl. 316).

O laudo de exame de corpo de delito (fl. 109) e as fotos acostadas aos autos às fls. 98/99 demonstram que a vítima C.M.S. apresentava cicatrizes de ferimentos incisos superficiais em regiões supra-hioidea e flanco esquerda, além da presença de irregularidade de matriz ungueal de quirodáctilos direito e esquerdo. De fato, o laudo pericial encontra-se com consonância com o relato da vítima, que destacou que teria sido agredida diversas vezes pela recorrente.

A mãe da vítima, L.M. dos S.S., também relatou que só comunicou-se com sua filha C. no dia em que seu irmão G. foi buscá-la. Narrou que sua filha, após os fatos, ficou emocionalmente abalada, além de ter contado todas as agressões que sofreu durante todo o período em que ficou sob as ameaças da apelante.

A testemunha O.Q.S., vizinha da acusada, alegou nunca ter visto a vítima, mas que sempre escutava um choro, acreditando ser da filha da ré, *verbis* (fl. 289):

> (...) A depoente acordava muito cedo, e 05h já escutava vozes e choro. Nunca viu a pessoa que chorava e pensava que era a filha da ré. Não ouvia barulho das agressões. Ouviu choro durante muito tempo, meses, ano, mas tudo baixinho. Certa feita conversou com uma pessoa que se identificou como pai da vítima e que tinha ido buscá-la. Essa pessoa disse que a vítima entregou um bilhete para alguém, que por sua vez comunicou a família. Uma única vez viu uma pessoa magrinha, com doze ou treze anos, saindo com a pessoa que se identificou como sendo o pai para a depoente. (...).

O policial federal E.G. confirmou o relato acima mencionado (fl. 291).

Observa-se, pois, que, conforme bem explanado na sentença, restaram configurados os crimes de tortura e de redução à condição análoga à de escravo, pois a prova testemunhal e pericial comprovam que a vítima foi submetida a ilegal e intenso sofrimento físico e mental, durante vários anos, como forma de castigo pessoal, em condições degradantes de alimentação, acomodação e trabalho, sem receber qualquer remuneração. Ademais, além da acusada submeter a vítima a trabalho excessivo, ainda a impedia de se comunicar com a família, restringindo sua liberdade de locomoção.

Vale salientar que, em crimes como o de tortura e de redução à condição análoga à de escravo, praticado às escondidas, sem a presença de testemunhas, assume relevo o depoimento da vítima, sobretudo quando corroborado por outros meios de prova, como *in casu.*

Dessa forma, inviável atender ao pleito defensivo.

Quanto à pena, não há o que se alterar. Em relação ao crime de tortura, a pena-base foi aplicada um pouco acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em face da avaliação desfavorável das consequências (a vítima ficou traumatizada) e das circunstâncias do crime (a vítima ficou sob o domínio da ré por aproximadamente três anos). Na segunda fase, ausentes atenuantes/agravantes. Na terceira fase, diante da causa de aumento de pena prevista no artigo 1º, inciso II, c/c o §4º, inciso II, da Lei 9.455/1997 (crime cometido contra adolescente), a pena foi aumentada na fração mínima de 1/6 (um sexto), totalizando 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Em relação ao crime de redução à condição análoga à de escravo, a pena igualmente foi aplicada acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, diante da avaliação negativa das consequências e circunstâncias do crime. Na segunda fase, ausentes atenuantes/agravantes. Na terceira fase, a pena foi acrescida de 1/2 (metade), em razão da menoridade da vítima (artigo 149, §2º, inciso I, do Código Penal), totalizando 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão.

Em face do concurso material de crimes, as reprimendas foram somadas, restando aplicadas em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal.

Mantém-se o regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, 2º, alínea "b", do Código Penal.

No caso dos autos, como a apelante permaneceu solta durante todo o processo, não há que se aplicar o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal (incluído pela Lei 12.736/2012).

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento para manter a sentença que condenou a ré M.A. da R. nas sanções do artigo 149, §2º, inciso I, do Código Penal (redução à condição análogo à de escravo) e artigo 1º, inciso II, c/c o §4º, inciso II, ambos da Lei 9.455/1997 (tortura), às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal.

É como voto.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Revisor) – Com o Relator.

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento. Unânime.

Apelação Criminal

2011081000028-9

Relator – Des. João Batista Teixeira

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal e processual penal. Roubo majorado pelo emprego de faca e estupro de vulnerável. Pleito de absolvição do estupro. Materialidade e autoria comprovadas. Reconhecimento da forma tentada no crime de estupro. Prática de atos libidinosos. Improcedência. Redução da pena em razão do reconhecimento da semi-imputabilidade. Laudo de exame psiquiátrico conclusivo. Semi-imputabilidade demonstrada. Redução da pena. Regime semiaberto.

1. Mantém-se a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, quando uníssonas as versões do ofendido, na polícia e em juízo, no sentido de que o apelante com ele praticou atos libidinosos consistentes em encostar o pênis em seu ânus e obrigá-lo à prática de sexo oral, corroborados pelas demais provas dos autos.

2. Improcedente o pedido de reconhecimento da forma tentada do estupro, quando comprovada a prática de atos libidinosos com o ofendido.

3. Comprovada a semi-imputabilidade do apelante por laudo psiquiátrico do qual consta que ele apresentava, ao tempo dos fatos, transtorno mental devido ao uso de bebidas alcoólicas, com reduzida capacidade de entendimento e determinação em relação aos ilícitos que lhe são imputados, impositiva mostra-se a redução de sua pena.

4. Reduz-se a pena pecuniária em razão da natureza do delito, da situação econômica do apelante e para manter certa proporção com a pena privativa de liberdade.

5. Fixa-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, com fundamento na alínea "b" do §2º do art. 33 do Código Penal.

6. Apelação parcialmente provida para reduzir as penas do apelante.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Batista Teixeira – Relator, Jesuíno Rissato – Revisor, José Guilherme – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Batista Teixeira, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Deu-se parcial provimento. Unânime. De acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de junho de 2013.

RELATÓRIO

E.A.S. interpôs APELAÇÃO CRIMINAL da sentença de fls. 202-210, proferida pelo Juízo da Primeira Vara Criminal do Paranoá, que o condenou a 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 13 dias-multa, no valor mínimo legal, por infringir os arts. 157, §2º, inciso I, e 217-A, na forma do art. 70, todos do Código Penal.

Consta da denúncia que no dia 12.11.2010, por volta das 7h20min, na Quadra 42, Casa xx, Del Lago, Itapoã, o réu, com vontade livre e consciente, subtraiu para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, a importância de R$ 90,00 em espécie, uma máquina digital e um carregador de bateria, todos pertencentes a D.G.F., bem como, nessa mesma data, hora e mesmo local, praticou ato libidinoso com D.O.F., menor de 14 anos de idade, consistente em encostar seu órgão genital nas nádegas dele e iniciar a penetração anal, "instante em que este queixou-se de dor, fazendo com que o denunciado desistisse voluntariamente do ato" (fls. 3).

Nas razões recursais de fls. 226-233, não se insurgiu o apelante contra a condenação pelo crime de roubo. Pretende, no entanto, sua absolvição pelo crime de estupro de vulnerável, alegando ausência de prova da autoria. Sustenta que não confessou este crime, que o laudo de exame de corpo de delito não encontrou vestígios de violência e seu aditamento somente encontrou espermatozoides, mas não se sabe de quem, bem como que o ofendido, a princípio, negou a materialidade, tendo confirmado somente o crime de roubo. Menciona contradições existentes nas declarações do ofendido e de seu genitor, a respeito do estupro. Requer, alternativamente, o reconhecimento da forma tentada do crime de estu-

pro de vulnerável, bem como pleiteia a aplicação do parágrafo único do art. 26 do Código Penal, em razão de sua semi-imputabilidade.

O Ministério Público absteve-se de apresentar contrarrazões (fls. 235-236).

A Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 243-249, providenciou a juntada de cópias dos quesitos relativos ao laudo psiquiátrico (fls. 250-256) e manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, a fim de que seja reduzida a pena do apelante em razão de sua semi-imputabilidade.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Batista Teixeira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

CRIME DE ROUBO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Como os dois crimes foram praticados no mesmo contexto, passo à apreciação da materialidade e da autoria conjuntamente, não obstante tenha o apelante manifestado irresignação apenas quanto ao crime de estupro de vulnerável.

Materialidade incontroversa

A materialidade dos crimes restou comprovada pela Portaria de Instauração do Inquérito Policial (fls. 7-9), pela Comunicação de Ocorrência Policial (fls. 10-11 e 13), pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 15-16 e Termo de Restituição de fls. 17, pelo Relatório da Seção de Atendimento Técnico de fls. 36-38, Laudo de Avaliação Econômica Indireta (fls. 63), Relatório Policial de fls. 68-71, Laudo de Atos libidinosos e seu aditamento (fls. 124-126), do qual consta a presença de espermatozoides na lâmina com secreção anal colhida no ofendido, Laudo de Exame Psicológico (fls. 162-165) e Laudo de Exame Psiquiátrico (fls. 166-169).

Autoria sobejamente provada

O réu, em seu interrogatório na polícia (fls. 18-19), confessou a autoria do roubo, negando, entretanto, a do estupro.

Afirmou que utilizou uma escada de madeira para escalar o muro do lote. Arrombou o vitrô do banheiro e no interior da casa, deparou-se com um adolescente e uma garotinha. Exibiu-lhe a faca e anunciou o roubo, dizendo que queria dinheiro. A menina começou a chorar, enquanto seu irmão disse que havia R$ 90,00 no guarda-roupas, que foi pegar e lhe entregou, além de uma máquina fotográfica e de um carregador. Não agrediu os irmãos nem manteve contato sexual com nenhum deles. Pediu as chaves do ofendido D. e destrancou as portas. Deixou os objetos na casa de seus pais e jogou a faca num matagal. Interrogado novamente na polícia às fls. 57-58, e em juízo às fls. 119, confirmou a autoria do roubo.

Sua versão está em consonância com a do ofendido D. O. F., na polícia, ocasião em que afirmou (fls. 20-21) que percebeu um barulho e ligou para seu pai. Quando estava a falar com ele ao telefone, foi surpreendido por um homem que lhe tomou o aparelho e o desligou. Ele exibiu uma faca de cozinha e exigiu dinheiro e objetos, tendo conseguido os bens e lhe entregado.

No tocante ao estupro, D. O. F. afirmou que o acusado colocou sua irmã na sala e mandou que o acompanhasse até o quarto e lhe determinou abaixar a calça e a cueca, nos seguintes termos: "Baixa a calça e a cueca...você quer isso ou a morte?". Posicionou-se de costas para ele e "sentiu o órgão genital dele lhe tocar as nádegas, e tem a impressão de que foi penetrado, embora não completamente, tendo este demorado por cerca de dois minutos, e afirma não ter havido ejaculação" (fls. 20).

Este relato por ele confirmado em juízo:

> (...) Depois disso o réu abusou do declarante; a irmã do declarante ficou na sala; o réu mandou o declarante abaixar as calças, senão mataria o declarante; o réu tirou o órgão sexual para fora, e encostou o pênis nas nádegas do declarante; o réu mandou também o declarante chupar o pênis dele, e depois encostou o pênis nas nádegas do declarante; a irmã do declarante não chegou a ver nada, ficou muito assustada; o réu conseguiu penetrar o

> pênis no ânus do declarante, mas não chegou a ejacular; depois disso, o réu mandou o declarante e sua irmã irem para o quarto, e deixou a casa. (fls. 118)

Apesar de ter o pai do ofendido, D. G. F., afirmado (fls. 40-41), que seu filho quedou-se silente quanto ao crime de estupro na primeira oportunidade em que falou com ele, não se olvide que isso é comum nesse tipo de crime. Certamente a criança ficou chocada e envergonhada com o ocorrido, como sói acontecer. Além disso, ele afirmou, nessa oportunidade, que pegou a filha na escola e ela lhe contou o que havia ouvido no quarto, razão pela qual conversou com D. e ele lhe falou acerca do estupro, tendo retornado à delegacia para aditar a ocorrência. Disse que conhecia o réu de vista e já havia conversado com ele antes dos fatos. Seu filho lhe disse, posteriormente, que o réu o forçou a praticar sexo oral.

Em juízo, o relato do pai do ofendido foi harmônico com o da polícia. Disse que sua filha afirmou que o bandido ficou com D. na sala e mandou-o tirar o short, momento em que ouvia D. dizer que estava doendo. Afirmou que "arrochou" D. e ele acabou confirmando a história de sua irmã. Continuou o relato nos seguintes termos:

> Depois o declarante "arrochou" D. e D. acabou confirmando a história de sua irmã; o declarante então ligou para a delegacia, e então o declarante foi até a delegacia aditar a ocorrência; a filha do declarante disse que ia para perto ver, e como D. chorava muito, o bandido mandava a menina voltar e parar de chorar; não sabe se a filha presenciou, mas ela falou que ouviu; o declarante nem quis perguntar muito a D. o que tinha ocorrido, pois ficou muito nervoso ao saber; sabe que D. relatou que o indivíduo tentou penetrá-lo, baixou as calças de D.; cerca de dois a três dias depois, a filha do declarante disse que ouvia D. engasgando e cuspindo, e o declarante deduziu que o indivíduo o tinha forçado a fazer sexo oral. D. depois confirmou ao declarante que isso também tinha acontecido; depois do ocorrido, D. perdeu o interesse na escola, e chegou a reprovar de ano, ficou uma criança arredia, sem falar muito. (fls. 117)

As versões são harmônicas, com minúcias e constituem provas suficientes para sustentar a condenação do apelante.

Apesar de não ter o laudo pericial (fls. 124-126) sido conclusivo para a prática de ato libidinoso, porque dele somente constou a presença de espermatozoides na

lâmina de secreção colhida no ofendido, a versão predominante permite a conclusão de que não teria como haver vestígios, uma vez que não chegou a concretizar o sexo anal.

Ressalte-se, porém, que a prática de ato libidinoso tipifica o crime e, segundo o ofendido, o apelante encostou o pênis dele em seu ânus, bem como o obrigou a fazer sexo oral com ele.

Em face do exposto, mantenho a condenação do apelante nas penas do art. 157, §2º, inciso I, e 217-A, na forma do art. 70, todos do Código Penal.

PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme versões e depoimentos acima transcritos, o crime se consumou, uma vez que o tipo penal exige, tão somente, a prática de ato libidinoso:

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

Conforme exposto no parecer da Procuradoria de Justiça:

> A desclassificação para a figura tentada esbarra na dicção do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, segundo o qual se caracteriza o delito – na forma consumada – com a prática de qualquer ato libidinoso.
>
> A vítima narrou em seu depoimento em juízo que o réu conseguiu penetrar o pênis no ânus do declarante, mas não chegou a ejacular em seu interior.
>
> Ainda que assim não fosse, seria irrelevante a ausência de demonstração de penetração do pênis do recorrente no ânus da vítima, pois o simples ato de esfregá-lo na região anal da criança, após despi-la, já evidencia a prática de ato sexual. (fls. 247-248)

Improcedente este pleito, à vista do exposto.

PLEITO DE REDUÇÃO DE PENA EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO APELANTE

Ressalte-se, primeiramente, que a Procuradoria de Justiça incumbiu-se de juntar os quesitos (fls. 250-256), a fim de que pudesse verificar a semi-imputabilidade do apelante.

SISTEMA VICARIANTE

O sistema vicariante, adotado pelo Código Penal em 1984 em substituição ao sistema do duplo binário, permite ao juiz aplicar pena aos imputáveis e medida de segurança aos inimputáveis, não sendo possível a cumulação de ambas as sanções penais. Por seu turno, aos semi-imputáveis, poderá ser aplicada pena ou medida de segurança, conforme se verá adiante.

A imposição de medida de segurança demanda a presença dos seguintes pressupostos: a) prática de fato descrito como crime ou contravenção penal (fato típico e antijurídico); b) periculosidade do sujeito; c) inimputabilidade do agente; e d) não extinção da punibilidade. Em se tratando de semi-imputável, deve-se verificar se o autor do delito precisa ou não de especial tratamento curativo. Não carecendo o agente de tratamento curativo, a providência a ser adotada é a imposição da pena reduzida de um a dois terços, nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Caso contrário, será cabível a aplicação de medida de segurança, que tem finalidade unicamente preventiva, qual seja, evitar que o criminoso venha a cometer novas infrações penais, e tem como fundamento a periculosidade do sujeito.

No caso dos autos, o Laudo de Exame Psiquiátrico de fls. 166-169 concluiu que "o periciando possuía reduzidas (em grau leve a grave) em grau leve (*sic*), as capacidades de entendimento e determinação em relação aos ilícitos que lhe são imputados (fls. 168).

A resposta ao quesito 12, no qual se questiona se ele possuía plena capacidade de se determinar de acordo com esse entendimento (fls. 252), foi negativa (fls. 169).

Essas respostas caracterizam a semi-imputabilidade do agente.

De acordo com o acima exposto, passa-se, a seguir, à verificação da aplicação de medida de segurança ou de pena. Como ressaltado, a aplicação da reprimenda

demanda a comprovação de que o sentenciado não necessita de especial tratamento curativo.

Nesse ponto, o Laudo de Exame Psiquiátrico de fls. 166-169), ressaltou que:

> Não existe um especial tratamento curativo, mas o periciando oferece risco caso não se mantenha em tratamento que possa de alguma forma reduzir os danos que possa causar à população, principalmente por fazer uso de álcool, substância que incremente os impulsos e reduz os "freios" éticos e morais, já muito reduzidos pela perturbação da saúde mental que o periciando é portador. Salientamos a importância de tratamento como o existente no ISM, Hospital – Dia, visando os efeitos acima idealizados. (fls. 168)

Concluiu o laudo que o periciado é portador de transtorno de personalidade, que se aproxima da deficiência mental, com personalidade imatura, que já foi denominado "puerilismo", a justificar a redução máxima a que se refere o parágrafo único do art. 26 do Código Penal.

Nesse particular, o Laudo de Exame Psicológico (fls. 162-165) concluiu que ele evidenciou:

> Perfil emocionalmente imaturo, introvertido e inseguro. Expôs isolamento emocional, inabilidade para estabelecer contatos sociais espontâneo, com fuga e exclusão dos estímulos do meio. Demonstrou sentimentos de inadequação, impotência, imobilidade e de constrição. Sinalizou predomínio da vida instintiva, apatia e tendências depressivas (fls. 164).

Ressalte-se que às fls. 55, o pai do ofendido compareceu à delegacia para dizer que estava sendo ameaçado pelo réu. Além disso, a mãe do réu, D. A. S., ouvida na polícia (fls. 61-62), afirmou que seu filho tem problemas com bebidas alcoólicas desde os 16 anos de idade e que em sua família há diversos casos de alcoolismo.

Dessa forma, tenho como devidamente demonstrada a semi-imputabilidade e a desnecessidade de o apenado ser submetido a especial tratamento curativo, a justificar a imposição de pena reduzida de 2/3, como já anotado alhures.

Em face do exposto, evidenciada a desnecessidade de especial tratamento curativo ao apelante, semi-imputável que praticou crimes punidos com reclusão, tipi-

ficado nos arts. 157, §2º, inciso I, e 217-A, na forma do art. 69, todos do Código Penal, a ele deve ser aplicada pena.

FIXAÇÃO DA PENA: CRIME DE ROUBO MAJORADO

Primeira fase – pena-base

Na primeira fase, favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a sentença fixou a pena-base no mínimo legal de 48 meses de reclusão, a qual mantenho.

Segunda fase – pena ambulatória

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea (alínea "d" do inciso III do art. 65 do CP), deixo de reduzir a pena em razão da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Ausente agravante, mantenho a pena naquele patamar (48 meses).

Terceira fase – pena definitiva

Na terceira fase, presente a causa de diminuição relativa à semi-imputabilidade (parágrafo único do art. 26 do Código Penal), reduzo a pena de 2/3 (32 meses), conforme acima exposto, perfazendo 16 meses de reclusão.

Presente a causa de aumento relativa ao emprego de arma, majoro a pena de 1/3 (5 meses e 10 dias), e torno-a definitiva em 21 meses e 10 dias, ou seja, 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão.

PENA PECUNIÁRIA

Reduz-se a pena pecuniária para 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão da natureza do delito, da situação econômica do apelante e para manter certa proporção com a pena privativa de liberdade.

FIXAÇÃO DE PENA: CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Primeira fase – pena-base

Na primeira fase, apesar de ter a sentença apontado conduta altamente reprovável, fixou a pena-base no mínimo legal de 96 meses de reclusão, a qual mantenho.

Segunda fase – pena ambulatória

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes, mantenho a pena naquele patamar (96 meses).

Terceira fase – pena definitiva

Na terceira fase, presente a causa de diminuição relativa à semi-imputabilidade (parágrafo único do art. 26 do Código Penal), reduzo a pena de 2/3 (64 meses), conforme acima exposto, perfazendo 32 meses de reclusão.

Ausentes causas de aumento, torna-se a pena definitiva em 32 meses, ou seja, 2 anos e 8 meses de reclusão.

CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

Em vista do reconhecimento do concurso material de crimes (*caput* do art. 69 do CP), somam-se as penas impostas ao apelante, o que totaliza uma reprimenda de 53 meses e 10 dias de reclusão, ou seja, 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mais 10 dias-multa.

REGIME PRISIONAL

Em razão de ter sido a pena reduzia pela semi-imputabilidade, fixa-se o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da pena, com fundamento na alínea "b" do §2º do art. 33 do Código Penal.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos porque não preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Posto isso, voto no sentido de se conhecer e dar parcial provimento ao recurso para reconhecer a semi-imputabilidade do apelante e reduzir as penas para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 10 dias-multa, mantidos os demais termos da r. sentença.

É como voto.

Des. Jesuino Rissato (Revisor) – Com o Relator.

Des. José Guilherme (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se parcial provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2011091011186-3
Relator – Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Segunda Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal). Preliminar. Ação penal pública condicionada à representação. Vítima irmã do agente (artigo 182, inciso II, do Código Penal). Filho de criação. Parentesco civil com base no vínculo socioafetivo. Extinção da punibilidade. Manifestação apresentada após o prazo decadencial. Registro do boletim de ocorrência. Suficiência para a configuração da condição de procedibilidade. Mérito. Absolvição. Inexigibilidade de conduta diversa. Coação moral irresistível. *In dubio pro reo*. Recurso provido.

1. O caso do "filho de criação" está relacionado à filiação socioafetiva, assim chamada porque não amparada pelo vínculo biológico, mas pela relação de afeto, e o seu reconhecimento resulta da posse do estado de filho, conforme enunciados 103 e 256 aprovados, respectivamente, na I e III Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

2. A própria vítima declarou em juízo que o réu é seu "irmão de criação há mais de vinte anos", portanto, resta configurado o parentesco entre eles, sujeitando-se a propositura da ação penal à representação da vítima (art. 182, II, CP).

3. O registro do boletim de ocorrência deve ser interpretado como manifestação inequívoca da vítima no sentido de ver o réu processado, ante a informalidade do ato de representar criminalmente.

4. O elemento subjetivo do tipo de apropriação indébita (art. 168, *caput*, do Código Penal) é o dolo consistente na vontade livre e consciente do agente de apossar como sua coisa alheia de que tem a posse ou detenção.

5. De um lado, é crível a versão da acusação no sentido de que o recorrente, após ter solicitado a bicicleta emprestada, tenha espontaneamente dado o bem em pa-

gamento da dívida ao traficante, utilizando a bicicleta, portanto, como se fosse sua, pois o ato de "dispor" é atributo da propriedade.

6. De outro lado, é crível a versão sustentada pelo réu (na delegacia e, um ano depois, em juízo) de que teria sido abordado na rua por um traficante, a quem devia, o qual exigiu a bicicleta, sob ameaça de morte, para quitar a dívida.

7. De acordo com a regra constante do artigo 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova recai sobre a parte que faz a alegação. Não obstante, no caso dos autos, excepcionalmente, não seria razoável exigir que a Defesa requeresse a oitiva em juízo do próprio traficante que teria realizado a ameaça para comprovar a versão apresentada pelo recorrente.

8. A dúvida, no processo penal, milita a favor do réu, razão pela qual deve ser absolvido, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, pois, teria agido sob a excludente de culpabilidade da coação irresistível, de que trata o artigo 22 do Código Penal.

9. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Silvanio Barbosa dos Santos – Relator, João Timóteo de Oliveira – Revisor, Souza e Avila – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Timóteo de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: rejeitar a preliminar. Dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Pela respeitável sentença de fls. 79-83, cujo relatório se adota como complemento, proferida pela ilustre autoridade judiciária da Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF, F. de S.P. foi condenado como incurso no artigo 168,

caput, do Código Penal (apropriação indébita), à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, calculados no padrão unitário mínimo legal.

Consta da denúncia que, no dia 21 de outubro de 2010, às 12h45min, na QR 317, Conjunto xx, Casa xx, Samambaia/DF, o recorrente pediu emprestada uma bicicleta à vítima E.D.R., mas não devolveu o bem, apropriando-se dele definitivamente.

Inconformada com a decisão condenatória, a Defesa apelou (fls. 89-107) e requereu:

a – preliminarmente, a extinção do processo sem julgamento do mérito, porque o crime dependia de representação da vítima, nos termos do inciso II do artigo 182 do Código Penal, o que não ocorreu; ou, caso se entenda que houve representação da vítima, a declaração da extinção da punibilidade, já que teria sido realizada após o prazo decadencial de 6 (seis) meses previsto no artigo 103 do Código Penal;

b – ultrapassada a tese, a absolvição, com fundamento no princípio da insignificância; e

c – ultrapassada a tese absolutória, a reforma da dosimetria da reprimenda, para compensar integralmente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

O *Parquet* deixou de apresentar contrarrazões, ao argumento de que, ante os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, a manifestação a ser apresentada pela Procuradoria de Justiça já seria suficiente ao exercício do contraditório (fl. 112).

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e denegação da ordem (fls. 116-122).

É o relatório.

VOTOS

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Relator) – Conheço do recurso.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA

A Defesa suscitou preliminar de nulidade por falta representação da vítima.

Alega que a ação penal de que trata os autos é condicionada a representação, já que o crime teria sido praticado pelo recorrente contra sua irmã, nos termos do inciso II do artigo 182 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 182. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:
>
> I – (...)
>
> II – de irmão, legítimo ou ilegítimo;

Esclarece a douta Defesa que, embora o recorrente e a vítima não possuam laços consanguíneos e ele não tenha sido formalmente adotado pelos pais dela, foram criados como irmãos, destaca, ainda, que restou configurada a extinção da punibilidade do agente, já que o fato ocorreu no dia 21 de outubro de 2010 e a vítima prestou declarações na Delegacia apenas em 11 de maio de 2011 (termo de declarações de fl. 20), ou seja, após ultrapassado o prazo decadencial de 6 (seis) meses previsto no artigo 103 do Código Penal.

A preliminar não merece ser acolhida.

Inicialmente, em relação ao grau de parentesco entre o recorrente e a vítima, assiste razão à Defesa.

Em juízo, a ofendida declarou que o apelante, embora não tenha sido formalmente adotado por seus pais, é seu irmão de criação, dizendo: "(...) que o acusado é irmão adotivo da depoente, mas não formalmente adotado, sendo apenas 'irmão de criação' há mais de vinte anos" (fl. 53).

O magistrado sentenciante não acolheu a tese de que a ação penal seria pública condicionada à representação da vítima, sob o argumento de que o artigo 182, inciso II, do Código Penal, não contempla a hipótese de parentesco por afinidade, mas se aplica apenas aos casos de irmãos, legítimos ou ilegítimos, razão pela qual entendeu que os autos tratam de crime de ação penal pública incondicionada.

Preservado o entendimento do nobre magistrado, ouso divergir.

De se destacar, inicialmente, que o Código Penal data do ano de 1940 e que o direito de família, por sua vez, muito evoluiu desde então até o tempo presente, tanto é assim que sequer se admite a nomenclatura "ilegítimo", prevista artigo 182, inciso II, do Código Penal, para distinguir os filhos havidos fora do casamento. Nesse sentido preceitua a doutrina especializada:

> A nova ordem jurídica, introduzida pela Constituição Federal, priorizou a dignidade da pessoa humana. Proibiu qualquer designação discriminatória relativa à filiação, ao assegurar os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 §6º). Imperativo, portanto, que o Código Civil abandonasse a velha terminologia que os diferenciava. Os filhos nascidos na constância do casamento eram chamados de legítimos, enquanto os frutos de relações extramatrimoniais eram rotulados de ilegítimos. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. RT: São Paulo, 2009, p. 342)

Convém salientar, ainda, que não há falar em parentesco por afinidade no presente caso, como registrou o ilustre magistrado sentenciante, pois esse tipo de vínculo é aquele que se forma entre cada um dos cônjuges ou companheiros com os parentes do outro, como conceitua o artigo 1.595 do Código Civil:

> Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.
>
> §1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.
>
> §2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (grifos nossos)

Por outro lado, tampouco se trata de caso de "adoção à brasileira", como sustenta a douta Defesa, já que essa prática consiste no registro da criança por quem não é seu genitor(a) biológico, à margem dos trâmites legais de um processo de adoção, confira-se:

> A simulada ou à brasileira é uma criação da jurisprudência. A expressão "adoção simulada" foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com

> a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 121)

O caso do "filho de criação", hipótese dos autos, está relacionado à filiação socioafetiva, assim chamada porque não amparada pelo vínculo biológico, mas pela relação de afeto, e o seu reconhecimento resulta da posse do estado de filho, como ensina a doutrina:

> A filiação pode resultar da posse do estado de filho e constitui modalidade de parentesco civil de "outra origem", isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.
>
> Em matéria de filiação, a verdade real é o fato de o filho gozar da posse de estado, que prova o vínculo parental. Questiona Zeno Veloso: se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga esse fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado? Certamente há um viés ético na consagração da paternidade socioafetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. RT: São Paulo, 2009, p. 338-339)

Não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai consanguíneo, registra a criança como filho, consagrando a prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico. Nesse sentido, confira-se:

> 1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto *a quo* teria contrariado lei federal, o que *in casu* não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo

> 535 do Código de processo Civil (Súmula 284/STF) 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido. (REsp 1088157/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009) (Grifos nossos)

A doutrina defende a existência da relação de parentesco advinda do vínculo afetivo em relação aos "filhos de criação", embora reconheça que a jurisprudência ainda apresenta resistência ao reconhecimento da paternidade exclusivamente socioafetiva, como revela Maria Berenice Dias:

> A partir do momento em que passou a vigorar o princípio da proteção integral, a filiação não merece designações discriminatórias. A palavra filho não admite qualquer adjetivação. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológicas, registral e jurídica. Sustenta Belmiro Welter que quem sempre foi chamado de "filho de criação", ou seja, aquela criança – normalmente carente – que passa a conviver no seio de uma família, ainda que sabendo da existência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação. A pejorativa complementação "de criação" está mais que na hora de ser abolida. Ainda resiste a jurisprudência em admitir a investigação de paternidade afetiva, o que nada mais é do que uma forma de buscar a adoção. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. RT: São Paulo, 2009, p. 448)

No sentido do reconhecimento da paternidade socioafetiva como hipótese de parentesco civil, dispõem os enunciados 103 e 256 aprovados, respectivamente, na I (primeira) e III (terceira) Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> 103 – Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

> 256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

No âmbito do direito penal e do direito processual penal há casos de reconhecimento do "filho de criação" como hipótese de parentesco civil originado do vínculo social e afetivo, para isentar de pena o agente pelo cometimento de crime patrimonial contra o ascendente. Confira-se:

> O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado do filho (Enunciado 103 do CEJ). A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil (Enunciado 256 do CEJ). Código Civil 1.593. (3427967 PR 0342796-7, Relator: Mendes Silva, Data de Julgamento: 28/09/2006, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7240) (Grifos nossos)

Assim, tendo em vista que a própria vítima declarou em juízo que o recorrente é seu "irmão de criação", resta configurada a "posse do estado de filho", razão pela qual deve ser reconhecido o parentesco entre eles, de acordo com a doutrina especializada em Direito de Família e, ainda, segundo a interpretação do artigo 1.593 do Código Civil prevista nos enunciados 103 e 256 aprovados, respectivamente, da I (primeira) e III (terceira) Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Não obstante reconhecido o parentesco entre o apelante e a ofendida, não há como acolher a preliminar de extinção da punibilidade, sob o argumento de a vítima ter representado contra o apelante após o prazo decadencial de 6 (seis) meses, previsto no artigo 103 do Código Penal.

Com efeito, embora a vítima tenha prestado depoimento perante a autoridade policial em 11 de maio de 2011 (fl. 20), ou seja, após transcorridos mais de 6 meses da data em que o recorrente pediu emprestada a bicicleta do seu filho – 21 de outubro de 2010 – , fato é que registrou o boletim de ocorrência na Delegacia no dia 26 de outubro de 2010 (fls. 07-08), isto é, apenas 5 (cinco) dias após os fatos.

Ao contrário do que alega a Defesa, o simples registro da ocorrência policial deve ser considerado como manifestação inequívoca da vítima em ver o réu processado, pois, como reconhece a jurisprudência, a representação, como condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada, prescinde de rigor formal. Nesse sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

> 1. Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a representação do ofendido nas ações penais públicas condicionadas prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal. 2. No caso dos autos, embora exista declaração da vítima prestada no dia 5.6.2010, mais de 6 (seis) meses depois de ocorridos os fatos narrados na denúncia, dando conta de que teria interesse em representar contra o autor dos fatos, o certo é que a autoridade apontada como coatora consignou que, "apesar das lesões, em 09.06.2009, a ofendida se submeteu ao necessário exame de corpo de delito (fl. 23), e em 21.10.2009 compareceu à delegacia, onde prestou depoimento, imputando ao paciente a culpa pelo acidente (fl. 37)", o que "bastou para configurar a representação ante a comprovação inequívoca da intenção da vítima de ver o autor processado, que se pode inferir também de suas declarações em juízo (fl. 96). (HC 253.555/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 01/02/2013) (Grifos nossos)

> 1. A representação, condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de rigores formais, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de que se promova a responsabilidade penal do agente, como evidenciado, *in casu*, com a *notitia criminis* levada à autoridade policial, materializada no boletim de ocorrência. 2. Por força do disposto no art. 41 da Lei 11.340/06, resta inaplicável, em toda sua extensão, a Lei 9.099/95. 3. Ordem denegada. (HC 130.000/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 08/09/2009)

Por fim, registre-se que a alegação da Defesa no sentido de que o fato de a vítima ter afirmado em juízo que não sabia se teria interesse em prosseguir na ação contra o apelante é irrelevante para fins de afastar a representação já realizada na fase inquisitorial, pois, à luz do comando expresso no artigo 102 do Código Penal,

reproduzido no artigo 25 do Código de Processo Penal, iniciada a ação penal pública condicionada com o oferecimento da denúncia, a representação manifestada pelo ofendido torna-se irretratável.

Ainda que assim não fosse, a vítima afirmou que não sabia se teria interesse em prosseguir com a ação penal, porque não tinha certeza se conseguiria reaver a bicicleta do seu filho, mas ressalvou expressamente que acreditava que "se ele praticou tal fato contra a declarante, talvez possa fazer o mesmo contra outras pessoas" (fl. 53), razão pela qual não há como considerar que suas declarações em juízo representaram manifestação do interesse de retratar-se, pois permitiram inferir que teria vontade no prosseguimento da ação, ao menos para evitar que o apelante prejudicasse terceiros.

Em face do exposto, rejeito a preliminar.

ABSOLVIÇÃO

Ultrapassada a preliminar, a Defesa requer a absolvição com fundamento no princípio da insignificância.

Argumenta que o bem subtraído foi uma bicicleta, avaliada em R$ 180,00 (cento e oitenta reais), valor que não permite considerar que foi atingido o bem jurídico protegido pela norma, a saber: o patrimônio da vítima; em especial se considerado que a ofendida é pessoa de classe média.

Além da inexpressividade da quantia, destaca a Defesa que a conduta possui ofensividade mínima e salienta que as condições pessoais desfavoráveis do agente não são parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância.

Inicialmente, consigne-se que apelação interposta pela Defesa possui amplo efeito devolutivo, o que permite ao julgador analisar de ofício fatos, provas e circunstâncias não apresentadas no recurso, desde que para beneficiar o acusado.

No presente caso, compulsando os autos, verifica-se que o recorrente deve ser absolvido, não com fundamento na aplicação do princípio da insignificância, mas com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Elucido.

A doutrina e a jurisprudência delineiam que o elemento subjetivo do tipo de apropriação indébita (art. 168, *caput*, do Código Penal) é o dolo consistente na vontade livre e consciente do agente de apossar como sua coisa alheia de que tem a posse ou detenção.

Para a tipificação do delito, há de haver ainda a inversão da posse sobre a "*res*", ou seja: o sujeito deve obter a posse de coisa alheia móvel mediante a confiança da vítima e, durante a posse, agir como se dono fosse daquilo que lhe foi confiado (apropriando-se), praticando sua conduta com "*animus rem sibi habendi*".

Sobre a existência do dolo específico previsto para o delito de apropriação indébita, cito lição do renomado doutrinador CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "*verbis*":

> O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse em nome de outrem, ou, em outros termos, a vontade definitiva de não restituir a coisa alheia ou desviá-la de sua finalidade (...). O dolo é, na espécie, como afirma Fernando Fragoso (Crime contra o sistema nacional – Lei 7.492/86, *in* Heleno Fragoso, Lições de Direito Penal, p. 693), "a vontade de assenhorear-se de bem móvel (*animus rem sibi habendi*), com consciência de que pertence a outrem, invertendo o título da posse" (...). (CEZAR ROBERTO BITENCOURT *in* "Código Penal Comentado" – 5. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 648). Grifos nossos.

Ainda sobre o tema, colacionam-se os seguintes julgados:

> Consuma-se o delito de apropriação indébita no momento em que ocorrer a inversão da posse indireta da coisa, passando o autor do delito a agir como se dono fosse. Precedentes (...). (20100410006603APR, Relator SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal – TJDFT, julgado em 17/11/2011, DJ 28/11/2011 p. 182). Grifos nossos.

> 1. Pratica o crime de apropriação indébita o agente que, na condição de possuidor ou detentor da coisa alheia móvel, que recebeu da vítima em confiança, passa a comportar-se como se dono da coisa fosse (...). (20080111573194APR, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal – TJDFT, julgado em 11/11/2010, DJ 01/12/2010 p. 216). Grifos nossos.

No presente caso, a vítima afirmou em juízo que o recorrente pediu emprestada a bicicleta do seu filho e não mais devolveu o bem. Declarou, ainda, que, ao solicitar-

-lhe a devolução, ele não disse o que fez com a bicicleta, limitando-se a responder que iria devolvê-la. Confiram-se as suas declarações (fl. 53):

> (...) que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que confirma suas declarações prestadas na delegacia e reconhece sua assinatura às fls. 20; que o acusado é irmão adotivo da depoente, mas não formalmente adotado, sendo apenas "irmão de criação" há mais de vinte anos; que o acusado se apropriou da bicicleta do filho da depoente e até hoje não a devolveu; que o acusado pediu a bicicleta emprestada, na data dos fatos, por volta do meio-dia, tendo a depoente emprestado, porém até hoje ele não devolveu a bicicleta; que a depoente procurou o acusado por três dias, o qual dizia que iria devolver a bicicleta, mas não o fez; que o acusado não disse o que fez com a bicicleta, apenas que "iria devolvê-la"; que não encontra o acusado com frequência. Às perguntas feitas diretamente pela Defesa, respondeu: que indagada se tem interesse em prosseguir na ação contra o acusado, diz que não sabe, porque não sabe se vai reaver a bicicleta, mas considera que se ele praticou tal fato contra a declarante, talvez possa fazer o mesmo com outras pessoas. O MM. Juiz, respondeu: que, à época dos fatos, não moravam na mesma casa, embora tivessem morado na mesma casa por muito tempo; que até hoje o acusado não procurou a depoente para restituir a bicicleta ou reparar o prejuízo; que o acusado é usuário de drogas, mas não sabe especificar qual. Nada mais.

O acusado, por sua vez, não negou que pegou a bicicleta emprestada com a sua irmã e que não devolveu o bem. Porém, esclareceu que pediu a bicicleta para ir até o serviço, mas, no caminho, encontrou um traficante com o qual possuía uma dívida de drogas, o qual lhe exigiu a bicicleta, sob ameaça de morte. Confiram-se suas declarações em juízo, em 17 de abril de 2012 (fl. 54):

> (...) que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros; que pegou a bicicleta para ir ao serviço, mas no caminho encontrou um rapaz com o qual tinha dívida de drogas, sendo obrigado a dar a bicicleta para ele, sob ameaça de morte; que o interrogando disse à vítima que deu a bicicleta a alguém para quem devia dinheiro, mas ela "não quis escutar e foi logo para a delegacia"; que não a procurou posteriormente para reparar o dano porque "ela não gosta que o interrogando vá até a casa dela", mas, se necessário for, compromete-se a fazê-lo; que tem a acrescentar em sua defesa que se arrepende

> do que fez e está disposto a reparar o erro que cometeu; que faz "bicos", recebendo cinquenta reais por dia; que a bicicleta era uma "moutain bike", de ferro; que se compromete a efetuar em Juízo depósito no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), para reparação do dano até o dia 24 de abril de 2012, sob pena de imediata conclusão dos autos para sentença.

De se destacar que as declarações do réu em juízo, foram prestadas no mesmo sentido daquelas que prestara na fase inquisitorial, cerca de um ano antes da audiência de instrução, precisamente em 25 de março de 2011, confiram-se (fl. 12):

> (...) em data que não se recorda, lembrando apenas que foi no final do ano passado, o declarante pegou emprestada a bicicleta de sua irmão de criação, E.D.R., alegando que a utilizaria para ir "ver um negócio de um serviço". No caminho, o declarante encontrou com GALEGUINHO, um traficante da QR 313, para quem o declarante devia certa quantia referente a compra de drogas. GALEGUINHO disse ao declarante que ele deveria pagar a dívida, do contrário seria morto. Diante da ameaça, o declarante entregou a bicicleta de sua irmã a ele, como pagamento da dívida de R$ 50,00.

Assim, de um lado, é crível a versão da acusação no sentido de que o recorrente, após ter solicitado a bicicleta emprestada, tenha espontaneamente dado o bem em pagamento da dívida ao traficante, utilizando a bicicleta, portanto, como se fosse sua, pois o ato de "dispor" é atributo da propriedade.

Por outro lado, é igualmente crível a versão sustentada pelo réu de que teria sido abordado na rua pelo traficante e que ele teria exigido a bicicleta, sob ameaça de morte, para quitar a dívida, em especial porque a violência exercida pelos traficantes contra os usuários endividados é um fato notório, de ampla divulgação na mídia e constatado nos julgamentos realizados neste Tribunal.

E, se considerada verdadeira a versão apresentada pelo apelante em juízo, restaria excluída a sua culpabilidade, pois teria agido sob a excludente da coação irresistível, de que trata o artigo 22 do Código Penal.

Com efeito, apesar de o recorrente ter admitido que entregou a bicicleta ao traficante, não seria exigível que sacrificasse a própria vida para preservar o bem,

ante a grave ameaça que teria sofrido. Confiram-se as considerações doutrinárias acerca dessa excludente de culpabilidade:

> Conceitos de coação irresistível e obediência hierárquica: são causas de excludente da culpabilidade e se situam no contexto da inexigibilidade de conduta diversa. O direito não pode exigir das pessoas comportamentos anormais ou heroicos, pretendendo que a lei penal seja aplicada cegamente, sem uma análise minuciosa da situação concreta na qual se vê envolvido o agente de um injusto (fato típico e antijurídico). Assim, havendo coação moral insuportável, não é exigível que o coato resista bravamente, como se fosse um autômato cumpridor da lei. (...) A coação irresistível, referida no artigo, é a coação moral, uma vez que a coação física afeta diretamente a voluntariedade do ato, eliminando, quando irresistível, a própria conduta. Trata-se de uma grave ameaça feita pelo coator ou coato, exigindo deste último que cometa um crime contra terceira pessoa, sob pena de sofrer um mal injusto e irreparável.
>
> Elementos da coação moral irresistível: são cinco requisitos: a) existência de uma ameaça de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato; b) inevitabilidade do perigo na situação concreta do coato; c) ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas. Se não se tratar de pessoas intimamente ligadas ao coato, mas estranhos que sofram a grave ameaça, caso a pessoa atue, para proteger quem não conhece, pode-se falar em inexigibilidade de conduta diversa, conforme os valores que estiverem em disputa; d) existência de, pelo menos, três partes envolvidas, como regra: o coator, o coato e a vítima; e) irresistibilidade da ameaça avaliada segundo o critério do homem médio e do próprio coato, concretamente. Portanto, é fundamental buscar, para a configuração dessa excludente, uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência do homem normal, fazendo-o temer a ocorrência de um mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator. Por isso, costuma-se exigir a presença de três partes envolvidas: o coator, que faz a ameaça; o coato, que pratica a conduta injusta; a vítima, que sofre o dano. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 12. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 249) (Grifos nossos)

De acordo com a narrativa dos fatos apresentada pelo apelante, estariam preenchidos os requisitos para a configuração da coação moral irresistível destacados acima pela doutrina: "a ameaça de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato", a saber: a ameaça de morte que teria sido realizada pelo traficante; "inevitabilidade do perigo na situação concreta do coato", já que o recorrente foi surpreendido na rua pelo coator, quando estava a caminho do trabalho e sem meios para defender-se; "ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas", no caso, a ameaça recaiu sobre a própria pessoa do recorrente; "existência de, pelo menos, três partes envolvidas, como regra: o coator, o coato e a vítima", na hipótese dos autos, o coato – o recorrente – sacrificou o bem da sua irmã – a vítima – , sob ameaça do coator – o traficante; e "irresistibilidade da ameaça avaliada segundo o critério do homem médio e do próprio coato", no caso, a ameaça de morte deve ser considerada irresistível.

De se destacar que, de acordo com a regra constante do artigo 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova recai sobre a parte que faz a alegação. Não obstante, no caso dos autos, excepcionalmente, não seria razoável exigir que a Defesa requeresse a oitiva em juízo do próprio traficante que teria realizado a ameaça para comprovar a versão apresentada pelo recorrente.

Portanto, persiste severa dúvida acerca de ter o réu entregue a bicicleta sob coação irresistível e, nos moldes do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, o réu deve ser absolvido na hipótese de circunstância que exclua o crime ou isente a aplicação da pena, "mesmo se houver fundada dúvida sobre a sua existência", sendo esse o caso dos presentes autos.

A doutrina destaca que a parte final do referido dispositivo apenas reforça o adágio "*in dubio pro reo*" que vigora no processo penal:

> Outro ponto inédito, que, embora fosse desnecessário, não deixa de ser bem-vindo, é a expressa menção quanto à dúvida: "se houver fundada dúvida sobre a sua existência" (parte final do inciso VI). Atendendo-se ao princípio da presunção de inocência, constitucionalmente previsto, outra não poderia ser a conclusão. Se estiver provada a excludente de ilicitude ou de culpabilidade, cabe a absolvição do réu. Por outro lado, caso esteja

> evidenciada a dúvida razoável, resolve-se esta em benefício do acusado, impondo-se a absolvição (*in dubio pro reo*). (...) A ressalva introduzida, portanto, consagra o princípio do favor rei, deixando consignado que é causa de absolvição tanto a prova certa de que houve alguma das excludentes mencionadas no inciso VI, como também se alguma delas estiver apontada nas provas, mas de duvidosa assimilação. Resolve-se a dúvida em favor da absolvição do acusado. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: RT, 2012, p. 738)

Finalmente, o fato de o agente não ter depositado em juízo o valor correspondente à bicicleta, como se comprometeu na audiência de instrução, não deve ser interpretado como comprovação do "*animus rem sibi habendi*", pois vários são os motivos pelos quais pode ter deixado de cumprir com o acordo, como, por exemplo, o fato de não possuir recursos para tanto, já que, como declarou no seu depoimento, não possui renda fixa e vive de "bicos".

Assim, ainda que não haja prova inequívoca de que o réu agiu sob a excludente de ilicitude da coação irresistível, a dúvida deve militar a seu favor, com a consequente absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

ISTO POSTO, dou provimento ao recurso, para absolver o réu, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Des. João Timóteo de Oliveira (Revisor) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Sobre os fatos, narra a denúncia, no que é pertinente:

> No dia 21 de outubro de 2010, por volta das 12h45, na QR 317, Conjunto xx, Casa xx, Samambaia/DF, o denunciado, de forma livre e consciente, apropriou-se indevidamente de uma bicicleta, aro 26, 18 marchas, marca Thunder XST, de propriedade de E.D.R.
>
> No dia do fato, o denunciado compareceu à casa da vítima e pegou emprestada a bicicleta.
>
> Entretanto, F. não devolveu o bem à vítima, dela apropriando-se definitivamente.

Não há questões prejudiciais, nem foram suscitadas preliminares. O processo se desenvolveu regularmente. Passo à análise das razões recursais.

Preliminarmente, a defesa argumenta que, embora não haja vínculo consanguíneo, nem tenha sido formalizado o parentesco civil pela adoção, o apelante é irmão de criação da vítima há mais de vinte anos, razão pela qual há que incidir sobre a hipótese dos autos o disposto no art. 182, inciso II, do Código Penal, segundo o qual a ação penal será de natureza pública condicionada à representação do ofendido nos casos em que o crime é cometido em prejuízo de irmão, legítimo ou ilegítimo.

O art. 1.593 do Código Civil é abrangente ao reconhecer o parentesco, independentemente da existência de laços consanguíneos ou de vínculo jurídico: "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade **ou outra origem**. (Grifo nosso)

A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, vêm reconhecendo que a filiação socioafetiva se traduz em relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente, equiparando-a às relações familiares genéticas ou provenientes de adoção:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMILIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. (...) O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. (...) Nessa senda, a chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente – , quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual *status* daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido. (REsp 1217415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012)

> APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. PAI BIOLÓGICO. PAI REGISTRAL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ESTADO DE FILIAÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA. ARTIGO 227, §6º DA CF. 1.A alteração no registro civil do filho deve ser analisada sob a ótica da teoria do estado de filiação, em que a origem genética, por si só, não é suficien-

> te para atribuir ou negar a paternidade. 2.O bem estar do menor deve prevalecer sobre o liame genético. 3.O artigo 227, §6º da CF abraça a tese da paternidade afetiva ao afirmar que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção , terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". 4.Apelação conhecida e desprovida. (Acórdão n.619546, 20110310223087APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/09/2012, Publicado no DJE: 16/10/2012. Pág.: 193)

Assim, verifico tendência na expansão do conceito de família para abranger as relações socioafetivas sem vínculo genético ou jurídico-formal, que transmuda a natureza da ação penal relativa ao crime de apropriação indébita em condicionada à representação do ofendido.

De qualquer forma, no caso dos autos, independentemente de se considerar pública incondicionada ou condicionada à representação, a ação penal merece seguimento.

Consigno que, quanto à exigência de representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal, entendo que não se exige rigor formal na representação da vítima, bastando a manifestação externada pela ofendida que comparece à delegacia para registrar a ocorrência dos fatos dentro do prazo decadencial de seis meses, depois presta declarações e comparece às audiências que se seguem.

Tais comportamentos demonstram o desejo de que seja apurada a responsabilidade do agente.

Dessa forma, restou devidamente comprovado que a vítima, no prazo de seis dias depois da data dos fatos, no dia 26 de outubro de 2010 registrou a ocorrência sob o 7.159/2010-0 (fls. 07/08), aguardando as providências da autoridade policial, que somente elaborou a Portaria de Instauração do Inquérito Policial no dia 13 de abril de 2011 (fls. 05), razão das declarações tardias, colhidas somente no dia 11 de maio de 2011.

O registro da Ocorrência junto à autoridade policial já conferiria ao Ministério Público a legitimidade ativa para a propositura da ação penal, não havendo que se falar em oferecimento da representação formal.

No que tange à suposta retratação da vítima, verifico que, nos termos do art. 25 do Código de Processo Penal, a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

Saliento que não há, nos autos, nenhuma prova no sentido de que a vítima tenha se retratado da representação antes do oferecimento da denúncia.

Ao contrário, a vítima foi ouvida na Delegacia de Polícia cerca de sete meses após a data dos fatos (fls. 20) e não mencionou intenção de desistir da persecução penal.

Mesmo em juízo (fls. 53), jamais se manifestou contrariamente ao prosseguimento da ação. Indagada pela defesa sobre o interesse, demonstrou consciência cívica, no sentido de prevenir que a conduta do apelante se repetisse e certa descrença quanto a uma possível restituição do bem desapropriado.

Assim, não havendo retratação inequívoca da vítima antes do oferecimento da denúncia, inviável a extinção da punibilidade do apelante, nos termos requeridos pela defesa.

No mérito, a absolvição é medida que se impõe, pois as provas constantes dos autos são frágeis no que tange à formação da culpa do apelante, incutindo no julgador, dúvida razoável acerca da sua responsabilidade penal pelos fatos narrados na denúncia.

Com efeito, o apelante relata em juízo que pediu à vítima a bicicleta emprestada, para ir ao serviço. No caminho, encontrou um traficante com o qual mantinha uma dívida relativa a drogas e foi obrigado a lhe entregar a bicicleta, sob ameaça de morte (fls. 54).

A vítima confirma que o apelante pediu a bicicleta emprestada e que ele não devolveu o bem quando foi solicitado. No entanto, afirma que, sempre que era procurado, o réu dizia que iria restituir a bicicleta (fls. 53).

As declarações judiciais dos envolvidos são substancialmente convergentes com os depoimentos prestados na fase extrajudicial (fls. 12 e 20).

Dessa forma, tenho que não restou claramente caracterizado o dolo do apelante em se apropriar da coisa da qual detinha a posse. A prova oral produzida em juízo revela, ao contrário, que o apelante tinha intenção de restituir a bicicleta.

Ressalte-se que uma condenação não pode estar baseada em meros indícios e suposições, mas, sim, deve ter fundamento em provas inequívocas. E tendo em vista que nos autos não há provas contundentes do dolo específico do crime de apropriação indébita, cumpre invocar o princípio *in dubio pro reo*:

> (...) 3. Diante de dúvidas razoáveis acerca da participação do réu na empreitada criminosa, fragilizando um possível decreto condenatório, é sempre bom lembrar que melhor atende aos interesses da justiça absolver um suposto culpado do que condenar um inocente, impondo-se, no presente caso, a aplicação do brocardo "*in dubio pro reo*". (...). (Acórdão 567400, 20100710198050APR, Relator SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/02/2012, DJ 02/03/2012 p. 246)
>
> A dúvida, no caso, favorece o réu.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade e dou provimento ao recurso do apelante F. de S.P. para absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 168, *caput*, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Des. Souza e Avila (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Rejeitar a preliminar. Dar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2012121003626-2
Relator – Des. João Timóteo de Oliveira
Segunda Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Tentativa de latrocínio. Provas contundentes. Condenação. Recurso do réu. Desclassificação. Compensação entre reincidência e confissão espontânea. Apelação parcialmente provida.

1. Correta a condenação do apelante em face de o acervo probatório atestar a materialidade e a autoria da tentativa de latrocínio perpetrada pelo acusado, que não logrou êxito na empreitada criminosa por circunstâncias alheias a sua vontade.

2. A confissão espontânea é traço da personalidade do agente e deve ser qualitativamente equiparada à reincidência, razão pela qual ambas devem ser compensadas na segunda fase de aplicação da pena, o que restou pacificado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp 1154752/RS.

3. Recurso do réu parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Timóteo de Oliveira – Relator, Souza e Avila – Revisor, Roberval Casemiro Belinati – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Timóteo de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: dar parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Pela respeitável sentença, de fls. 176/184, proferida pela ilustre autoridade judiciária da Vara Criminal e Tribunal do Júri de São Sebastião, J.C.S. da S. foi condenado, como incurso no artigo 157, §3º, *in fine*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 8 (oitos) anos de reclusão, em regime fechado e, ainda, 7 (sete) dias-multa calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo.

Os fatos delituosos imputados ao réu/apelante foram assim narrados na denúncia, fls. 02/04:

> (...) No dia 30 de junho de 2012, sábado, por volta das 2h, na Chácara xx, Lote xx, Morro da Cruz, Zona Rural, São Sebastião/DF, o denunciado, com vontade livre e consciente, tentou subtrair, para si, mediante grave ameaça, utilizando-se de uma arma de fogo, os aparelhos celulares e as carteiras das vítimas P.A., B.G. da S.J. e D.S. da S., oportunidade em que, ainda, **tentou efetuar disparo com arma de fogo contra uma das vítimas**, não ocorrendo tal fato por força alheia a vontade do denunciado. No dia e hora mencionados, o denunciado, chegando no referido local, obrigou todos os presentes a ingressarem para dentro da casa e, posteriormente, **subtraiu os celulares e carteiras das vítimas.** O denunciado apontou a **arma** para uma da vítimas e **acionou o gatilho**, não produzindo disparo por falha da munição. Em seguida, em razão de o denunciado ter se virado de costas, as vítimas o atacaram e entraram em luta corporal, momento em que houve novos acionamentos do gatilho, falhando novamente a munição da arma utilizada. Após ter sido desarmado, foi imobilizado, quando então as vítimas acionaram a Polícia Militar, que o prendeu em flagrante delito. (...). (Grifo nosso)

A Defesa apelou (fl.191), e nas razões apresentadas (fls. 203/222), postula:

a) desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para o de roubo circunstanciado pelo uso de arma de fogo;

b) caso superado o argumento acima, pede a desclassificação pela impossibilidade da consumação do crime;

c) quanto à dosimetria**,** fixar a pena base no mínimo legal, e na segunda fase, pede a compensação da reincidência com a confissão.

Em contrarrazões de apelação, o Ministério Público (fls. 225/233) requer o conhecimento do recurso e seu desprovimento.

A douta Procuradoria de Justiça (fls. 242/246) manifestou-se, também, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Timóteo de Oliveira (Relator) – A presente apelação é tempestiva e adequada à espécie, razão pela qual dela conheço.

Passo à análise do recurso.

Registro que a materialidade do crime ficou demonstrada nos autos pelos seguintes documentos: auto de prisão em flagrante (fls. 08/12); nota de culpa (fl. 13); auto de apresentação e apreensão (fl. 14); ocorrência policial (fls. 15/19); relatório final da Autoridade Policial (fls. 64/68); laudo de perícia criminal (fls. 114/115 e 169/170); depoimentos (fls. 124/127) e interrogatório (fls. 128/129).

Feitas essas considerações iniciais, passo à análise do mérito do recurso.

Requer a Defesa a desclassificação do crime de latrocínio tentado (artigo 157, §3º, *in fine*, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal) para o de roubo qualificado (artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal), ao argumento que não restou comprovado o dolo finalístico do latrocínio, qual seja: o dolo de matar/lesionar a vítima.

Tenho que razão não assiste à Defesa.

O réu J.C.S. da S., em Juízo, confessou ter praticado o assalto narrado na denúncia, mas negou que tinha intenção de disparar efetivamente com a arma de fogo e forneceu a seguinte versão para os fatos (fls. 128/129):

> (...) que são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; **que o interrogando confirma ter realizado o assalto narrado na inicial**, toda-

> via, não efetuou nenhum disparo com a arma de fogo; que **a arma de fogo era de propriedade do interrogando**, tendo o interrogando a comprado no Plano Piloto próximo ao CAJE, sendo que pagou R$ 700,00; **que a arma de fogo veio desmuniciada; que, posteriormente, comprou cinco munições;** que as cinco munições estavam dentro do revólver usado no dia dos fatos; que as munições eram recarregadas e foram adquiridas por R$ 3,00 no bairro BELA VISTA; que antes de entrar na residência da vítima, o interrogando não tentou efetuar nenhum disparo; que dentro da residência da vítima, o interrogando tentou dar dois disparos para o alto, mas não conseguiu; que depois disso, não tentou efetuar mais nenhum disparo; que quando foi atacado pelas vítimas, o interrogando estava tirando as munições do tambor da arma de fogo, sem nenhuma razão; que no dia dos fatos, havia feito uso de drogas e bebida alcoólica; que, quando saiu de casa para beber e consumir drogas, já estava armado. (...) que afirma que quando abordou a primeira vítima, não efetuou disparos contra ela; que as munições adquiridas eram cápsulas já deflagradas e recarregadas; que os projéteis adquiridos estavam com o fundo da munição amassado; que em nenhum tentou tirar ou ameaçar a vida das vítimas. (...) que tinha ciência de que as munições não funcionavam; que, **somente descobriu que as munições eram recarregadas, posteriormente à aquisição; que não tinha nenhuma intenção de disparar efetivamente com a arma de fogo**. (...). (Grifo nosso)

Já as vítimas P.A., B.G. da S.J. e D.S. da S., tanto na fase policial quanto em Juízo, forneceram uma versão totalmente diferente dos fatos, apontando o réu/apelante J.C.S. da S. como o autor do crime de roubo perpetrado contra elas e dos disparos contra alguns deles. Em Juízo as vítimas afirmaram:

Depoimento judicial da vítima P.A. (fls. 124/125)**:**

> (...) que no dia dos fatos, o depoente, como de costume, estava realizando uma fogueira de São Pedro; que, por volta de 02h da manhã, quando a fogueira já estava acabando, D. disse que iria embora; **que D. saiu do local, retornando, logo em seguida, acompanhado de um indivíduo, o qual estava com uma arma de fogo na cabeça de D.**, determinando que todos entrassem em casa; que o assaltante rendeu todos os presentes; que G. conseguiu correr e entrar na sua residência, que fica ao lado do local dos fatos;

> que, por isso, o **acusado tentou disparar contra G., mas a arma de fogo falhou**; que o acusado colocou o declarante e os demais presentes na sala, deitados, **passando a chutá-los e agredi-los em geral**, por cerca de quinze minutos; que depois, todos foram levados para o quarto da casa, **onde sofreram agressões físicas e psicológicas**; que ainda estava presente, dentre as vítimas, duas filhas do declarante; que as filhas do declarante estavam dormindo no quarto; que o acusado **determinou que a filha mais velha do declarante fizesse comida para ele, colocando-lhe o revólver na cabeça dela**; que, a filha do declarante, então, começou a esquentar a comida no fogão e, enquanto isso, o acusado determinou que outra vítima ficasse ajoelhada, dizendo que decidiria quem mataria primeiro, a filha do declarante ou a vítima ajoelhada; que, nesse momento, o acusado se desatentou, razão pela qual o declarante partiu para cima do acusado, tendo outros dois rapazes presentes o auxiliado; que a vizinha do declarante já tinha ligado para a polícia e, pouco tempo depois a polícia chegou; que o declarante e as outras vítimas amarraram o acusado até a chegada da polícia. (...) que na festa estavam o declarante, as suas duas filhas, D., B., G. e um outro filho do declarante que mora no PIAUÍ; que o **acusado chegou a apertar o gatilho da arma de fogo contra o rapaz que estava ajoelhado, mas a arma de fogo falhou outra vez** e, em razão disso, o declarante resolveu partir para cima do acusado; que o declarante pegou no meio do revólver impedindo novos disparos; que o declarante deseja ser informado da sentença. (...). (Grifo nosso)

Depoimento judicial da vítima B.G. da S.J. (fl. 126):

> (...) Que no dia dos fatos, o depoente chegou ao local da fogueira, já no final da festa; que D. disse ao depoente que estava indo embora; que quando D. dobrou a esquina para ir embora, o depoente visualizou um rapaz rendendo D.; **que esse rapaz efetuou três disparos contra D., mas nenhum desses disparos efetivamente ocorreram; que esse rapaz tentou disparar contra G., que correu para sua residência, mas esse disparo também falhou**; que o acusado foi até ao local onde estava o depoente e determinou que todos entrassem na residência; que o acusado determinou que todos deitassem no chão; que o **acusado pediu os celulares e os documentos de todos os presentes, pegando, ainda, a carteira de todos**; que, nesse momento, a filha da vítima P., que

> estava dormindo no quarto da residência de P., acordou, tendo o acusado pedido que ela fizesse comida para ele; que nesse instante, o acusado determinou **que outra vítima levantasse e se ajoelhasse, dizendo-lhe que ia matá-lo**; que, nesse instante, as demais vítimas atacaram o acusado e conseguiram rendê-lo e amarrá-lo; que, depois disso, chamaram a polícia. (...) **que o acusado tentou efetuar quatro ou cinco disparos com a arma de fogo, salvo engano**; que o declarante estava com medo que a arma de fogo tornasse a disparar; que na confusão, o tambor da arma de fogo se deslocou e algumas munições mascadas caíram na residência; que apenas uma munição foi levada à delegacia, mas outras foram encontradas na residência, no dia seguinte (...). (Grifo nosso)

Depoimento judicial da vítima D.S. da S. (fl. 127):

> (...) que, no dia dos fatos, o depoente estava numa fogueira, na qual estava reunido o SR. P., B. e G.; que o declarante estava indo embora da fogueira, quando o acusado se aproximou do declarante e falou para que o declarante voltasse para o local; **que o acusado apontou uma arma de fogo para o declarante e efetuou três disparos, mas a arma de fogo falhou todas as vezes**; que o declarante estava a cerca de 7 metros do acusado nesse momento; **que o declarante não fez nenhum movimento brusco antes dos disparos**; que o declarante voltou até ao local onde todos estavam; que o acusado ainda apontou a arma de fogo para as demais vítimas e determinou que todos entrassem na casa do SR. P.; que chegando dentro da residência do SR. P., o acusado determinou que todos se deitassem no chão; **que um dos presentes ficou de joelhos, por determinação do acusado; que o acusado disse que a vítima de joelhos iria morrer;** que todos os demais resolveram atacar o acusado e, então, conseguiram rendê-lo; que amarraram o acusado; que a polícia estava próxima e foram acionados pelas vítimas; que depois dos fatos, o acusado foi encaminhado à delegacia. (...). (Grifo nosso)

Considerando-se a prova oral produzida, passemos ao exame da conduta praticada pelo réu.

Conforme sedimentado na doutrina, o crime de latrocínio é um crime complexo, o qual se perfaz com as condutas de roubo e homicídio, com o intuito de subtrair a coisa ou garantir a sua execução.

No presente caso, o réu J.C.S. da S. subtraiu carteiras e celulares das vítimas e, disparou a arma por algumas vezes, com a intenção de assegurar a execução do crime, porém sem sucesso por fato alheio a sua vontade.

Repare-se que o conjunto probatório demonstra que o réu/apelante, com intenção de subtrair coisa alheia móvel, abordou as vítimas ameaçando-as com arma de fogo e ainda tentou efetuar disparos em direção às vítimas (G. e D.), não conseguindo atingi-las em razão de falha na munição. O que caracteriza a conduta descrita no artigo 157, §3º, *in fine*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (Tentativa de latrocínio).

Logo, da prova contida nos autos, ao contrário do que quer fazer crer a Defesa, restou configurado o crime de latrocínio na sua forma tentada e não apenas o crime de roubo qualificado.

Ora, aquele que aponta uma arma para alguém e tenta efetuar disparos, ou quer matar, ou ao menos está assumindo o risco pelo resultado morte, o que subsume a conduta do réu/apelante ao crime de latrocínio tentado. O fato da arma ter falhado, e das vítimas não terem sido atingidas, não afasta o tipo penal, uma vez que o *animus* do agente não foi outro senão assegurar a subtração da *res furtiva*.

Assim, sabe-se que é consenso que, para caracterizar o crime de latrocínio, mesmo que não ocorra nenhum dos resultados, basta que o agente intente contra a vida das vítimas com a intenção de assegurar o produto do crime contra o patrimônio. Conforme tem decidido nossos Tribunais:

> **(...) Evidenciado o dolo de matar por parte do réu, não há como se afastar a ocorrência da tentativa de latrocínio.** A subtração consumada, aliada ao homicídio tentado, caracteriza a tentativa de latrocínio. A magnitude da lesão corporal causada é de somenos importância para a configuração do crime de tentativa de latrocínio. Precedente do STF. Irresignação que merece ser provida, para restabelecer a sentença monocrática. Recurso especial conhecido e provido, nos termos do voto do relator. (...). (STJ, REsp 601871/RS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 02.08.2004 p. 536) (Grifo nosso)

Inviável, portanto, o pleito desclassificatório.

A Defesa alega, também, a impossibilidade da consumação do crime, uma vez que, no dia do ocorrido, a arma utilizada pelo réu/apelante falhou em todas as tentativas de disparo. Argumenta que, o laudo pericial testou a arma e os projéteis separados. Alega que era de conhecimento do réu/apelante que as munições não estavam aptas a serem deflagradas.

Contudo, não obstante o esforço argumentativo da Defesa, essa tese não merece prosperar. Os laudos periciais são claros e confirmatórios, no sentido de assegurar a potencialidade lesiva da arma e do cartucho de munição, vejamos:

Laudo de Perícia Criminal – exame de arma de fogo (fls. 114/115):

> (...) 3. Exames
>
> **Nos testes com a arma encaminhada, para verificar o funcionamento dos seus mecanismos de percussão, repetição e extração, foram obtidos resultados satisfatórios.**
>
> **(...)** 5. Conclusão
>
> **Assim, em face do exposto, concluem os Peritos que a arma examinada está apta para realizar disparos em série. (...).**
>
> Laudo de Perícia Criminal – Resposta a quesitos (fls. 169/170):
>
> (...) 3. Exames
>
> Nos testes com **o cartucho** em questão, utilizando-se de arma disponível neste Instituto, por ocasião dos exames, foram **obtidos resultados satisfatórios, sendo considerado eficiente para o fim a que se destina.**
>
> 4. Quesitos e respostas
>
> 1. **O cartucho apreendido possui potencialidade lesiva?**
>
> Resposta ao quesito 1**: sim**
>
> 2. **O cartucho apreendido é absolutamente ineficiente para produzir disparo?**
>
> Resposta ao quesito 2: **não** (...). (Grifo nosso)

Assim, a tese alegada pela Defesa, fica prejudicada por falta de fundamentação técnica suficiente. Da mesma forma, inviável o argumento de que o réu/apelante sabendo da "inutilidade" dos projéteis teria atirado para cima e não contra as vítimas, colocado, com tal conduta, o *iter criminis* em risco.

Em face do exposto, inviável o pleito desclassificatório pela impossibilidade da consumação do crime, visto que os laudos periciais são claros, e esclarecedores.

A defesa insurge-se, ainda, pleiteando a aplicação do entendimento que prevê a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Quanto ao pleito de compensação, entendo que assiste razão ao recorrente.

Nos termos do artigo 67 do Código Penal, "*no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.*"

Interpretando o dispositivo em comento, a jurisprudência pátria tinha entendimento firme, embora não unânime, de que, no concurso entre circunstâncias legais, a agravante da reincidência preponderava sobre a atenuante da confissão espontânea.

Não obstante, ante a divergência interna entre a 5ª e a 6ª Turma, competentes para apreciar a matéria penal, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, no julgamento do EREsp 1154752/RS, pacificou a questão no sentido de autorizar a pleiteada compensação, sob o fundamento de que a confissão espontânea é traço da personalidade do agente e, por isso, deve ser qualitativamente equiparada à reincidência, para efeitos de dosimetria da pena. Confira-se:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes. 2**. É possível, na**

> **segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.** 3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. EREsp 1154752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012 (Grifo nosso)

Em que pese à remansosa jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça pela inviabilidade de compensação entre as sobreditas circunstâncias, acolho o novo posicionamento da Corte Superior e, com fundamento no princípio da segurança jurídica, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal, modifico o entendimento anterior quanto à matéria.

DA PENA

Na espécie, a d. Juíza estabeleceu a pena-base em 23 (vinte e três) anos de reclusão, fazendo a seguinte análise das circunstâncias judiciais (fl. 183/184):

> (...) Na primeira fase da dosagem da pena, verifico que a culpabilidade, nesta fase funcionando como juízo de reprovabilidade da conduta, não excede ao tipo penal, já que não se evidenciou maior exigibilidade de conduta diversa. Quanto aos antecedentes criminais (fls. 20/22), o acusado na época dos fatos possuía uma condenação com trânsito em julgado, situação que, por configurar a agravante da REINCIDÊNCIA, será avaliada somente na segunda fase da dosimetria. Não há elementos suficientes para se avaliar a personalidade e a conduta social do acusado. Os motivos são inerentes ao tipo, não se verificando motivo periférico desfavorável. As consequências são próprias do delito. Em relação às **circunstâncias duas vítimas tiveram suas incolumidades físicas colocadas em risco, bem como houve relato das vítima da ocorrência de agressões físicas, "chutes durante cerca de 15 minutos" e, quanto ao patrimônio diversas vítimas foram alvo da tentativa de subtração, pois "o acusado pediu os celulares e os documentos de todos os presentes, pegando, ainda, a carteira de todos", (fl. 126) situações que devem ser consideradas em seu desfavor nessa fase da dosimetria da pena.** O comportamento das vítimas não contribuiu para o evento. Assim,

> com cuidado nas circunstâncias acima analisadas, e considerando que uma delas é desfavorável (circunstâncias), fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 23 (vinte e três) anos de reclusão. (...). (Grifo nosso)

Observa-se, portanto, que apenas a circunstância judicial das consequências do crime foi avaliada de forma negativa, acarretando o aumento de (3) três anos na pena-base. Ao contrário do que alega a Defesa, a análise desfavorável deve ser mantida, uma vez que as agressões físicas perpetradas contra as vítimas ultrapassaram os limites do tipo penal.

Saliente-se que o Juiz goza de certa margem de discricionariedade no exame das circunstâncias judiciais, de tal sorte que, ao elaborar a sentença, neste aspecto, só merece ser modificada se ultrapassados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, ou se afastar-se do modelo legalmente previsto. O que não foi observado no caso, pois a fundamentação para a avaliação negativa das consequências do delito repousa nas especificidades do caso concreto e estão devidamente explicitadas as razões do magistrado que justificaram o aumento da pena-base. Assim, fica a pena-base mantida em 23 (vinte e três) anos de reclusão.

Na segunda fase, consoante os fundamentos apontados nesta decisão, a reincidência (fl. 20/22) deve ser compensada com a confissão do acusado (fl. 128/129), pelo que, no ponto, modifico a sentença recorrida para manter a pena em 23 (vinte e três) anos de reclusão.

Na terceira fase, considerando o *iter criminis* percorrido pelo agente, o qual não chegou a atingir as vítimas, tenho como adequado a diminuição da pena na fração de 2/3 (dois terços), mantendo-a definitivamente em 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Em relação à multa pecuniária, tenho que deve ser reduzida para que fique estabelecida em patamar proporcional à sanção corporal definitivamente cominada, motivo pelo qual deve ser diminuída para 5 (cinco) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Em razão de o apelante ser considerado reincidente (fl. 22), fica mantido o regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "b", do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de J.C.S. da S., mantendo a condenação, mas reduzindo a pena de 08 (oito) anos de reclusão e 7 (sete) dias-multa para 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 5 (cinco) dias-multa à razão mínima legal, por ter infringido as disposições do artigo 157, §3º, *in fine*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

É como voto.

Des. Souza e Avila (Revisor) – Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Dar parcial provimento. Unânime.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

2013002016776-3
Relator – Des. George Lopes Leite
Câmara Criminal

EMENTA

Processual penal. Conflito de competência entre Tribunal do Júri e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Transmissão dolosa do vírus HIV em relação íntima de afeto. Crime doloso contra a vida não caracterizado. Lesão corporal gravíssima pelo resultado: enfermidade incurável. Competência do juízo tutelar da condição feminina.

1. Conflito Negativo de Competência entre os Juízos do Tribunal do Júri e do Segundo Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher do Paranoá, resultante de inquérito policial onde se apura a conduta praticada pelo ex-companheiro que transmitiu à mulher o vírus HIV, ciente que era soropositivo desde 2004.

2. A medicina evoluiu no combate à AIDS, de sorte que o seu diagnóstico já não representa mais uma sentença de morte inexorável. Embora ainda não tenha cura, novos medicamentos e tratamentos têm garantido sobrevida longa aos pacientes, com razoável qualidade de vida, devendo o Direito acompanhar a evolução dos costumes e das ciências, razão pela qual a jurisprudência atual tem pontificado que a transmissão dolosa do vírus HIV caracteriza lesão corporal de natureza grave, enquadrável na descrição do artigo 129, §2º, inciso II, do Código Penal.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Segundo Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher do Paranoá.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, George Lopes Leite – Relator, Sandra De Santis – Vogal, Roberval Casemiro Belinati – Vogal, Silvanio Barbosa dos Santos –

Vogal, João Timóteo de Oliveira – Vogal, Humberto Adjuto Ulhôa – Vogal, Nilsoni de Freitas – Vogal, João Batista Teixeira – Vogal, Jesuino Rissato – Vogal, Mario Machado – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira, em proferir a seguinte decisão: conhecer e declarar competente o juízo da violência doméstica. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 5 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência instaurado entre os Juízos do Tribunal do Júri e o do Segundo Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher do Paranoá, nos autos do processo onde se apura a conduta de I. de O.Q. em face da ex-companheira, E. de F.M., a quem transmitiu o vírus HIV, ciente de que era soropositivo desde 2004. As partes conviveram de 12/09/2009 a julho de 2011 sem que o réu tenha informado à companheira ser portador do vírus, com ela mantendo inúmeras vezes a conjunção carnal sem usar preservativo ou qualquer outra forma de prevenção. Tudo corria bem até que a vítima recebeu uma mensagem pelo celular da ex-esposa do réu, alertando-a de sua condição de saúde. Ela então vasculhou os pertences do réu e achou medicamento usado para o tratamento da AIDS, dentro do guarda-roupa do casal. Ao questioná-lo, ele negou que tivesse a doença, alegando que o laboratório errara o diagnóstico e que não valeria a pena processá-lo, porque receberia apenas uns dois mil reais. Ante a insistência da mulher, os dois acabaram fazendo o teste Anti-HIV, que confirmou que ambos estavam contaminados pelo vírus. O réu ainda denotou surpresa, afirmando desconhecer esse fato, mas uma profissional de saúde consultou o Cadastro Nacional do Ministério da Saúde e informou que encontrou o registro do réu como soropositivo havia vários anos.

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Segundo Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher, que declinou a competência para o Tribunal do Júri, sustentando que constitui crime doloso contra a vida o fato de manter relação sexual com o intuito de transmitir a moléstia, tida como letal segundo o conhecimento médico hodierno, respaldado em precedente desta Casa.

Redistribuídos os autos ao Tribunal do Júri, este acatou parecer do Ministério Público e suscitou o conflito negativo de competência, afirmando que, segundo pontifica a jurisprudência, a transmissão dolosa do vírus HIV caracteriza lesão corporal gravíssima, conforme o artigo 129, §2º, inciso II, do Código Penal, sendo inequívoca a competência do Juízo Suscitado, já que o crime foi cometido no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Procuradoria de Justiça opina pela competência do Segundo Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher, afirmando que a transmissão dolosa do vírus HIV não configura crime contra vida, no parecer de fls. 103/108.

É o relatório.

VOTOS

Des. George Lopes Leite (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Conflito de Competência.

O fato debatido nos autos não configura crime de perigo de contágio venéreo, tipificada no artigo 130 do Código Penal, porque a AIDS pode ser transmitida de outras formas, além da relação sexual. Também não se enquadra no tipo do artigo 131 – perigo de contágio de moléstia grave, porque a vítima foi efetiva e propositadamente contaminada, de sorte que o resultado produzido caracteriza delito de maior gravidade. NUCCI já afirmou que esse fato configura crime doloso contra a vida, argumentando: "Quando o agente busca transmitir o vírus da AIDS, propositadamente, pela via da relação sexual ou outra admissível (ex: atirando sangue contaminado sobre a vítima), deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado (conforme o resultado atingido)" [1].

Todavia, atualmente essa posição se tornou insustentável, porque a medicina evoluiu e o diagnóstico soropositivo para HIV já não mais equivale a uma sentença de morte inexorável. Embora ainda não haja uma cura definitiva, a descoberta de novos medicamentos e tratamentos tem garantido sobrevida longa aos pacientes,

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, São Paulo: 2009, RT, 4ª ed. P. 446.

com razoável qualidade de vida. O direito deve acompanhar os avanços dos outros ramos da ciência humana, como já asseverava Carlos Maximiliano:

> Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral. [2]

A jurisprudência atual se firmou no sentido de que a transmissão dolosa do vírus HIV caracteriza lesão corporal de natureza grave, nos termos do artigo 129, §2º, inciso II, do Código Penal, porque resulta enfermidade incurável, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. ART. 129, §2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE QUE TRANSMITIU ENFERMIDADE INCURÁVEL À OFENDIDA (SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA). VÍTIMA CUJA MOLÉSTIA PERMANECE ASSINTOMÁTICA. DESINFLUÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA UM DOS CRIMES PREVISTOS NO CAPÍTULO III, TÍTULO I, PARTE ESPECIAL, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. *SURSIS* HUMANITÁRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES NO PONTO, E DE DEMONSTRAÇÃO SOBRE O ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 98.712/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (1.ª Turma, DJe de 17/12/2010), firmou a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida. Assim não há constrangimento ilegal a ser reparado de ofício, em razão de não ter sido o caso julgado pelo Tribunal do Júri. 2. O ato de propagar síndrome da imunodeficiência adquirida não é tratado no Capítulo III, Título I, da Parte Especial, do Código Penal (art. 130 e seguintes), onde não há menção a enfermidades sem cura. Inclusive, nos debates havidos no julgamento do HC 98.712/RJ, o

2 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, Forense, 16ª ed, p. 157.

> eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao excluir a possibilidade de a Suprema Corte, naquele caso, conferir ao delito a classificação de "Perigo de contágio de moléstia grave" (art. 131, do Código Penal), esclareceu que, "no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não é só grave, nos termos do art. 131". 3. Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá será apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, §2º inciso II, do Código Penal. 4. A alegação de que a Vítima não manifestou sintomas não serve para afastar a configuração do delito previsto no art. 129, §2, inciso II, do Código Penal. É de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos, o que aumenta as probabilidades de que a enfermidade permaneça assintomática. Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia. 5. Não pode ser conhecido o pedido de *sursis* humanitário se não há, nos autos, notícias de que tal pretensão foi avaliada pelas instâncias antecedentes, nem qualquer informação acerca do estado de saúde do Paciente. 6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. [3]

Em caso análogo, esta Câmara também declarou a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

> PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA 1ª VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA CONTRA O 2º JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE BRASÍLIA. AUTOR QUE, CIENTE DE PORTAR O VÍRUS HIV, TRANSMITE A MOLÉSTIA PARA VÍTIMA COM A QUAL MANTINHA RELAÇÃO DE AFETO. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. INOCORRÊNCIA. DELITO PRATICADO EM DECORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ARTS. 5º E 14 DA LEI 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. 1. A conduta de transmitir o vírus HIV a outrem, não diz, por si só, de um delito doloso contra a vida. O evento morte, embora, também possível em razão deste ato, não é uma causa necessariamente certa de ela irá ocorrer. Anote-se, como uma doença crônica, entre tantas outras, hoje controláveis

3 STJ, HC 160.982/DF, Ministra Lau rita Vaz, 5ª Turma, julgado em 17/05/2012.

> em face dos recursos disponíveis e gratuitos. 2. Sendo o delito praticado em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher – uma vez que se constituiu em ação que lhe causou sofrimento físico e moral, praticado no âmbito de relação íntima de afeto – compete o processamento do feito ao juízo suscitado, observada a disciplina da Lei 11.340/06, bem como da organização judiciária do Distrito Federal. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo suscitado da 2ª Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília/DF. [4]

Forte nos precedentes citados, conheço do conflito para declarar competente o juízo suscitado, o Segundo Juizado de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher do Paranoá.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) – Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Com o Relator.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) – Para constar, a Suprema Corte já debruçou sobre este tema, na 1ª Turma, e o Relator Min. Marco Aurélio, no HBC 98.712, em situação análoga, pontificou que há tipo penal específico, art. 131 do Código Penal. Acompanho o Relator.

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) – Com o Relator.

Desa. Nilsoni de Freitas (Vogal) – Com o Relator.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Com o Relator.

Des. Jesuino Rissato (Vogal) – Com o Relator.

Des. Mario Machado (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer e declarar competente o juízo da violência doméstica. Unânime.

---

4 TJDFT, CCP 2011.00.2.009739-4, Relator João Timóteo de Oliveira, Câmara Criminal, Acórdão 526.506, julgado em 08/08/2011.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL

2012091009594-4
Relator – Des. Jesuino Rissato
Terceira Turma Criminal

EMENTA

Embargos de declaração. Omissão. Nova redação do art. 387, §2º, CPP. Detração penal. Progressão de regime no juízo de conhecimento. Não cumprimento do lapso temporal mínimo de um sexto. Manutenção do regime.

1. O recurso integrativo dos embargos de declaração visa a sanar eventuais omissões, contradições ou obscuridades do julgado, eventualmente podendo ocasionar o chamado efeito modificativo da decisão.

2. A nova redação dada ao §2º do art. 387 do Código de Processo Penal pela Lei 12.736/12 inaugura um novo capítulo da sentença condenatória, atribuindo ao juiz de conhecimento competência para realizar a detração penal para fins únicos e exclusivos de fixação do regime inicial da pena, devendo, para tanto, observar os lapsos temporais mínimos de 1/6 ou 2/5 a 3/5, previstos, respectivamente, na Lei de Execuções Penais e Lei dos Crimes Hediondos, como requisitos objetivos necessários para a progressão de regime.

3. Na espécie, se à época da prolação da sentença condenatória, o réu ainda não havia cumprido tempo de prisão cautelar superior a 1/6 (um sexto) da pena cominada na sentença (4 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado por ser reincidente), evidente que não teria direito, naquele momento, à progressão ao regime semiaberto.

4. Embargos acolhidos para sanar a omissão, embora sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Jesuino Rissato – Relator, José Guilherme – Vo-

gal, João Batista Teixeira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Batista Teixeira, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Deu-se provimento sem alterar resultado. Unânime. De acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 6 de junho de 2013.

RELATÓRIO

F. de S.D. opõe embargos declaratórios (fls. 193/195) em face do v. acórdão (fls. 187/198-v) que, à unanimidade, negou provimento à apelação por ele interposta, com o fim de ser aplicado o instituto da detração penal.

A sentença condenou o embargante à pena de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão. Diante da reincidência criminal, em virtude do cometimento do crime de roubo, foi fixado o regime fechado para cumprimento inicial.

Apelou o réu requerendo a sua absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, a aplicação de regime inicial de cumprimento menos gravoso. Por fim, postulou a aplicação da detração penal para que seja considerado o tempo já cumprido para fins de progressão do regime.

O venerando acórdão negou provimento ao recurso. Entendeu que restavam sobejamente comprovadas a materialidade e autoria do crime e que, dada a reincidência criminal e a pena de reclusão cominada superior a 4 (quatro) anos, o regime fechado era o legalmente previsto. Quanto à aplicação do instituto da detração penal, entendeu se tratar de competência do juízo da execução criminal, razão pela qual não apreciou a questão.

Em suas razões, o embargante alega que o acórdão omitiu-se quanto ao disposto pelo art. 387 do Código Processual Penal, especialmente quanto à reforma legislativa instaurada pela Lei 12.736/12, que deu nova redação ao dispositivo legal para o fim de possibilitar ao juiz que proferiu a condenação a consideração de eventual detração penal.

Alega que em razão da omissão, o Tribunal deixou de reconhecer a detração penal para o fim de modificar o regime de cumprimento da pena, aduzindo que foi condenado a 4 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, porém consi-

derando que já está preso há aproximadamente 10 meses, sua pena passaria a ser de 3 anos e 5 meses, o que permitiria o regime semiaberto ou aberto.

É o relatório.

VOTOS

Des. Jesuino Rissato (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos embargos declaratórios.

O presente recurso de integração visa a sanar alegada omissão do v. acórdão de apelação que teria, segundo o embargante, deixado de aplicar ao caso concreto o novel §2º do art. 387 do CPP, introduzido pela Lei 12.736, em vigor desde 03/12/2012, cuja redação é a seguinte:

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> (...) §2º. O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei 12.736, de 2012)

Contudo, cabe ressaltar que a sentença condenatória foi proferida em 27/07/2012, em data, portanto, bem anterior à entrada em vigor da referida norma, o que, em princípio, afastaria sua incidência ao caso, a não ser que se cogitasse de sua aplicação retroativa, sendo que, para isso, seria necessário concluir que não se trata de norma estritamente processual, mas também de conteúdo material.

Isto porque, se norma estritamente processual, teria aplicação imediata e efeitos não retroativos, nos exatos termos do art. 2º do CPP[1], que positiva no âmbito processual penal o princípio *tempus regit actum*, mas, se norma de natureza penal e conteúdo mais benéfico ao acusado, haveria de retroceder, na extensão dada pelo art. 5º, XL, da CF/88 c/c art. 2º, parágrafo único, do CP.

Pois bem.

---

1 Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Em que pese a inserção do dispositivo no Código de Processo Penal, parece não haver dúvida de que seu conteúdo trata de regime de penas e detração penal, disposições de caráter material, disciplinadas, respectivamente, nos artigos 42 e 33 do CP.

Daí concluir que o §2º do art. 387 do CPP, introduzido pela Lei 12.736/2012, tem natureza da norma penal mista ou híbrida, pois ostenta, a um só tempo, conteúdo processual – fixa competência ao juiz de conhecimento para análise da detração penal como um capítulo adicional à sentença penal condenatória – , bem como engloba questões de conteúdo material – permite a aplicação do instituto da detração penal, prevista no art. 42 do CP, pelo juízo sentenciante, para fins de fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33 do CP.

Tratando-se, portanto, de norma penal mista ou híbrida, o entendimento da *communis opinio doctorum*, abraçado pela jurisprudência, é no sentido de que se faça a mesma análise da Lei Penal Material, retroagindo a mais benigna e negando eficácia a mais gravosa. Vejamos:

> Normas mistas ou híbridas são aquelas que apresentam duplicidade de caráter, vale dizer, incorporam tanto um conteúdo processual quanto um conteúdo material. A relevância desta constatação repercute diretamente no aspecto relacionado à eficácia da lei no tempo. Isto porque, detectada a natureza mista no âmbito de um determinado regramento, será inevitável, no aspecto relativo ao seu conteúdo material, o reconhecimento da retroatividade em relação a atos já realizados ou decisões já consumadas. (...) Nas primeiras, com efeito, a norma possui uma determinada natureza (material ou processual), em que pese se encontre incorporada a diploma de caráter distinto. É o caso, por exemplo, do direito de silêncio do réu em seu interrogatório, que, a despeito de sua previsão no Código de Processo Penal (art. 186), possui caráter nitidamente assecuratório de direitos (material). Já nas segundas, a norma apresenta dupla natureza, vale dizer, material em um determinada parte e processual em outra. Como exemplo de disposição híbrida, cuja interpretação ainda hoje é objeto de impasse entre os tribunais pátrios, menciona-se o art. 366 do CPP, modificado pela Lei 9.271/1996, dispondo que "se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das

> provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312". Precitado artigo, como se vê, insere conteúdos distintos: Conteúdo processual no aspecto em que determina a suspensão do processo ao réu, que, citado por edital, não compareceu ao interrogatório e nem nomeou defensor. Neste enfoque, a carga é nitidamente processual, pois relativa ao fluxo procedimental. Conteúdo material no aspecto relativo à suspensão do prazo prescricional. Não há duvidas de que aspectos pertinentes à prescrição possuem natureza material – tanto que regulado este instituto no âmbito do Código Penal, sendo lá previstas, também, as causas interruptivas (art. 117) e suspensivas (v.g., art. 116, I) do lapso prescricional. Considerada, pois, essa duplicidade de conteúdo inserta em uma mesma norma, muitas dúvidas surgiram quanto à possibilidade da sua retroatividade para alcançar fatos anteriores à sua vigência. De uma forma geral, consolidou-se a jurisprudência que, no tocante ao aspecto processual (suspensão do processo), não cabe a retroatividade da norma em face da regra *tempus regit actum*. Por outro lado, relativamente à suspensão do prazo prescricional, apesar de tratar de aspecto material inserto à norma, sua retroatividade importaria em causar prejuízo ao réu, já que importa no estabelecimento da imprescritibilidade do crime enquanto não tomar o réu conhecimento formal da acusação.[2]

Com efeito, tanto o STF quanto o STJ já se manifestaram no sentido de que em se tratando de norma mista ou híbrida (dotada de conteúdo processual e material), deve-se examinar o seu conteúdo material, que, se mais benéfico ao acusado, deverá retroagir. Confira-se:

> Informativo 472. O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/95 ("As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada."), de modo a impedir que dele se extraiam conclusões conducentes a negar aplicabilidade imediata e retroativa às normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei. Tendo em conta que a Lei 9.099/95 tem natureza mista, já que

2 AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. Método. p. 42 e 43.

composta por normas de natureza processual e penal, entendeu-se que, para a concreta aplicação do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL), o legislador não poderia conferir o mesmo tratamento para todas as normas nela inseridas. Precedente citado: Inq 1055 QO/AM (DJU de 6.5.96). ADI 1719/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 18.6.2007.

PENAL. *HABEAS CORPUS*. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ROL AMPLIADO PELA LEI 10.259/2001. SENTENÇA PROFERIDA APÓS SUA EDIÇÃO. NORMAS DE NATUREZA PENAL OU MISTA QUE BENEFICIAM OS PACIENTES. RETROATIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Lei 10.259/2001, por seu art. 2º, parágrafo único, ampliou o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, elevando o teto da pena máxima abstratamente cominada ao delito para 2 (dois) anos, sendo omisso em relação a possíveis exceções, estendendo mais ainda o conceito de infração de menor potencial ofensivo. 2. No caso dos autos, os réus foram condenados pela prática do delito capitulado no art. 256, parágrafo único, c/c 258, segunda parte, ambos do Código Penal, os quais prevêem a pena máxima de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, subsumindo-se, portanto, ao conceito de menor potencial ofensivo nos termos postos pela Lei 10.259/2001. 3. Tratando-se de lei penal mais benéfica, de natureza jurídica de direito material ou mista, que possibilita aos pacientes a oportunidade de se beneficiarem dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, aplica-se aos fatos praticados anteriormente à sua entrada em vigor, consoante determina os arts. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal. 4. Ordem concedida para anular a sentença condenatória e determinar que seja verificada a incidência das regras pertinentes às infrações penais de menor potencial ofensivo, notadamente quanto ao disposto no art. 76 da Lei 9.099/95. (HC 55064/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª TURMA, DJ de 29/05/2006)

Sendo assim, é inegável que o conteúdo material da norma em destaque há de retroagir, já que mais benéfico ao acusado, uma vez que confere ao juiz, no ato da sentença condenatória, a competência de aplicar a detração penal para fins de fixação do regime inicial de pena, podendo, desse modo, favorecer desde logo o acusado com o estabelecimento de regime prisional mais favorável.

Mas, sendo retroativa, faz-se ainda necessário fixar o marco de incidência dessa retroatividade, que, na hipótese, há de ser o momento da prolação da sentença condenatória, ocasião processual própria para a fixação do regime inicial de pena, conforme expressamente prevista, aliás, no *caput* do art. 387 do CPP.

A consideração do período de prisão cautelar, internação ou prisão administrativa há de ser calculada, desse modo, ao tempo da sentença condenatória e não do julgamento de eventual recurso de apelação, pois a esta altura a carta de guia provisória já há de ter sido expedida, competindo, então, ao juízo da execução penal, nos termos do art. 66, III, "c", da LEP, a aplicação da detração e suas eventuais consequências ao apenado provisório.

Decerto, uma vez proferida a sentença condenatória, mas sobrevindo recurso de apelação, e permanecendo o réu preso cautelarmente, deverá o juízo sentenciante determinar a expedição da carta de guia provisória, endereçada ao Juízo das Execuções Penais, que, a partir daí, fará o monitoramento da situação carcerária do apenado provisório, sob a fiscalização ostensiva da defesa.

Cabe salientar, no ponto, que o Juízo da VEP permanece competente para análise da detração, nos termos do art. 66, III, "c", da LEP, não tendo o novel dispositivo revogado essa competência do juiz da execução penal, mas, tão somente, expandido essa atribuição ao juízo de conhecimento, desde que possível no caso concreto.

Quanto à interpretação do dispositivo e o alcance que a ele deve ser dado, parece-nos necessário, como instrumento de hermenêutica, compreender a intenção do legislador ao promover a referida alteração legal, e nada mais adequado para tal fim que a análise da exposição de motivos do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional.

Com efeito, o Projeto de Lei 2.784 de 2011, de iniciativa da Presidência da República, oriundo do Ministério da Justiça, com tramitação inicial na Câmara dos Deputados, apresentou a seguinte mensagem de encaminhamento:

> Na atualidade, o sistema de justiça criminal é composto de aproximadamente 40% de presos provisórios. Essa realidade ocasiona problemas ao sistema de justiça, em especial no que tange ao cumprimento da pena imposta por aqueles que durante o processo permaneceram presos. **Comu-**

> **mente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida, tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida**. Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos para os tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu período em que esteve preso provisoriamente. Atualmente, o Código Penal em seu art. 42, expressamente prevê que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, administrativa e o de internação no Brasil e no estrangeiro, sendo necessário que tal previsão também conste no Código de Processo Penal. **O que se almeja com o presente projeto, portanto, é que o abatimento da pena cumprida provisoriamente possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento que exarar a sentença condenatória** conferindo maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, **evitando a permanência da pessoa presa em regime que já não mais corresponde à sua situação jurídica concreta**." (Grifos nossos).

Referido Projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, onde recebeu o 93, de 2012. Nessa Casa Legislativa, em parecer como Relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça, destacou o Senador Romero Jucá, *verbis*:

> (...) É que compete ao juiz da execução penal analisar a possibilidade de progressão de regime com base no tempo de prisão cumprido cautelarmente. Assim, é na Vara de Execuções penais que o recém-condenado deverá deduzir o pedido próprio, que ainda tramitará por algum tempo, sendo que o juiz sentenciante possui, na grande maioria das vezes, todos os dados necessários à apreciação dessa pretensão.

Destarte, tanto a exposição de motivos, subscrita pelo Ministro da Justiça, quanto o parecer do Relator no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, deixam entrever que a intenção legislativa era dotar o juiz sentenciante da competência para realizar a detração penal, abreviando, desse modo, o tempo de espera do sentenciado provisório em regime prisional mais gravoso do que já fazia jus à época da condenação em primeiro grau.

Assim sendo, o §2º do art. 387 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.736/2012, há de caminhar de braços dados com a orientação emanada da Súmula 716 do STF, a qual dispõe: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

Isto porque a interpretação puramente literal do dispositivo acaba se mostrando falaciosa, na medida em que acabaria por legitimar, em alguns casos, que o preso provisório progredisse de regime prisional em lapso temporal inferior ao previsto na LEP, de 1/6 (um sexto), ou de 2/5 a 3/5, nos casos de crimes hediondos.

Vejamos um exemplo: réu primário condenado a 12 (doze) anos de reclusão, por homicídio qualificado (art. 121, §2º, CP) que tenha respondido o processo preso cautelarmente por 04 (quatro) anos. Ora, se o juiz do processo de conhecimento procedesse ao desconto da detração penal no ato da sentença, restariam então 08 (oito) anos de pena a cumprir, de modo que, pela disciplina do art. 33, §2º, 'b', do CP, o regime inicial prisional haveria de ser o semiaberto.

Ocorre que o lapso mínimo para progressão de regime nos crimes hediondos, tratando-se de réus primários, é de 2/5 (dois quintos) da pena aplicada[3], de modo que, no exemplo apresentado – condenado a 12 (doze) anos de reclusão por homicídio qualificado – seriam necessários 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias em regime fechado, para que somente a partir de então pudesse o réu vir a pleitear ao juízo das execuções a progressão de regime, uma vez que cumprido estaria o requisito objetivo para a progressão.

Mas o descompasso poderia ser ainda mais estarrecedor, senão vejamos: réu primário, condenado à pena de 08 (oito) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, tendo per-

3 Art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90.

manecido em prisão provisória por 30 (trinta) dias. Acaso abatido o tempo de prisão cautelar sobre a pena definitiva e realizado o enquadramento nos limites do art. 33, §2º, do CP, o acusado já iniciaria o cumprimento da pena em regime semiaberto, ao passo que o corréu que respondera em liberdade, igualmente primário, haveria de cumprir no mínimo 1 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão em regime fechado, o correspondente a 1/6 (um sexto) da pena definitiva imposta na sentença.

Assim sendo, não parece ser o melhor caminho o da interpretação literal ou gramatical, pois acaso chancelada tal interpretação, ter-se-ia inaceitável fator de *discrímen* entre acusados tão somente pelo fato de um ter respondido ao processo em liberdade e o outro preso cautelarmente, em benefício invertido, aliás, pois prejudicaria o réu solto e beneficiaria, sobremaneira, o réu preso preventivamente, muito embora a restrição cautelar da liberdade no curso do processo induza presunção de idoneidade negativa e não positiva.

Diante disso, parece-nos que a interpretação que melhor preserva a unidade sistemática, de modo a resguardar a necessária coesão entre o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, além de interagir com a exposição de motivos que embasou o encaminhamento do projeto de lei pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional, é a que divisa o novel §2º do art. 387 do CPP como uma antecipação da execução provisória da pena, antes restrita ao juízo da execução penal.

Conclui-se, assim, que a detração penal, a ser realizada pelo juiz sentenciante, deverá observar, para efeito de fixação do regime inicial de pena, e como requisito objetivo apenas, os lapsos temporais mínimos estabelecidos para a progressão de regime, previstos na LEP e na Lei 8.072/90.

Cabe ressaltar, por fim, que a introdução do §2º no art. 387 do CPP não derroga o disposto nos arts. 66, III, "c", 110 e 112 da LEP e dos arts. 33 e 68 do CP, inaugurando apenas um capítulo novo na sentença condenatória, a ser feito depois da fixação da pena definitiva e para fim exclusivo de fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em sentença.

Em outras palavras, a apreciação dessa nova hipótese de detração penal deve restringir-se à análise do cabimento ou não da progressão antecipada do regime de cumprimento da pena, em nada alterando o *quantum* da pena final imposta na

sentença, que constitui parâmetro para aferição da prescrição, indulto, livramento condicional e outros benefícios da execução.

Assim, o juiz, após cominar a pena pelo sistema trifásico previsto no art. 68 do CP e fixar o regime de cumprimento inicial nos termos do art. 33, §3º, do CP, deve apreciar a nova detração tão somente para fins de progressão de regime, devendo observar se o tempo de prisão cautelar já cumprido satisfaz o requisito objetivo previsto na legislação própria.

No caso de não cumprimento do lapso temporal mínimo de 1/6 (um sexto) ou 2/5 (dois quintos) a 3/5 (três quintos), o juiz sentenciante deve simplesmente registrar que o tempo de prisão cautelar não foi suficiente para a progressão de regime, sem prejuízo de reapreciação posterior pelo Juízo das Execuções Penais após transcorrido o lapso temporal exigido.

Na espécie, embora a sentença condenatória haja sido proferida em momento anterior à vigência da Lei 12.736/12, a nova detração penal deve ser apreciada, por se tratar de norma processual de natureza mista com conteúdo penal mais favorável ao acusado, como já visto.

Assim, tendo em vista que à época da sentença o embargante encontrava-se preso cautelarmente há exatamente 03 (três) meses e 2 (dois) dias, pois foi preso em flagrante em 25/04/2012 e a sentença proferida em 27/07/2012, a detração penal, para efeito de progressão do regime, deve ser avaliada com base nesse período.

Fixados tais marcos, como o ora embargante foi condenado à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, por roubo simples, e permaneceu preso provisoriamente por apenas 3 (três) meses e 2 (dois) dias, conclui-se, por evidente, que à época da prolação da sentença condenatória ainda não havia cumprido o lapso temporal mínimo de 1/6 (um sexto) da pena cominada, que seria de 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, o que torna, destarte, inviável a alteração do regime inicial de pena, conforme pleiteada.

Ademais, ainda que tivesse cumprido o lapso temporal mínimo, o embargante não faria jus à progressão, pois segundo informação extraída do sistema informatizado deste Tribunal, o Juiz da VEP já se pronunciou no sentido de não progredir o embargante em virtude da unificação de penas, derivadas de outras três condena-

ções, com base na carta de guia provisória, expedida pelo juízo sentenciante em 22/12/2012.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos declaratórios, apenas para sanar a omissão apontada, embora sem efeitos modificativos do julgado.

É como voto.

Des. José Guilherme (Vogal) – Com o Relator.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento sem alterar resultado. Unânime.

HABEAS CORPUS

2013002012658-9
Relator – Des. Souza e Avila
Segunda Turma Criminal

EMENTA

Habeas corpus. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Ameaças. Resistência. Vítimas. Mãe e irmã. Periculosidade do réu. Reincidência. Reiteração criminosa na execução penal. Prisão em flagrante. Conversão. Preventiva. Gravidade concreta da conduta. Necessidade e adequação. Asseguramento da integridade física e psíquica das vítimas.

1. As ameaças feitas à mãe e a uma irmã em casa e a resistência à atuação dos policiais militares pelo réu após consumir crack, encontrando-se ele no gozo do benefício de saída externa, demonstra a periculosidade real e a necessidade da segregação.

2. A prática das ameaças e da resistência pelo acusado, que ostenta reincidência criminal, aponta para o cabimento e adequação da prisão preventiva, a fim de evitar a reiteração criminosa.

3. A gravidade em concreto dos fatos e o descumprimento das medidas protetivas de urgência anteriormente fixadas demonstram a ineficácia de qualquer outra medida alternativa à prisão preventiva.

4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Souza e Avila – Relator, Roberval Casemiro Belinati – Vogal, Cesar Laboissiere Loyola – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Timóteo de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: denegar a ordem. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013.

RELATÓRIO

O relatório, em parte, é aquele contido na decisão de fls. 193/194, em que foi indeferido o pedido de liminar:

> Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal em favor de R.S.C.
>
> Aponta como autoridade coatora a Juíza do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Santa Maria, por causa de decisão proferida no processo 2013.10.1.003691-5.
>
> Narra que o paciente foi preso em flagrante em 11/5/2013 por, supostamente, ter ameaçado sua genitora e por resistência, delitos tipificados nos artigos 147, *caput* e 329, ambos do Código Penal.
>
> Diz que a autoridade impetrada converteu a prisão em flagrante em preventiva para garantia da ordem pública e proteção à integridade da vítima.
>
> Sustenta que o paciente sofre coação ilegal, porque estão ausentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, notadamente quando se confronta a decisão com o princípio constitucional da presunção de inocência e o caráter excepcional da restrição à liberdade sem condenação penal definitiva.
>
> Afirma não existir registro anterior de ameaça feita pelo paciente a sua genitora para apontar que não se sustenta o fundamento da proteção à vítima.
>
> Argumenta que a autoridade impetrada considerou insuficientes e inadequadas as medidas cautelares alternativas à prisão, sem demonstrar concretamente a inocuidade daquelas restrições para resguardar a ordem pública.
>
> Assevera não estar demonstrada, no caso vertente, a necessidade e adequação da prisão preventiva. Ressalta que eventual condenação será cumprida em regime prisional diverso do fechado com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

> Pede o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da ordem para conferir ao paciente liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas em favor da vítima. (fls. 2/11)
>
> A autoridade impetrada informou que a denúncia foi recebida em 22/5/2013. Destacou que a citação pessoal ocorreu em 30/5/2013 e os autos seriam remetidos ao NPJ/FACIPLAC para apresentação da defesa escrita. Ressaltou também ter sido deferido pedido da vítima para fixação de medidas protetivas. (fls. 209/210)

A Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e denegação da ordem (fls. 212/215).

É o relatório.

VOTOS

Des. Souza e Avila (Relator) – Admito o processamento do *habeas corpus*, porquanto os pressupostos legais estão atendidos.

Ao paciente é imputada a prática dos crimes descritos nos artigos 147, *caput* (duas vezes) do Código Penal, c/c o artigo 5º, inciso II da Lei 11.343/2006 e artigo 329 do Código Penal.

A prova da existência dos crimes e indícios de autoria são pressupostos para a decretação da prisão preventiva, seja para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, segundo o disposto no artigo 312, do Código de Processo Penal[1].

O artigo 313, inciso III do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 12.403, de 4/5/2011, admite a decretação da prisão preventiva, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

---

1 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

Neste contexto, o artigo 20, *caput* da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) estabelece que, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

A representação da vítima e o recebimento da denúncia, em princípio, demonstram a presença de justa causa. Plausivelmente, pode-se considerar que os crimes imputados ao paciente ocorreram e que ele seja possivelmente autor dessas infrações penais.

Ainda, constata-se que a prisão cautelar do paciente foi decretada com fundamento no artigo 313, inciso II do Código de Processo Penal, em razão da reincidência por ele ostentada (fl. 73)

A decisão impugnada, a respeito da necessidade e adequação da prisão preventiva, tem os seguintes motivos (fls. 73/74):

> Inicialmente, verifico haver prova da materialidade, além de forte indícios da autoria do indiciado na prática dos crimes acima epigrafados, no contexto de violência doméstica, sendo a hipótese de conversão da prisão, na forma do art. 313, III, do CPP.
>
> Não bastasse, resta ainda presente para o decreto da prisão cautelar da situação preceituada no inciso II do art. 313 do CPP, porquanto, à luz da Folha Penal do indiciado, este é reincidente, ostentando diversas condenações anteriores por crimes dolosos, indicando que a reiteração delitiva é consequência provável em caso de liberação do flagrado.
>
> É de se acrescentar que o indiciado foi detido, segundo emana do APF. Logo após ler ameaçado as vítimas de morte, além de ter-lhes injuriado e danificado bem móvel da sua genitora.
>
> No mais, a partir do que emana do respectivo auto de prisão em flagrante, denoto fazer-se imperiosa a conversão da segregação em preventiva, diante da necessidade de acautelar-se a ordem pública, a qual, de forma inequívoca, encontra-se ameaçada com a possível libertação do indiciado.

> O encarceramento cautelar do suspeito também se faz necessário para acautelar a correta instrução criminal e para socorrer a integridade física das vítimas que se veriam aterrorizadas, na medida em que partilham da mesma unidade habitacional que o agressor.
>
> Ademais, o temor impingido pelo suspeito, caso solto, afetará maleficamente a narração fidedigna dos fatos por certamente das vítimas, uma vez que a certeza desses fatos é irremediavelmente afetada por um depoente amedrontado.
>
> Logo, incabível a concessão de liberdade provisória considerando que se encontram presentes os requisitos da instrução criminal, porque caracterizado está o *periculum libertatis*, diante dos fortes indicativos de reiteração criminosa pelo autuado e perturbação da instrução processual.
>
> Também não é o caso de substituição pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, pois, diante da necessidade da manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, exclui-se a possibilidade da substituição pelas medidas cautelares, ante a evidente incompatibilidade entre os institutos, ressalvando-se apenas a possibilidade expressamente prevista no art. 282, I, c/c art. 319, VI, ambos do CPP.

O paciente, perante a autoridade policial, não deu nenhum esclarecimento sobre os fatos. Ele optou pelo silêncio. Por outro lado, as provas do inquérito policial indicam que ele ameaçou a mãe e uma irmã de causar-lhes mal injusto e grave, apenas por elas terem aconselhado-o a abandonar o consumo de crack.

Na ocasião, a Polícia Militar foi acionada. O paciente resistiu a ordem dos policiais, embora ele tencionasse deixar o local na condução não consentida do automóvel de sua mãe, uma das vítimas de suas ameaças.

No contexto dos fatos, em que a reiteração das ameaças ocorreu na presença dos policiais, ele ainda danificou o carro de sua genitora e ofendeu-lhe a dignidade e a honra subjetiva.

O paciente, como ressaltado pela autoridade impetrada na decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva, é reincidente. Embora tenha essa qualidade, não hesita em expressar sua confiança na impunidade, quando afirmou às vítimas

que a comunicação do fato à Polícia não daria nada e que ele voltaria à casa, ainda que fosse momentaneamente preso.

Segundo consta da Folha de Antecedentes (fls. 159/192), ele ostenta diversas condenações criminais definitivas, inclusive pela prática de delitos com violência ou grave ameaça. Não obstante, houve reiteração no cometimento dos delitos, embora ele esteja ainda submetido à execução penal, com benefícios externos.

Nas saídas a ele concedidas pelo Juiz da Execução Penal, ele se dirige à residência das vítimas, onde consome entorpecentes como o crack e age com violência, expondo-as à situação de medo e tensão emocional.

Como se observa, perdura a necessidade de proteção física e psicológica das vítimas, porquanto as medidas protetivas deferidas depois da conversão da prisão em flagrante em preventiva, no momento, ainda não se mostram, por si só, suficientes para resguardar a integridade física, psíquica e à vida das vítimas.

A intensa agressividade desmotivada verificada no comportamento do paciente sugere cuidado, para evitar que a sua soltura constitua oportunidade para que ele volte a atentar contra a integridade física e psicológica das ofendidas.

Não se pode ignorar que as vítimas, em Juízo, manifestaram enorme temor ao paciente, ao postular medidas protetivas de urgência e representarem para a persecução penal (fls. 18 e 20). Além disso, como o fato foi cometido longe da presença de outras pessoas, o depoimento delas será de grande valia para o esclarecimento dos fatos. Nesse sentido, a conveniência da instrução criminal se firma como fundamento para manter a segregação cautelar.

A propósito, trago à colação julgados deste Tribunal sobre a matéria:

> *HABEAS CORPUS*. MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Paciente que apresenta manifesta periculosidade, aferida a partir do fato-crime concreto (lesão corporal e ameaça no âmbito das relações domésticas), havendo, assim, necessidade de manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública, a fim de prevenir novas agressões em face da vítima, garantindo-lhe a vida e a integridade física. 2. Constrição fundada nos arts. 312 e 313, inciso III, do CPP. Inadequação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão,

previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. 3. Ordem denegada. (Acórdão 522062, 20110020122120HBC, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 21/07/2011, DJ 29/07/2011 p. 194)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL, INJÚRIA E AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA E EMPREGO FIXOS. INSUFICIÊNCIA PARA AFASTAR A CUSTÓDIA. PERICULOSIDADE DEMONSTRADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Necessária a custódia cautelar de autor, em tese, dos delitos de lesão corporal, injúria e ameaça, cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, por ser ela necessária como garantia da ordem pública, tendo em vista o temor da vítima de que o paciente, uma vez em liberdade, leve a termo as ameaças de morte contra ela. 2. O fato de o paciente ser primário, ter endereço fixo e estar empregado não é suficiente para, por si só, autorizar a revogação da prisão preventiva. 3. Irrelevante que os delitos imputados ao paciente sejam de menor potencial ofensivo e punidos com pena máxima inferior a 04 anos, porque foram cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, circunstância que autoriza a prisão preventiva, nos termos do inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal. 4. Por ocasião do julgamento de *habeas corpus*, não há como se afirmar, de forma insuperável, o *quantum* de pena e o seu respectivo regime de cumprimento em caso de eventual condenação de agente reincidente e portador de maus antecedentes, em ação penal contra ele movida. Assim, não ofende o princípio da proporcionalidade a decretação de sua prisão preventiva, ainda que exista a possibilidade futura de fixação do regime semiaberto de cumprimento da pena privativa de liberdade. 5. Ordem denegada. (Acórdão 580935, 20120020070707HBC, Relator JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, julgado em 19/04/2012, DJ 24/04/2012 p. 306)

Dessa maneira, constatada a necessidade e adequação da prisão preventiva do paciente e a insuficiência ou ineficácia de outras medidas, inclusive as protetivas de urgência, para tutelar a integridade física, psíquica e a vida das vítimas, imperiosa é a manutenção da prisão preventiva.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Com o Relator.

Des. Cesar Laboissiere Loyola (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Denegar a ordem. Unânime.

ÍNDICE NUMÉRICO

Jurisprudência

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2012002011239-40 31

(Acórdão 692.304). Relator: Des. Lecir Manoel da Luz

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA • FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO • SECRETÁRIO DE SAÚDE, LEGITIMIDADE PASSIVA

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2013002005509-0 45

(Acórdão 679.573). Relator: Des. Luciano Moreira Vasconcellos

AÇÃO CIVIL PÚBLICA • IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA • INQUÉRITO CIVIL PRÉVIO, DESNECESSIDADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2013002013874-7 58

(Acórdão 708.513). Relator: Des. Sebastião Coelho

CONCURSO DE PRAÇA DO CORPO DE BOMBEIROS • LIMITE ETÁRIO, CRITÉRIOS • ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

APELAÇÃO CÍVEL 2003011022209-7 63

(Acórdão 675.121). Relator: Des. Angelo Canducci Passareli

CARGO PÚBLICO • DOENÇA PSIQUIÁTRICA • APOSENTADORIA, DECRETAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL 2003011048692-0 80

(Acórdão 692.308). Relator: Des. Getúlio de Moraes Oliveira

AÇÃO CIVIL PÚBLICA • ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA • AGENTE PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL 2004011053406-6 113

(Acórdão 695.669). Relator: Des. Antoninho Lopes

HOSPITAL PÚBLICO • APARELHO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA, INEXISTÊNCIA • RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

APELAÇÃO CÍVEL 2005011042250-8 119

(Acórdão 696.017). Relator: Des. Cruz Macedo

PARTIDO POLÍTICO • ANULAÇÃO DE ATAS DE REUNIÃO • DIREÇÃO PARTIDÁRIA, ALTERAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL 2005011042614-0 135

(Acórdão 699.545). Relator: Des. Jair Soares

AÇÃO CIVIL PÚBLICA • IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA • MULTA CIVIL, APLICAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL 2005011088747-6 158

(Acórdão 682.309). Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva

AÇÃO CIVIL PÚBLICA • DANOS AO MEIO AMBIENTE • TEORIA DO FATO CONSUMADO, INAPLICABILIDADE

APELAÇÃO CÍVEL 2005011140547-2 171

(Acórdão 686.843). Relator: Des. Fernando Habibe

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA • PRORROGAÇÃO DE CONTRATO • LICITAÇÃO, DISPENSA

APELAÇÃO CÍVEL 2007011029349-2 187

(Acórdão 700.243). Relator: Des. Sérgio Rocha

EXAME DE GRAVIDEZ, RESULTADO POSITIVO • CIRURGIA DE RISCO AO FETO • RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO, INOCORRÊNCIA

APELAÇÃO CÍVEL 2008011014021-2 196

(Acórdão 678.210). Relator: Des. Arnoldo Camanho de Assis

RESCISÃO CONTRATUAL • CESSÃO DE DIREITOS, INTERMEDIAÇÃO POR CORRETOR • FRAUDE

APELAÇÃO CÍVEL 2008011112092-3 209

(Acórdão 701.434). Relator: Des. Otávio Augusto

REGISTRO DE NASCIMENTO • ERRO DE GRAFIA • RESPONSABILIDADE OBJETIVA • ATIVIDADE DELEGADA

APELAÇÃO CÍVEL 2009011071135-9 217

(Acórdão 679.858). Relator: Des. J. J. Costa Carvalho

CONSUMIDOR • PRODUTO DEFEITUOSO • PISO EM CERÂMICA, TROCA OBRIGATÓRIA • HOSPEDAGEM DA FAMÍLIA

APELAÇÃO CÍVEL 2009011117178-5 226

(Acórdão 698.447). Relatora: Desa. Carmelita Brasil

METRÔ/DF • QUEDA DE PASSAGEIRA PARAPLÉGICA • FALHA NO SERVIÇO PRESTADO, CONSTATAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL 2009011150156-6 245

(Acórdão 700.728). Relator: Des. Flavio Rostirola

REPARAÇÃO DE DANOS • ROUBO EM SHOPPING CENTER • CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INAPLICABILIDADE • RESPONSABILIDADE SEM CULPA

APELAÇÃO CÍVEL 2009011154707-0 256

(Acórdão 677.953). Relator: Des. Mário-Zam Belmiro

DANO MORAL • AGENTES PÚBLICOS • PROVOCAÇÕES RECÍPROCAS

APELAÇÃO CÍVEL 2009011196962-9 270

(Acórdão 705.809). Relator: Des. Teófilo Caetano

DANO MORAL, INOCORRÊNCIA • CONVERSA RESERVADA, GRAVAÇÃO • DIVULGAÇÃO À IMPRENSA

APELAÇÃO CÍVEL 2009101009208-4 280

(Acórdão 678.907). Relator: Des. Alfeu Machado

CESSÃO DE DIREITOS DE IMÓVEL • INDUÇÃO A ERRO, ALEGAÇÃO • VÍCIO DE CONSENTIMENTO, INOCORRÊNCIA

APELAÇÃO CÍVEL 2010011037581-6 294

(Acórdão 694.260). Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior

DANO MORAL, DESCABIMENTO • PROTESTO DE ATIVISTAS DO GREENPEACE • LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

APELAÇÃO CÍVEL 2010011063241-6 307

(Acórdão 681.896). Relatora Designada: Desa. Nídia Corrêa Lima

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA • MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO DO DISTRITO FEDERAL • INDISPONIBILIDADE DOS BENS

APELAÇÃO CÍVEL 2010051001244-3 338

(Acórdão 690.895). Relator: Des. José Divino de Oliveira

CIRURGIA ESTÉTICA • DANOS MORAIS • INDENIZAÇÃO, CRITÉRIOS

APELAÇÃO CÍVEL 2011011192771-9 346

(Acórdão 681.744). Relator: Des. João Egmont

ORDEM DE DEMOLIÇÃO • PROJETO URBANÍSTICO ORIGINAL, MANUTENÇÃO • PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE

APELAÇÃO CÍVEL 2011011197325-5 363

(Acórdão 680.565). Relatora: Desa. Vera Andrighi

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO • CONTATO COM MATERIAL HOSPITALAR INFECTANTE • MÁ-FORMAÇÃO ENCEFÁLICA DE FILHO

APELAÇÃO CÍVEL 2011101005503-4 373

(Acórdão 673.176). Relatora: Desa. Simone Lucindo

ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO • EXPLOSÃO DE RADIADOR DE ÔNIBUS • RESPONSABILIDADE OBJETIVA

APELAÇÃO CÍVEL 2012011027289-5 385

(Acórdão 684.037). Relatora: Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito

JAZIDA MINERAL, DESCOBERTA • INSCRIÇÃO JUNTO AO DNPM • PRINCÍPIO DO PRIMEIRO NO TEMPO

APELAÇÃO CRIMINAL 2006031014808-0 392

(Acórdão 700.977). Relatora: Desa. Nilsoni de Freitas

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA • SONEGAÇÃO FISCAL • ICMS

APELAÇÃO CRIMINAL 2008031010357-5 415

(Acórdão 702.596). Relator Designado: Des. Romão C. Oliveira

JÚRI • DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS • VEREDICTO POPULAR CASSADO

APELAÇÃO CRIMINAL 2009011097481-0 431

(Acórdão 695.719). Relator: Des. Mario Machado

CRIMES AMBIENTAIS • ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO LAGO PARANOÁ • OCUPAÇÃO ILEGAL DE ÁREA VERDE

APELAÇÃO CRIMINAL 2010011176858-5 450

(Acórdão 701.374). Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa

APROPRIAÇÃO INDÉBITA • ALVARÁ JUDICIAL • FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO • ADVOGADA DA VÍTIMA

APELAÇÃO CRIMINAL 2010011188116-5 472

(Acórdão 695.760). Relator: Des. Roberval Casemiro Belinati

TORTURA E REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO • ABSOLVIÇÃO, NÃO ACOLHIMENTO • PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL

APELAÇÃO CRIMINAL 2011081000028-9 483

(Acórdão 684.575). Relator: Des. João Batista Teixeira

ROUBO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA • ESTUPRO DE VULNERÁVEL • SEMI-IMPUTABILIDADE, RECONHECIMENTO • REDUÇÃO DA PENA

APELAÇÃO CRIMINAL 2011091011186-3 494

(Acórdão 681.135). Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos

APROPRIAÇÃO INDÉBITA • COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL • VÍNCULO SOCIOAFETIVO • AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO

APELAÇÃO CRIMINAL 2012121003626-2 514

(Acórdão 681.863). Relator: Des. João Timóteo de Oliveira

TENTATIVA DE LATROCÍNIO • CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE • REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COMPENSAÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO 2013002016776-3 526

(Acórdão 706.576). Relator: Des. George Lopes Leite

CONFLITO DE COMPETÊNCIA • TRIBUNAL DO JÚRI E JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER • TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL 2012091009594-4 532

(Acórdão 683.013). Relator: Des. Jesuino Rissato

DETRAÇÃO PENAL • LAPSO TEMPORAL MÍNIMO DE UM SEXTO, NÃO CUMPRIMENTO • REGIME, MANUTENÇÃO

HABEAS CORPUS 2013002012658-9 544

(Acórdão 687.395). Relator: Des. Souza e Avila

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA • REINCIDÊNCIA • PERICULOSIDADE DO RÉU • PRISÃO PREVENTIVA

ÍNDICE ROTATIVO

Jurisprudência

A

ABSOLVIÇÃO, NÃO ACOLHIMENTO. TORTURA E REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. 472

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INQUÉRITO CIVIL PRÉVIO, DESNECESSIDADE. 45

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. TEORIA DO FATO CONSUMADO, INAPLICABILIDADE. 158

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE PÚBLICO. 80

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MULTA CIVIL, APLICAÇÃO. 135

AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. 494

ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EXPLOSÃO DE RADIADOR DE ÔNIBUS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 373

ADVOGADA DA VÍTIMA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ALVARÁ JUDICIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. 450

AGENTE PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 80

AGENTES PÚBLICOS. DANO MORAL. PROVOCAÇÕES RECÍPROCAS. 256

ALVARÁ JUDICIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. ADVOGADA DA VÍTIMA. 450

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO DE PRAÇA DO CORPO DE BOMBEIROS. LIMITE ETÁRIO, CRITÉRIOS. 58

ANULAÇÃO DE ATAS DE REUNIÃO. PARTIDO POLÍTICO. DIREÇÃO PARTIDÁRIA, ALTERAÇÃO. 119

APARELHO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA, INEXISTÊNCIA. HOSPITAL PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. 113

APOSENTADORIA, DECRETAÇÃO. CARGO PÚBLICO. DOENÇA PSIQUIÁTRICA. 63

APROPRIAÇÃO INDÉBITA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. 494

APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ALVARÁ JUDICIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. ADVOGADA DA VÍTIMA. 450

ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO LAGO PARANOÁ. CRIMES AMBIENTAIS. OCUPAÇÃO ILEGAL DE ÁREA VERDE. 431

ATIVIDADE DELEGADA. REGISTRO DE NASCIMENTO. ERRO DE GRAFIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 209

ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGENTE PÚBLICO. 80

C

CARGO PÚBLICO. DOENÇA PSIQUIÁTRICA. APOSENTADORIA, DECRETAÇÃO. 63

CESSÃO DE DIREITOS DE IMÓVEL. INDUÇÃO A ERRO, ALEGAÇÃO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO, INOCORRÊNCIA. 280

CESSÃO DE DIREITOS, INTERMEDIAÇÃO POR CORRETOR. RESCISÃO CONTRATUAL. FRAUDE. 196

CIRURGIA DE RISCO AO FETO. EXAME DE GRAVIDEZ, RESULTADO POSITIVO. RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO, INOCORRÊNCIA. 187

CIRURGIA ESTÉTICA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO, CRITÉRIOS. 338

COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. 494

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INAPLICABILIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS. ROUBO EM SHOPPING CENTER. RESPONSABILIDADE SEM CULPA. 245

CONCURSO DE PRAÇA DO CORPO DE BOMBEIROS. LIMITE ETÁRIO, CRITÉRIOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 58

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI E JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV. 526

CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COMPENSAÇÃO. 514

CONSUMIDOR. PRODUTO DEFEITUOSO. PISO EM CERÂMICA, TROCA OBRIGATÓRIA. HOSPEDAGEM DA FAMÍLIA. 217

CONTATO COM MATERIAL HOSPITALAR INFECTANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MÁ-FORMAÇÃO ENCEFÁLICA DE FILHO. 363

CONVERSA RESERVADA, GRAVAÇÃO. DANO MORAL, INOCORRÊNCIA. DIVULGAÇÃO À IMPRENSA. 270

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ICMS. 392

CRIMES AMBIENTAIS. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO LAGO PARANOÁ. OCUPAÇÃO ILEGAL DE ÁREA VERDE. 431

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SECRETÁRIO DE SAÚDE, LEGITIMIDADE PASSIVA. 31

D

DANO MORAL. AGENTES PÚBLICOS. PROVOCAÇÕES RECÍPROCAS. 256

DANO MORAL, DESCABIMENTO. PROTESTO DE ATIVISTAS DO GREENPEACE. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. 294

DANO MORAL, INOCORRÊNCIA. CONVERSA RESERVADA, GRAVAÇÃO. DIVULGAÇÃO À IMPRENSA. 270

DANOS AO MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TEORIA DO FATO CONSUMADO, INAPLICABILIDADE. 158

DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. INDENIZAÇÃO, CRITÉRIOS. 338

DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. JÚRI. VEREDICTO POPULAR CASSADO. 415

DETRAÇÃO PENAL. LAPSO TEMPORAL MÍNIMO DE UM SEXTO, NÃO CUMPRIMENTO. REGIME, MANUTENÇÃO. 532

DIREÇÃO PARTIDÁRIA, ALTERAÇÃO. PARTIDO POLÍTICO. ANULAÇÃO DE ATAS DE REUNIÃO. 119

DIVULGAÇÃO À IMPRENSA. DANO MORAL, INOCORRÊNCIA. CONVERSA RESERVADA, GRAVAÇÃO. 270

DOENÇA PSIQUIÁTRICA. CARGO PÚBLICO. APOSENTADORIA, DECRETAÇÃO. 63

E

ERRO DE GRAFIA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ATIVIDADE DELEGADA. 209

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ROUBO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. SEMI-IMPUTABILIDADE, RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA PENA. 483

EXAME DE GRAVIDEZ, RESULTADO POSITIVO. CIRURGIA DE RISCO AO FETO. RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO, INOCORRÊNCIA. 187

EXPLOSÃO DE RADIADOR DE ÔNIBUS. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 373

F

FALHA NO SERVIÇO PRESTADO, CONSTATAÇÃO. METRÔ/DF. QUEDA DE PASSAGEIRA PARAPLÉGICA. 226

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ALVARÁ JUDICIAL. ADVOGADA DA VÍTIMA. 450

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SECRETÁRIO DE SAÚDE, LEGITIMIDADE PASSIVA. 31

FRAUDE. RESCISÃO CONTRATUAL. CESSÃO DE DIREITOS, INTERMEDIAÇÃO POR CORRETOR. 196

H

HOSPEDAGEM DA FAMÍLIA. CONSUMIDOR. PRODUTO DEFEITUOSO. PISO EM CERÂMICA, TROCA OBRIGATÓRIA. 217

HOSPITAL PÚBLICO. APARELHO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA, INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. 113

I

ICMS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. 392

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INQUÉRITO CIVIL PRÉVIO, DESNECESSIDADE. 45

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO DO DISTRITO FEDERAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. 307

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. LICITAÇÃO, DISPENSA. 171

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MULTA CIVIL, APLICAÇÃO. 135

INDENIZAÇÃO, CRITÉRIOS. CIRURGIA ESTÉTICA. DANOS MORAIS. 338

INDISPONIBILIDADE DOS BENS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO DO DISTRITO FEDERAL. 307

INDUÇÃO A ERRO, ALEGAÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS DE IMÓVEL. VÍCIO DE CONSENTIMENTO, INOCORRÊNCIA. 280

INQUÉRITO CIVIL PRÉVIO, DESNECESSIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 45

INSCRIÇÃO JUNTO AO DNPM. JAZIDA MINERAL, DESCOBERTA. PRINCÍPIO DO PRIMEIRO NO TEMPO. 385

J

JAZIDA MINERAL, DESCOBERTA. INSCRIÇÃO JUNTO AO DNPM. PRINCÍPIO DO PRIMEIRO NO TEMPO. 385

JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. VEREDICTO POPULAR CASSADO. 415

L

LAPSO TEMPORAL MÍNIMO DE UM SEXTO, NÃO CUMPRIMENTO. DETRAÇÃO PENAL. REGIME, MANUTENÇÃO. 532

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. DANO MORAL, DESCABIMENTO. PROTESTO DE ATIVISTAS DO GREENPEACE. 294

LICITAÇÃO, DISPENSA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. 171

LIMITE ETÁRIO, CRITÉRIOS. CONCURSO DE PRAÇA DO CORPO DE BOMBEIROS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 58

M

MÁ- FORMAÇÃO ENCEFÁLICA DE FILHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONTATO COM MATERIAL HOSPITALAR INFECTANTE. 363

MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO DO DISTRITO FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. 307

METRÔ/DF. QUEDA DE PASSAGEIRA PARAPLÉGICA. FALHA NO SERVIÇO PRESTADO, CONSTATAÇÃO. 226

MULTA CIVIL, APLICAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 135

O

OCUPAÇÃO ILEGAL DE ÁREA VERDE. CRIMES AMBIENTAIS. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO LAGO PARANOÁ. 431

ORDEM DE DEMOLIÇÃO. PROJETO URBANÍSTICO ORIGINAL, MANUTENÇÃO. PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE. 346

P

PARTIDO POLÍTICO. ANULAÇÃO DE ATAS DE REUNIÃO. DIREÇÃO PARTIDÁRIA, ALTERAÇÃO. 119

PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE. ORDEM DE DEMOLIÇÃO. PROJETO URBANÍSTICO ORIGINAL, MANUTENÇÃO. 346

PERICULOSIDADE DO RÉU. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REINCIDÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. 544

PISO EM CERÂMICA, TROCA OBRIGATÓRIA. CONSUMIDOR. PRODUTO DEFEITUOSO. HOSPEDAGEM DA FAMÍLIA. 217

PRINCÍPIO DO PRIMEIRO NO TEMPO. JAZIDA MINERAL, DESCOBERTA. INSCRIÇÃO JUNTO AO DNPM. 385

PRISÃO PREVENTIVA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REINCIDÊNCIA. PERICULOSIDADE DO RÉU. 544

PRODUTO DEFEITUOSO. CONSUMIDOR. PISO EM CERÂMICA, TROCA OBRIGATÓRIA. HOSPEDAGEM DA FAMÍLIA. 217

PROJETO URBANÍSTICO ORIGINAL, MANUTENÇÃO. ORDEM DE DEMOLIÇÃO. PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE. 346

PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO, DISPENSA. 171

PROTESTO DE ATIVISTAS DO GREENPEACE. DANO MORAL, DESCABIMENTO. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. 294

PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. TORTURA E REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ABSOLVIÇÃO, NÃO ACOLHIMENTO. 472

PROVOCAÇÕES RECÍPROCAS. DANO MORAL. AGENTES PÚBLICOS. 256

Q

QUEDA DE PASSAGEIRA PARAPLÉGICA. METRÔ/DF. FALHA NO SERVIÇO PRESTADO, CONSTATAÇÃO. 226

R

REDUÇÃO DA PENA. ROUBO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SEMI-IMPUTABILIDADE, RECONHECIMENTO. 483

REGIME, MANUTENÇÃO. DETRAÇÃO PENAL. LAPSO TEMPORAL MÍNIMO DE UM SEXTO, NÃO CUMPRIMENTO. 532

REGISTRO DE NASCIMENTO. ERRO DE GRAFIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ATIVIDADE DELEGADA. 209

REINCIDÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PERICULOSIDADE DO RÉU. PRISÃO PREVENTIVA. 544

REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COMPENSAÇÃO. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. 514

REPARAÇÃO DE DANOS. ROUBO EM SHOPPING CENTER. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INAPLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE SEM CULPA. 245

RESCISÃO CONTRATUAL. CESSÃO DE DIREITOS, INTERMEDIAÇÃO POR CORRETOR. FRAUDE. 196

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONTATO COM MATERIAL HOSPITALAR INFECTANTE. MÁ-FORMAÇÃO ENCEFÁLICA DE FILHO. 363

RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO, INOCORRÊNCIA. EXAME DE GRAVIDEZ, RESULTADO POSITIVO. CIRURGIA DE RISCO AO FETO. 187

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EXPLOSÃO DE RADIADOR DE ÔNIBUS. 373

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REGISTRO DE NASCIMENTO. ERRO DE GRAFIA. ATIVIDADE DELEGADA. 209

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. HOSPITAL PÚBLICO. APARELHO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA, INEXISTÊNCIA. 113

RESPONSABILIDADE SEM CULPA. REPARAÇÃO DE DANOS. ROUBO EM SHOPPING CENTER. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INAPLICABILIDADE. 245

ROUBO EM SHOPPING CENTER. REPARAÇÃO DE DANOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INAPLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE SEM CULPA. 245

ROUBO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SEMI-IMPUTABILIDADE, RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA PENA. 483

S

SECRETÁRIO DE SAÚDE, LEGITIMIDADE PASSIVA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 31

SEMI-IMPUTABILIDADE, RECONHECIMENTO. ROUBO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REDUÇÃO DA PENA. 483

SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ICMS. 392

T

TENTATIVA DE LATROCÍNIO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COMPENSAÇÃO. 514

TEORIA DO FATO CONSUMADO, INAPLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. 158

TORTURA E REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ABSOLVIÇÃO, NÃO ACOLHIMENTO. PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. 472

TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI E JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. 526

TRIBUNAL DO JÚRI E JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV. 526

V

VEREDICTO POPULAR CASSADO. JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. 415

VÍCIO DE CONSENTIMENTO, INOCORRÊNCIA. CESSÃO DE DIREITOS DE IMÓVEL. INDUÇÃO A ERRO, ALEGAÇÃO. 280

VÍNCULO SOCIOAFETIVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. 494

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REINCIDÊNCIA. PERICULOSIDADE DO RÉU. PRISÃO PREVENTIVA. 544