



TJDFT

Poder Judiciário da União

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

103
SET • DEZ
2013

REVISTA DE DOCTRINA 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

103

setembro a dezembro de 2013

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Revista de Doutrina e Jurisprudência nº 103

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 TJDF

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
Subsecretária 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 TJDF. 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

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. Arnaldo 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. Arnaldo 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. Nidia 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. Arnaldo 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 dezembro 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

DOCTRINA

.....

O direito do réu à duração razoável no Processo Civil	11
<i>Renato Castro Teixeira Martins</i>	

JURISPRUDÊNCIA

.....

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios	31
---	----

ÍNDICES

.....

Numérico dos Acórdãos	710
-----------------------	-----

Alfabético	717
------------	-----

O DIREITO DO RÉU À DURAÇÃO RAZOÁVEL NO PROCESSO CIVIL

Renato Castro Teixeira Martins¹

1. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O *tempo* é uma preocupação constante no estudo do processo, onde a demora na prestação jurisdicional gera prejuízos materiais e morais às partes em conflito, além de desperdício de recursos do Poder Judiciário e de trabalho de todos aqueles que de qualquer forma estão relacionados ao processo. O tempo é um *fator de corrosão dos direitos* e é necessário que o sistema ofereça meios de combate à força corrosiva do *tempo-inimigo*.²

A simples tramitação do processo gera incômodos e diminuição patrimonial, esta última causada, por exemplo, pela contratação de advogados e pela produção de provas difíceis e custosas. Impõe o abandono de negócios urgentes, que perecem para atender às necessidades da demanda e para possibilitar o comparecimento às audiências. Enfim, a demora gera repercussão material e moral mais ou menos intensas, que apenas parcialmente serão reparadas na sentença.³ Por isso é que o Código de Processo Civil impõe dentre os deveres do juiz o de “velar pela rápida solução do litígio” (art. 125, II).

A demora na prestação jurisdicional, aliada à falta de efetividade dos provimentos judiciais, causa aquilo que a doutrina denomina de *dano marginal*,⁴ ou seja, a frustração, a não fruição do direito pela parte que tem razão em decorrência da morosidade da Justiça.⁵

1 Mestre e especialista em direito processual civil (PUC/SP) e juiz de direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

2 Expressões utilizadas por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO em *Nova era do processo civil*, 1ª ed., 2ª. tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 55.

3 Cf. AMERICANO, JORGE. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1932, p. 50.

4 *Apud* MARINONI, LUIZ GULHERME. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*, 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. – São Paulo: RT, 2002, p. 21.

5 Cf. HOFFMAN, PAULO. *Razoável duração do processo*. – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 179. A expressão

O procedimento ordinário foi adotado como modelo básico para a solução judicial de conflitos. Mas é extremamente moroso e, além disso, a cognição ampla e a possibilidade de utilização de todos os meios de defesa geram uma infinidade de incidentes e recursos. Ocorre que a evolução das relações sociais não mais admite a demora na prestação jurisdicional, que, em última análise, gera o desprestígio do Poder Judiciário.

Daí porque, conforme destaca a doutrina, o que atualmente se verifica nos sistemas de tradição romano-canônica é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, conseqüentemente, em remédio contra a ineficiência deste procedimento.⁶ Por isso é que se tornou comum no dia a dia do foro – principalmente antes das reformas do Código de Processo Civil que deram novos contornos aos artigos 273 e 461 – a utilização das ações cautelares como forma de solução de conflitos, à míngua de procedimentos típicos de cognição plena e exauriente que resolvessem com eficiência determinadas situações urgentes.

Ocorre que o procedimento ordinário faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor – ao menos em princípio –, como se este fosse o culpado pela demora inerente à cognição dos direitos. O estabelecimento do procedimento ordinário como o mecanismo padrão de tutela dos direitos ignora completamente o que se verifica na realidade social e no plano do direito substancial, pois nestes há *direitos evidentes* e *não evidentes* e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.⁷ Dessa forma, a demora costuma beneficiar o réu que não tem razão.⁸

A Constituição Federal de 1988 reproduziu no seu texto a maior parte dos direitos fundamentais estabelecidos na *Convenzioni Per La Salvaguardia Dei Diritti Dell'uomo E Delle Libertá Fondamentali*, subscrita em Roma em 04.11.1950 e pro-

dano marginal costuma ser atribuída a Ítalo Andolina. Contudo, ela já vinha sendo utilizada pela doutrina ao menos desde 1926, por Enrico Finzi, (Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. III – parte II, anno 1926. – Pádova: CEDAM, 1926, p. 49-50).

6 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito à tempestividade da tutela jurisdicional*, GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, vol. 17, julho/setembro de 2000, p. 542.

7 Idem, ibidem.

8 Idem, ibidem, p. 544

clamada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. Curiosamente, não introduziu expressamente no nosso sistema a garantia da *duração razoável do processo*, direito fundamental previsto na Convenção, *verbis*: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.⁹

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), subscrita pelo Brasil em 1992, prevê, em seu art. 8º, que cada pessoa tem o direito de ser ouvida por um tribunal competente, independente e imparcial dentro de um *prazo razoável*.¹⁰

As Constituições de México, Portugal, Itália, Argentina, Colômbia e Bolívia já previam expressamente essa garantia em seus textos, ressaltando-se que a primeira é de 1917.¹¹

Apesar da omissão da Constituição de 1988 em relação ao direito fundamental à *duração razoável do processo*, a doutrina já havia identificado essa garantia implícita no art. 5º, XXXV, CF, o que, aliás, nos parece indissociável da ideia de *efetividade*. Kazuo Watanabe destaca que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”.¹²

9 A observação é feita por Fabiano Carvalho in *EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo / Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004* – coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al]. – São Paulo: RT, 2005, p. 215.

10 “Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal or any other nature”.

11 Cf. GÓES, Gilse Santos Fernandes. *Razoável duração do processo / Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004* – coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al]. – São Paulo: RT, 2005, p. 263-264.

12 Cf. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Reforma do Código de Processo Civil*. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20

O direito fundamental à duração razoável do processo foi inserido expressamente na Constituição Federal de 1988, por meio da emenda nº 45/04, conforme disposto no art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo, a simples inserção desse dispositivo, revelando um direito fundamental que já estava implícito no ordenamento constitucional, não vai resolver o problema da morosidade da justiça. Impõem-se alterações legislativas que lhe dêem operacionalidade, com a criação de técnicas processuais mais adequadas às novas realidades sociais. Além disso – e o que nos parece mais importante – é necessária a alteração da mentalidade dos operadores do direito, especialmente dos magistrados e, ainda, um melhor aparelhamento do Poder Judiciário.

O próprio legislador reformista preocupou-se em viabilizar a dimensão garantística da celeridade, conforme se depreende das várias alterações estruturais do Poder Judiciário determinadas pela emenda nº 45, dentre as quais se destacam as seguintes¹³: a) repercussão geral na busca da redução do número de processos, reduzindo-se o número de recursos extraordinários a serem conhecidos; b) súmula vinculante, tornando as decisões mais previsíveis e mais céleres; c) atuação do CNJ; d) atividade jurisdicional ininterrupta, com o fim das férias coletivas; e) distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição; f) Justiça funcionando descentralizadamente; g) Justiça itinerante; h) possibilidade de delegação de atos administrativos e de mero expediente para os servidores; e i) aumento do número de juízes, proporcionalmente em relação à demanda e à população.

A Constituição não definiu os contornos do que seja um processo que alcance o seu termo em *tempo razoável*. Trata-se de conceito evolutivo, complexo, de caráter argumentativo e que desempenha uma função dialética importantíssima, fundamental para a adequação da expressão às necessidades que surgem em razão da evolução da sociedade e dos meios de solução de conflitos. Seja como for, em se tratando de direito fundamental, sua aplicação é imediata e independe de qualquer norma infraconstitucional para lhe conferir operacionalidade.

13 Cf. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33

Além disso, ele impõe uma postura ativa do Estado em todas as suas funções: legislativa, administrativa e jurisdicional. Cabe ao Poder Legislativo editar normas que facilitem a implementação desse direito fundamental, inclusive no âmbito das regras processuais. Ao Poder Executivo cumpre investir recursos em todos os setores que contribuem para agilizar a prestação jurisdicional, mesmo que indiretamente. Destaca-se, como exemplo, o aparelhamento adequado das Defensorias Públicas. Finalmente, cabe ao Judiciário, na seara administrativa, investir na estrutura física dos seus diversos órgãos e promover a qualificação dos servidores e magistrados, em todas as instâncias. E cabe a estes últimos, no campo da atividade jurisdicional, o papel essencial de aplicar as regras procedimentais à luz desse novo preceito constitucional, sempre buscando dentre os caminhos procedimentais possíveis – e não se olvidando das demais garantias – aquele que proporciona a *duração razoável*.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência europeia e latino-americana, não prevê a obrigatoriedade de fixação de prazos pelo legislador ordinário para a duração dos processos judiciais, de acordo com os diversos tipos de procedimento.¹⁴

A doutrina reconhece que a *duração razoável do processo*, assim como as *dilações indevidas* a que se refere a Convenção Europeia, são conceitos indeterminados e abertos e, por isso mesmo, “torna-se impossível fixar a priori uma regra específica, determinante das violações à *garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*”.¹⁵

A *razoabilidade* da duração do processo deve ser analisada caso a caso, levando-se em conta os seguintes critérios¹⁶: a) complexidade da causa; b) número de litigantes; c) natureza do direito litigioso; d) volume de demandas que tramitam perante o respectivo órgão jurisdicional; e) adequação do número de juízes e au-

14 Dentre os países já citados, apenas a Constituição mexicana de 1917 determina que o legislador fixe prazos, conforme se depreende do seu art. 17, *verbis*: “(...) Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y terminus que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial (...)” (grifos nossos).

15 CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). Em *O processo na Constituição*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 326.

16 Sem embargo da existência de outros.

xiliares da justiça; *f*) peculiaridades das partes; *g*) comportamento das partes; e *h*) conduta do juiz na condução do processo.

Assim, um processo que envolve reparação de danos oriundos de acidente automobilístico não pode ter a sua duração comparada com a de uma ação de dissolução de sociedade e apuração de haveres; uma causa em que há vários litisconfortes no pólo passivo provavelmente apresentará algumas dificuldades para a citação de todos os réus, comprometendo a celeridade do processo; a discussão sobre a guarda de um menor exige uma série de cautelas¹⁷ e, ainda, a participação do Ministério Público; um Juízo perante o qual tramitam milhares de processos não tem condições de prestar tutela jurisdicional em tempo adequado, ocorrendo o mesmo quando houver desproporção entre o número de juízes e auxiliares em relação ao número de processos; e processos envolvendo idosos devem tramitar com prioridade (CPC, art. 1.211-A).

A simples existência de técnicas processuais destinadas à solução do problema da morosidade não produz o resultado desejado. É necessário que os magistrados estejam preparados para utilizá-las e efetivamente as utilizem, até porque a lei determina lhes competir “velar pela rápida solução do litígio” (CPC, art. 125, II).

Neste passo, deve ser observado que a *duração razoável do processo* veio acompanhada, nos termos da emenda constitucional nº 45, da preocupação do legislador reformista com a formação e o aperfeiçoamento de magistrados, especialmente ao criar a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, “cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira” (art. 105, parágrafo único, I) e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (art. 111-A, parágrafo único, I), com as mesmas atribuições, no âmbito da Justiça do Trabalho. A mesma preocupação pode ser vista na *participação em cursos de aperfeiçoamento* como critério de promoção de juízes por merecimento (CF, art. 93, II, c) e vitaliciamento (inciso IV).

Ainda no que diz respeito à conduta do juiz na condução do processo, deve ser observado que o direito fundamental à *duração razoável* potencializa a aplicação de outros princípios processuais, dentre eles os do *aproveitamento dos atos proces-*

17 Eventualmente, a apresentação de pareceres psicológicos, entrevistas com assistentes sociais etc.

suais¹⁸, da ausência de nulidade sem prejuízo¹⁹, da instrumentalidade das formas²⁰, da economia processual²¹, da adaptabilidade procedimental²² e da fungibilidade de meios²³. Afinal, a conservação e o aproveitamento dos atos processuais, ao invés

-
- 18 De acordo com o art. 250, *caput*, do CPC, “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais”. É dispõe o parágrafo único que “dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”. Note-se que o legislador determina a observância da forma legal *tanto quanto possível*.
- 19 O § 1º, do art. 249, do CPC, determina que “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”. O § 2º, por sua vez, prevê que “quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.
- 20 Eis a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, “o fenômeno processual sofre intensa influência do mundo exterior. Até mesmo ideias não-jurídicas podem ser validamente utilizadas para compreensão de institutos típicos do processo. A noção de ‘instrumentalidade das formas’ como mecanismo destinado a conferir validade a atos processuais viciados – o que implica valorizar o fim em detrimento da tipificação legal – pode ser comparada à interessante ideia filosófica da permuta civilizatória, segundo a qual o progresso e os ganhos objetivos decorrentes do bem-estar podem representar perda subjetiva da felicidade, mas constituem opção da sociedade. Também em direito processual, entre dois valores – forma o ato processual e objetivo a ser alcançado –, adota-se este último sem qualquer hesitação. Não obstante a forma seja valor importante no processo, pois é garantia de ordem, segurança e liberdade, o rigor formal deve ser abandonado sempre que conflitar com os objetivos do próprio ato, desde que isso não comprometa os outros valores também assegurados pela prévia descrição do modelo legal” (*Efetividade do processo e técnica processual*. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 58-59).
- 21 CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO afirmam que “se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais” (Teoria geral do processo, 17ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2001, p. 72).
- 22 José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, afirma o seguinte: “nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo” (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60). Apesar de este lição tratar da adaptabilidade procedimental tendo em vista as necessidades do direito material, este princípio também deve ser aplicado com o objetivo de dar efetividade às garantias constitucionais do processo, dentre elas a da duração razoável.
- 23 O princípio da fungibilidade deve ser aplicado, de regra, quando houver incerteza sobre qual o meio processual adequado. Contudo, de acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, “mais que a incerteza quanto ao meio processual a ser utilizado para o exercício de faculdade ou para o cumprimento de ônus processual, é preciso verificar se o equívoco causou algum prejuízo aos objetivos do instrumento, bem como aos princípios que o informam”. (*Efetividade do processo e técnica processual*. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122). Contudo, adverte o jurista que “é preciso atentar, ainda, para a possibilidade de má-fé, representada pela opção por meio inadequado quando já preclusa a possibilidade de utilização do correto. Com o objetivo de evitar eventuais abusos, revelam-se muito úteis as noções de ‘dúvida objetiva’ e ‘erro inescusável’” (idem, *ibidem*, p. 123). Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta a inconveniência da manutenção de raciocínios rigorosos que aumentam a distância entre os resultados prometidos pelo direito material e os que o processo terá produzido. Afirma também que “a constatação no sentido de que raciocínios mais flexíveis podem levar-nos a melhores soluções, no plano do processo passa necessariamente pelo desprezo da regra no sentido de que ‘não há dois caminhos para levar-se a um mesmo lugar’” (*Fungibilidade de “meios”, uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. Em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Vol. 4 / coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: RT, 2001, p. 1.091/1.092). O STJ, por exemplo, vem decidindo reiteradamente que a arguição de incompetência relativa no corpo da contestação constitui mera irre-

da decretação de nulidade e repetição desses atos – ou mesmo do processo –, representa um grande passo para se chegar à tutela jurisdicional em tempo razoável.

Considerando que o direito à duração razoável do processo não é dirigido apenas ao legislador, conforme já anotado, os juízes não podem aguardar de braços cruzados as eventuais reformas legislativas. Ao contrário, tal garantia determina que se busque a aceleração do procedimento à luz das técnicas processuais disponíveis.

2. O RÉU E A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E TEMPESTIVA

Conforme bem lembrado por José Roberto dos Santos Bedaque, “a necessidade de conciliar os interesses opostos das partes e os respectivos mecanismos processuais destinados a protegê-los exige maior reflexão a respeito de determinadas posturas e posições, voltadas exclusivamente para beneficiar um dos pólos da relação processual”.²⁴ Enfim, há muito está ultrapassada a ideia de *processo civil do autor*.

Portanto, deve ser analisada a possibilidade de o réu obter tutela jurisdicional, não apenas nos casos em que a lei lhe faculta a dedução de pretensão no mesmo processo em que é demandado, mas também naqueles em que sua atividade se limita ao oferecimento de resistência à pretensão deduzida pelo autor.

2.1. TUTELA JURISDICIONAL

O Estado ampara os seus cidadãos mediante *tutela jurídica* que, no sentido mais amplo, “é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situ-

gularidade. Conquanto o fundamento mais utilizado seja a aplicação da *instrumentalidade* (CC 86.962/RO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 03.03.2008), incide também nesse caso a *fungibilidade de meios*, até porque são princípios umbilicalmente ligados. Sobre o mesmo assunto, discorrendo sobre *conversão e fungibilidade*, Sidnei Amendoeira Jr. observa utiliza a expressão *fungibilidade de meios* “para incluir essas duas situações diferentes: aquelas em que o sistema, por ação ou omissão, pôs à disposição das partes mais de um meio processual para atingir um determinado fim e também para aqueles casos em que, apesar de inexistir liberdade, diversidade de meios processuais à disposição da parte ou dúvida objetiva, ou seja, mesmo existindo apenas um meio processual adequado para a situação, é possível aproveitar a ato praticado pela parte, convertendo-o no meio adequado ou ignorando a atipicidade por não ser a mesma relevante” (*Fungibilidade de meios*. – São Paulo: Atlas, 2008. – [Coleção Atlas de processo civil / coord. Carlos Alberto Carmona], p. 11)

24 *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 82.

ações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio”.²⁵

Essa tutela jurídica apresenta-se em dois planos: o da definição de regras reguladoras da convivência e o da efetivação dessas regras. Responsável pelo primeiro plano é a função legislativa; pelo segundo, são responsáveis as funções administrativa e jurisdicional. Estas últimas são essencialmente dinâmicas, porquanto aptas à produção de resultados concretos e efetivos na vida das pessoas; aquela é estática, pois por si só nem sempre se apresenta apta para tal.²⁶

Interessa-nos neste momento a *tutela jurisdicional* entendida como *resultado* da atividade jurisdicional, não podendo, portanto, ser confundida com o *serviço* prestado pelo Estado-juiz.²⁷

De acordo com FLÁVIO LUIZ YARSHELL,

*parece não haver dúvida de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor. Nessa medida, é inegável que a locução tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento.*²⁸

Há doutrinadores que ressaltam o seu aspecto formal – mas sem descurar do seu objetivo –, conceituando tutela jurisdicional como “o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.”²⁹

25 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional*, Revista Forense vol. 334, p. 25.

26 Idem, ibidem, p. 27.

27 Idem, ibidem, p. 27.

28 *Tutela jurisdicional*. – São Paulo: Atlas, 1998, p. 28.

29 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 4ª ed. rev. e ampl.. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36. O mesmo autor, em outra obra, mais uma vez privilegiando a forma sem ignorar o *resultado*, lembra que “a tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. A modalidade de tutela processual depende única e exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita. Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela

Outros, diversamente, preferem a denominação *técnica processual* para definir os *instrumentos* utilizados pelo Estado-juiz para alcançar o *resultado* desejado pelo processo, qual seja a pacificação com justiça.³⁰

A doutrina tradicional costumava apontar a tutela de *direitos* como o escopo do processo, ou seja, este teria a finalidade de *proteger direitos subjetivos*. Isso ocorria porque a questão era analisada sob a ótica da teoria imanentista do direito de ação, ou, se o caso, de acordo com a concretista, e também porque se via o processo como um instrumento apenas à disposição do *autor*.³¹

Ocorre que o nosso sistema adotou a teoria eclética do direito de *ação* e o processo não deve ser visto como um modo de exercício de direitos do autor, mas sim como um instrumento *do Estado* para o exercício da função jurisdicional,³² pouco importando se por trás dele existe ou não algum direito subjetivo a ser reconhecido, a quem quer que seja. Afinal, tem-se como um dos principais escopos do processo a pacificação social com justiça³³, proveniente da solução dos conflitos que

formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 13). Sobre a abrangência do conceito, seguindo essa mesma linha, FLÁVIO LUIZ YARSELL assim esclarece: “Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – *tutela jurisdicional* – para com ela designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A *tutela*, então, pode também ser dividida no próprio *instrumento*, nos atos que o compõem e bem ainda nos ‘princípios’, ‘regramentos’ ou ‘garantias’ que lhe são inerentes” (op. cit., p. 30-31).

30 De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI, “(...) A sentença e os meios de execução, portanto, são apenas técnicas processuais para uma adequada prestação da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito *do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem” (*Técnica processual e tutela dos direitos*. – São Paulo: RT, 2004, p. 147).

31 DINAMARCO, op. cit., p. 20.

32 Idem, ibidem, p. 20-21. Em outra obra, o mesmo autor ressalta o seguinte: “Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Diziam-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do *processo civil de resultados*, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais” (*Instrumentalidade do processo*, 13ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180).

33 Sobre o assunto, DINAMARCO destaca que “não se busca o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados; e indispensável, para o cumprimento da função

surtem entre os membros da sociedade, independentemente do reconhecimento de direitos aos seus protagonistas. Até porque o conflito pode residir justamente na existência ou inexistência de algum direito subjetivo.

Portanto, seja sob a ótica do *resultado*, seja sob o aspecto dos *instrumentos* ou, ainda, considerando-se ambos, será outorgada tutela jurisdicional àquele que tiver *razão*, independentemente do reconhecimento – e até mesmo da existência – de algum direito subjetivo. Em outras palavras, também haverá tutela jurisdicional nos casos de improcedência do pedido do autor. Aliás, até mesmo o vencido, de certa forma, recebe uma tutela jurisdicional, na medida em que se definem os limites do justo e do razoável para o seu sacrifício em prol do direito reconhecido ao vencedor.³⁴

2.2. TUTELA JURISDICIONAL A FAVOR DO RÉU

Partindo-se da conclusão alcançada no item anterior, infere-se que ao réu é concedida tutela jurisdicional não apenas nos casos em que ele exerce pretensão (v.g., reconvenção e pedido contraposto), mas também quando o pedido do autor é julgado improcedente.

A sentença de improcedência tem natureza declaratória negativa³⁵, onde o Estado-juiz reconhece *razão* ao réu no conflito levado ao seu conhecimento, de acordo com as regras de direito substancial. Portanto, também nesse caso o direito material é tutelado.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL, abordando o tema da tutela jurisdicional em favor do demandado, afirma que

a prestação da tutela estatal, na subespécie tutela jurisdicional, realiza-se independentemente do conteú-

pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos (...). Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (Idem, *ibidem*, p. 190-191)

34 Cf. DINAMARCO, em *Tutela jurisdicional* ..., p. 29.

35 À exceção da que julga improcedente a *declaratória negativa*, pois neste caso a sentença teria efeito positivo (Cf. DINAMARCO, *idem*, *ibidem*, p. 35).

do do resultado proporcionado pelo exercício da citada atividade, de sorte que aquela primeira ocorre em favor de ambos os litigantes e, por essa razão, mesmo em face do vencido. Isso porque a atuação da vontade concreta do direito, a eliminação do conflito (de que resulta a pacificação) e a afirmação do poder estatal não conhecem vencedor ou vencido; simplesmente operam-se para ambos³⁶

No mesmo sentido, DINAMARCO assevera que “sempre que a demanda do autor é rejeitada pela sentença de mérito (*ação improcedente*), o réu recebe uma tutela jurisdicional oposta e de intensidade semelhante à que o autor teria recebido em caso de improcedência”.³⁷

Ainda segundo DINAMARCO, a possibilidade de o réu obter tutela jurisdicional em seu favor decorre da característica da *bipolaridade do processo de conhecimento*, revelada pela incerteza quanto ao seu resultado, pois depende de quem se mostra apoiado pelo direito material. Isto não ocorre no processo de execução, onde já se sabe de antemão que a tutela consistente na satisfação do direito somente será outorgada em favor do exequente, jamais em prol do executado. Daí porque se fala na característica do *desfecho único* do processo de execução.³⁸

LEO ROSEMBERG também afirma que a rejeição da demanda do autor certamente implica concessão de tutela jurídica em favor do demandado, ainda que desvin-

36 *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. – São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 19.

37 *Tutela jurisdicional ...*, p. 35. Também nesse sentido, MARINONI ressalta que “a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória reconhecem o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta a tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional)” (*Técnica processual ...*, p. 146). Sobre o assunto, eis a lição de GIUSEPPE CHIOVENDA: “Si el actor no tiene acción, su demanda es infundada y, como tal, rechazada. La sentencia en este caso *absuelve al demandado de la demanda*. En la fórmula *desestimación de la demanda o absolución de la demanda* está implícita la negación de la acción. Si la sentencia niega la acción por defecto de interés, *niega simplemente el poder jurídico de pedir la actuación de la ley*; si niega la acción por falta de derecho (...) o de calidad, *niega la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor*. Si el actor había pedido la declaración negativa de un derecho del demandado, la sentencia desestimatoria *niega la inexistencia*, es decir, afirma *la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al demandado*. En este último caso, la sentencia desestimatoria contiene declaración positiva a favor del demandado (...). pero también en los otros casos actúa la ley a favor del demandado, le reconoce y atribuye un bien, cual es la certidumbre de no estar sometido a la acción del adversario” (*Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, trad. espanhola de E. Gómez Orbaneja. – Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1948, p. 340).

38 *Instituições ...*, vol. III, p. 31-32.

culada de uma *pretensão* deduzida em Juízo, já que esta, de regra, não é deduzida pelo réu.³⁹

O direito a tutela jurisdicional a favor do réu nos casos de improcedência difere do direito garantido ao autor, pois este último está ligado à existência de uma pretensão deduzida em juízo, ou seja, precede o processo onde se busca o seu reconhecimento. No caso do réu, o direito a tutela jurisdicional não existe antes e nem fora do processo, mas tão-somente em razão dele e enquanto ele estiver pendente. Por isso é que a natureza da tutela concedida ao réu, nesses casos, sempre será declaratória, independentemente do direito material discutido em juízo.⁴⁰

Cumprе observar, ainda, que não apenas quando a sentença resolve o mérito, julgando improcedente o pedido do autor, haverá tutela jurisdicional a favor do réu. Também nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito ocorre esse fenômeno, muito embora em menor intensidade.⁴¹

O nosso sistema adota claramente a tese que garante ao réu uma tutela jurisdicional, especialmente quando prevê a necessidade de sua concordância com o pedido de desistência do processo⁴² formulado pelo autor⁴³. Ora, a homologação

39 Eis a sua lição: "(...) Finalmente, está en contradicción con el derecho vigente admitir una pretensión a la tutela jurídica del demandado de la que al principio no se hablaba en la teoría de esta pretensión, pero a la que sus sostenedores se vieron empujados poco a poco; por lo demás, no es enseñada por todos ellos y algunos hasta la niegan. Y con razón, pues habría que negarla aun cuando se aceptase la pretensión a la tutela jurídica del actor, pues es esencialmente distinta de la éste; no es ni extra ni preprocesal, y carece así justamente de las cualidades que constituirían la esencia: de la pretensión a la sentencia del actor. Ciertamente, cuando la demanda es rechazada por infundada, se le otorga al demandado tutela jurídica; pero para ello no se necesita de una pretensión a la tutela jurídica que le pertenezca. Pero si se plantea una demanda de declaración y el actor no demuestra su interés en la misma, no puede serle otorgada tutela jurídica al demandado mediante el rechazamiento material de la demanda; si bien se ha establecido sin lugar a dudas, por el ataque del actor, su interés en la inmediata declaración; por el contrario, la demanda debe rechazarse como improcedente, es decir, sin otorgamiento de tutela jurídica al demandado. Sobre esta conclusión no existen diferencias de opinión. Han fracasado los intentos de pretensión a la tutela jurídica del demandado. Para esto, ni siquiera se ha considerado que cuando el mismo demandado quisiera impulsar, mediante reconvencción, la declaración de no existencia del derecho pretendido por el actor, estaría de pronto en posesión de la pretensión de tutela jurídica, que no tenía como simple demandado!" (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Angela Romera Vera, Tomo II, Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 63-64).

40 Idem, *ibidem*.

41 Cf. DINAMARCO, *Tutela jurisdicional ...*, p. 36-37.

42 E. D. Moniz de Aragão alerta para o fato de que teria sido melhor o código, no dispositivo em questão, "não falar em desistência da ação e sim em pedido de extinção do processo, por exemplo, pois a este é que se refere a desistência, não à ação, que só pode ser afetada pela renúncia do autor" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed., rev. e atual., vol. II: arts. 154 a 269. – Rio: Forense, 2005, p. 451).

43 "Da alternatividade da tutela jurisdicional a ser outorgada no processo de conhecimento decorre em primeiro lugar a sua bipolaridade alternativa, que se resolve no direito de ambas as partes a ele (direito ao processo) e à emissão da sentença de mérito que ele prepara. Não só o autor o tem, mas de igual modo o réu, a quem a lei oferece inclusive o poder de impedir a extinção do processo pela vontade unilateral

desse pedido depende da concordância do réu justamente porque ele tem, tanto quanto o autor, o direito a tutela jurisdicional, conquanto noutra sentida, qual seja o de declaração da inexistência da pretensão deduzida na inicial.⁴⁴

De acordo com o art. 267, § 4º, do CPC, “depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”. Na verdade, o dispositivo deve ser lido da seguinte maneira: “desde que o réu tenha apresentado resistência ao pedido do autor, este não poderá, sem o consentimento daquele, desistir da ação”. Afinal, o consentimento é dispensado quando o réu é revel.⁴⁵

Mas a doutrina diverge a esse respeito. De fato, deve ser levado em conta que a lei não exige a apresentação de resposta para que o réu seja ouvido sobre o pedido de desistência.⁴⁶ Além disso, a revelia induz, de regra, apenas a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, o que nem sempre conduz à procedência do pedido.

do autor: o dispositivo que condiciona a desistência da ação à anuência do réu (...) é visível manifestação dessa bipolaridade que rege o direito ao processo. Tanto ao réu quanto ao autor a lei oferece o direito de esperar legitimamente pela sentença de mérito favorável e, portanto, pela tutela jurisdicional plena que ela em princípio é capaz de proporcionar” (DINAMARCO, *Instituições ...*, vol. III, p. 32).

- 44 Nesse sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO: “O § 4º do art. 267, contudo, exige a concordância do réu quando já transcorrido o prazo para sua resposta. Justificável a exigência. É que a rejeição do pedido do autor significa prestação de tutela jurisdicional para o réu. Tutela jurisdicional, é certo, que pode ser de qualidade diversa daquela pretendida originariamente pelo autor mas, de qualquer sorte, o proferimento da sentença nos moldes do art. 269, I, de ‘rejeição do pedido do autor’ (...) acrescenta, ao patrimônio jurídico do réu, um *quid* suficiente que impõe a sua prévia oitiva. O réu, com efeito, tem inegável interesse no proferimento de uma decisão que lhe favoreça e que, sendo de mérito, inviabiliza que o autor volte a formular aquele mesmo pedido pelo mesmo fundamento em seu detrimento” (*Curso sistematizado ...* vol 2, tomo I, p. 341).
- 45 Sobre o assunto, eis as observações de MONIZ DE ARAGÃO: “Em primeiro lugar, a anuência do réu somente será necessária se este houver respondido à ação. Se revel, evidentemente não terá o direito de se opor à desistência, nem será intimado do requerimento do autor nesse sentido (art. 321). Em segundo lugar, o seu assentimento é necessário a partir do instante em que apresentada a resposta, mesmo que o prazo para a prática desse ato ainda não esteja vencido” (*idem*). No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que “ainda que se tenha ultrapassado o termo do prazo de defesa, mas se o réu permanece inerte, tornando-se revel, não tem sentido exigir seu consentimento para que o autor possa desistir da ação” (*Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 19ª ed., rev. e atual. – Rio: Forense, 1997, p. 313).
- 46 De acordo com CASSIO SCARPINELLA BUENO, “não é necessário, a este respeito, que o réu tenha efetivamente apresentado qualquer resposta. Não é esta a exigência feita pela regra. Basta que o réu, devidamente citado, tenha tido oportunidade plena de apresentar as suas defesas. É esta possibilidade de se defender que satisfaz a exigência *constitucional* da ampla defesa (...). Assim, porque o réu, citado, integra o processo para todos os fins, para dele *participar* amplamente em busca de tutela jurisdicional a seu favor, a ‘desistência’ admitida pelo inciso VIII do art. 267 impõe a sua prévia concordância. Se o réu que não apresentar qualquer defesa – um réu revel, portanto – tiver advogado constituído nos autos, o seu advogado será intimado para se manifestar sobre a desistência pretendida pelo autor (art. 322, *caput*). Caso contrário, a melhor interpretação, por força das considerações aqui expostas, fortes no ‘modelo constitucional do processo civil’, é que o réu seja pessoalmente intimado para se manifestar sobre aquele pedido, não se aplicando, por isso mesmo, a ressalva que consta do *caput* daquele mesmo dispositivo” (*Curso sistematizado ...* vol 2, tomo I, p. 341).

Não bastasse, o réu revel poderá comparecer posteriormente ao processo (CPC, art. 322, parágrafo único) e produzir provas – ressalvados os casos de preclusão⁴⁷ – podendo, assim, influenciar decisivamente no resultado do processo. Portanto, ainda que seja revel, o réu poderá obter tutela jurisdicional em seu favor, bastando que a pretensão do autor seja rejeitada.

Porque o processo de execução caracteriza-se pelo desfecho único, onde a atividade jurisdicional desenvolve-se exclusivamente em benefício do exeqüente, as regras sobre a desistência são diversas. Dispõe o art. 569, *caput*, do CPC, que “o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”.

Esse dispositivo revela o *princípio da disponibilidade da execução*, segundo o qual “o exeqüente tem a disponibilidade da ação de execução, podendo dela desistir, no todo ou em parte, independentemente da concordância do executado, que se presume”.⁴⁸

O parágrafo único, que trata do destino dos embargos quando houver desistência da execução, em nada altera o princípio da disponibilidade. Caso os embargos tenham como objeto apenas vícios formais do processo de execução, serão automaticamente extintos (alínea *a*), já que não mais haverá interesse processual para o prosseguimento. Se os embargos forem *de mérito*, ou seja, se atacarem o título executivo, então a extinção deles – e não da execução – “dependerá da concordância do embargante”. Em outras palavras, a anuência do embargante é necessária tão-somente em relação à extinção dos embargos. A extinção da execução, pouco importando o objeto dos embargos, depende exclusivamente da vontade do exeqüente.⁴⁹

47 Segundo RITA GIANESINI, “a produção de provas pelo réu revel encontra dois limites: um temporal, preclusão do prazo para requerer a sua proposição ou para produzi-la. O pedido de realização de prova poderá, porém, ser suprido pelo formulado pelo autor e deferido, ou pela determinação de ofício do magistrado ou por motivos supervenientes. O segundo limite relativo ao conteúdo da prova, é que deverá cingir-se aos fatos deduzidos pelo autor na inicial” (*Da revelia no processo civil brasileiro*. – São Paulo: RT, 1977, p. 123).

48 Cf. ZAVASKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed. – São Paulo: RT, 2004 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; 42), p. 97-98.

49 “Formulada a desistência da execução no curso de oposição de mérito (...) o devedor há de ser consultado, nos embargos, pois o juiz extinguirá a execução, sobre seu interesse no prosseguimento da oposição. Eventual objeção impede somente a extinção dos embargos” (ARAKEN DE ASSIS, *Comentários ao código de processo civil*, vol. VI, 2ª ed. – Rio: Forense, 2004, p. 71).

As alterações determinadas no sistema processual, operadas na mais recente reforma do CPC, reforçam a tônica da conclusão de que a improcedência do pedido do autor implica tutela jurisdicional em favor do réu.

O art. 475-N, I, do CPC, com a redação determinada pela lei 11.232/05, dispõe que é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar ou pagar quantia”.

Importa destacar que a jurisprudência vem entendendo que a sentença de improcedência do pedido de declaração de inexistência de um determinado débito constitui título executivo em favor do réu, quando identificados em seu bojo os elementos da obrigação: sujeitos, prestação, liquidez e exigibilidade.⁵⁰

Conclui-se, pois, que autor e réu têm o mesmo direito a tutela jurisdicional no processo de conhecimento, inclusive com a possibilidade de formação de título executivo judicial em favor do segundo, mesmo nos casos em que ele não exerce pretensão e assume posição ativa.

2.3. A NECESSIDADE DE EVITAR OS DANOS CAUSADOS AO RÉU PELAS DEMANDAS MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES.

Infelizmente, é cada vez maior o número de demandas desprovidas de fundamentação minimamente razoável, propostas por pessoas que pretendem obter alguma vantagem indevida (adiar o pagamento de uma dívida, por exemplo), abusando da notória lentidão da marcha processual. Ou então, por ilusão ou assessoramento deficiente, deduzem pretensões manifestamente improcedentes e fadadas ao insucesso, como, por exemplo, algumas das inúmeras ações de indenização por danos morais, muito comuns no dia a dia do foro e que, desde o início e evidentemente, sabe-se que não alcançarão o resultado pretendido.

Nesses casos, a angústia, o sofrimento psicológico, os prejuízos econômicos e até mesmo a miséria afetam o réu. Portanto, se é certo que o autor tem o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, também é certo que o réu tem o direito de não ser demandado e não ter a sua privacidade violada sem que a pretensão

50 Ver, dentre outros: REsp 1.192.783/RS.

deduzida pelo primeiro tenha uma razoabilidade mínima. Afinal, seus direitos fundamentais também devem ser respeitados.

O problema da demora na prestação jurisdicional vem sendo resolvido pelas tutelas de urgência, principalmente pela tutela antecipada, ainda que de maneira não plenamente satisfatória. Mas não se pode olvidar que a garantia da duração razoável do processo também socorre o réu. Portanto, se diante da *evidência* do direito do autor o sistema lhe permite, por meio das técnicas processuais das tutelas de urgência, a fruição liminar do bem da vida – fazendo cessar a angústia e o sofrimento psicológico e minorando os seus prejuízos – o mesmo deve ser proporcionado ao réu, conquanto por meios diversos, preservando-se o tratamento isonômico dispensado às partes.

Em outras palavras, diante de pretensões *manifestamente infundadas*, deve ser inibida a agressão à privacidade do réu – e eventualmente ao seu patrimônio – o mais rápido possível.

Sobre o assunto, observa a doutrina:

Há situações em que uma tutela desfavorável ao autor, porém tempestiva, tem muito mais aptidão de garantir a pacificação social como resultado buscado pelo processo do que uma tutela favorável proferida após anos e anos de embate judicial pelas partes, acabando por tornar-se inútil em virtude do longo lapso temporal transcorrido sem a efetivação do direito reconhecido na sentença. Disso decorre que, no caso concreto, em situações nas quais o magistrado for se valer da hermenêutica para dar eficácia e plena aplicabilidade à norma constitucional que prevê a tutela jurisdicional tempestiva, deverá observar não só os interesses do autor na rápida solução do litígio, como também o mesmo direito do réu.⁵¹

Tanto o autor que exerce o direito de ação, quanto o réu que se defende, têm igual pretensão de tutela jurídica – conquanto em sentidos opostos –, ou seja, idêntico direito de obter uma sentença de mérito, como decorrência da garantia consti-

51 SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC nº 45/2004*. In *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004*, Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alí*, São Paulo, RT, 2005, p. 36.

tucional da ampla defesa. O autor pede e o réu *impede*⁵², ambos amparados em direitos fundamentais reconhecidos na Constituição.

Portanto, também é direito fundamental do réu o acesso a uma tutela jurisdicional tempestiva, mormente quando a pretensão do autor é *evidentemente infundada*, caso em que a não-razoável duração do processo prejudica a efetividade da tutela jurisdicional sob a sua perspectiva.⁵³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1932.

ASSIS, Araken de. **Comentários ao código de processo civil**, vol. VI, 2. ed. – Rio: Forense, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. – São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (*tentativa de sistematização*), 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, 4. ed. rev. e ampl.. – São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**, 2: tomo I. – São Paulo: Saraiva, 2007.

52 Expressão utilizada por CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. – São Paulo: Malheiros, 17. ed., 2001, p. 273. Segundo a lição dos autores, “o modo de entender a ação influi, sem dúvida, sobre o modo de conceituar a exceção. Quem define a ação como direito à sentença favorável logicamente concebe a exceção como direito de obter a rejeição da ação; quem entende a ação como direito à sentença de mérito naturalmente define a exceção como direito à sentença sobre o fato extintivo ou impeditivo a que se refere a exceção; quem distingue entre o poder genérico de agir (constitucional) e ação (processual) concebe analogamente a exceção, em face do direito genérico de defesa” (p. 172-273).

53 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ressalta que “assentado que a tutela jurisdicional plena será outorgada sempre àquele dos litigantes que tiver razão segundo os ditames do direito substancial, segue-se que a tutela ministrada ao réu em caso de improcedência da demanda do autor consiste em aliviá-lo da pretensão deste” (*Fundamentos do processo civil moderno*, 5. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002, tomo II, p. 828).

CARVALHO, Fabiano. *EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo - in Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004* – coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.] – São Paulo: RT, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 17. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal)*. Em **O processo na Constituição**. MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, 1 ed., 2. tiragem. – São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Tutela Jurisdicional**, Revista Forense, vol. 334.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II. – 4. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III. – 3. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**, 5. ed., vols. I e II. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIANESINI, Rita. **Da revelia no processo civil brasileiro**. – São Paulo: RT, 1977.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Razoável duração do processo / Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004** – coord. Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al]. – São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. – 4. ed. – São Paulo: RT, 2000.

_____. **Direito à tempestividade da tutela jurisdicional**. GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, vol. 17, julho/setembro de 2000.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. – São Paulo: RT, 2004.

- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 10. ed., rev. e atual., vol. II: arts. 154 a 269. – Rio: Forense, 2005.
- ROSEMBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, trad. de Angela Romera Vera, Tomo II, Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC nº 45/2004. In Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004*, Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al., São Paulo, RT, 2005.
- TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). **Reforma do Código de Processo Civil**. – São Paulo: Saraiva, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, 19. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Fungibilidade de “meios”, uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. Em **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. Vol. 4 / coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: RT, 2001.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. – São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- _____. **Tutela jurisdicional**. – São Paulo: Atlas, 1998.
- ZAVASKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral**. 3. ed. – São Paulo: RT, 2004 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; 42).

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013002018558-3

Relator Designado – Des. Alfeu Machado

Primeira Turma Cível

EMENTA

Civil. Consumidor. Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Danos morais e materiais decorrentes de rompimento de prótese mamária. Relação de consumo. Desconsideração da personalidade jurídica. Obstáculos à satisfação do crédito. Evidências de extinção irregular da atividade empresarial. Possibilidade. Art. 28, *caput* e §5º, do CDC.

1. É manifesta a existência de relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, na ação que visa à reparação de danos materiais e morais pelo rompimento de prótese mamária fornecida no mercado de consumo pela empresa ré, e adquirida pela autora como destinatária final.

2. O ente jurídico não pode servir de escudo para frustrar a satisfação do crédito quando presente a hipótese legal que permite a desconsideração de sua personalidade. Tampouco pode o sócio se valer da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para se furtar às responsabilidades decorrentes do processo executivo.

3. Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os bens dos sócios, se a personalidade jurídica do devedor for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (CDC, art. 28, § 5º), sobretudo se evidenciada a extinção irregular da empresa, que averba a dissolução da sociedade na Junta Comercial sem proceder à indispensável liquidação, nos termos do art. 1.036, do Código Civil.

4. Na hipótese dos autos, havendo a extinção irregular da sociedade empresária, decorrente da ausência de sua liquidação, ocasionando óbice intransponível a satisfação de direito de consumidor, é de rigor a desconsideração da personalidade jurídica, com fulcro no art. 28, *caput* e §5º do CDC, máxime, quando no termo de

distrato os sócios da empresa se declaram pessoalmente responsáveis pelos débitos remanescentes.

5. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Flávio Rostirola – Relator, Alfeu Machado – Vogal, Leila Arlanch – Vogal – sob a presidência do Senhor Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: agravo conhecido; provido, por maioria; redigirá o acórdão o 1º Vogal; de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 07 de Novembro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por E.C.C. contra a r. decisão retratada à fl.143, proferida pela MM. Juíza da Quinta Vara Cível de Brasília/DF, que, na ação de indenização por danos materiais e morais, autos 2007.01.1.047538-0, atualmente em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de descon sideração da personalidade jurídica da executada Bufaiçal Representações Ltda., nos seguintes termos (fl. 143):

“Conforme se observa da certidão de fl. 572, a empresa executada foi extinta antes mesmo de ser consolidada a obrigação constante dos autos.

É sabido que a extinção regular de empresas não constitui de ato simples e de rápida realização, porquanto consubstanciam-se em uma série de formalidades as quais dependem de um considerável decurso de tempo para sua concretização.

Considerando que o último arquivamento na Junta Comercial se deu em 26.02.2010 e que a obrigação constante do julgado comente se firmou com o trânsito em julgado, datado de 10.12.2012, ou seja, muito antes da consolidação da obrigação, não se pode falar na existência de pessoa jurídica vinculada

à referida dívida. Ainda, não havendo pessoa jurídica, não há o que se falar em sua desconsideração, por falta de substrato para tanto. Nesse contexto, indefiro o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada, porquanto inexistente a referida pessoa, bem como em razão de inexistirem indícios de fraude uma vez que a empresa foi regularmente extinta. Preclusa a oportunidade recursal, voltem os autos conclusos para extinção”.

Inconformada, a Autora, ora Agravante, interpõe o presente recurso de agravo, com pedido de efeito suspensivo ativo, aduzindo, entre outras alegações, que “o fato da empresa se encontrar extinta, como ocorre no caso em comento com a empresa agravada, não enseja a extinção das obrigações e direitos que lhe estavam destinados e foram contraídos enquanto perduraram suas atividades e sobeja incólume a personalidade jurídica” (fl.15).

Argumenta que a aludida sociedade empresária teria sido extinta em fevereiro de 2010, logo após a r. sentença executada haver sido proferida, sendo que a dissolução da referida sociedade, na Junta Comercial de Goiás/GO, não teria sido informada ao Juízo de origem. Acrescenta que essa dissolução não teria observado a formalidade prevista no art. 1.103, IV, do Código Civil, deixando-se de apurar o ativo e o passivo para liquidação.

Sustenta que o próprio instrumento de distrato social, juntado às fls.154/155, seria expresso acerca da responsabilidade dos ex-sócios pelo ativo e passivo supervenientes à dissolução questionada.

Destarte, pugna pela concessão de efeito suspensivo ativo ao r. *decisum* agravado, de forma que seja determinada a imediata desconsideração da personalidade jurídica, com a imediata responsabilização dos ex-sócios.

Preparo à fl.27.

Intimação da r. decisão às fl.144.

Indeferiu-se a liminar às fls.166/171.

Informações à fl.180.

Às fls.176/179, a Agravante pede reconsideração da decisão que indeferiu o reclamado efeito suspensivo.

Pedido de reconsideração indeferido à fl.182.

Sem contraminuta (fl.181).

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) – Conheço do recurso, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Permito-me reiterar os termos pelos quais INDEFERI a reclamada liminar.

Cediço que a aquisição de personalidade jurídica pela sociedade ocorre com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, de seus atos constitutivos, sobrelevando notar que, em se tratando de sociedade empresária limitada, o seu ato constitutivo corresponde ao contrato de sociedade. Por outro lado, a extinção da sociedade somente se opera com o cancelamento do respectivo registro, após a regular liquidação, com a apuração do ativo e do passivo, com o rateio do patrimônio remanescente entre os sócios e a posterior baixa no registro.

A esse respeito, dispõe o atual Código Civil:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.”

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).”

Art. 1.036. Ocorrida a dissolução, cumpre aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante, e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente. Parágrafo único. Dissolvida de pleno direito a sociedade, pode o sócio requerer, desde logo, a liquidação judicial”.

Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembléia. Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de trinta dias, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber.

Na linha do que ensina abalizada doutrina, da personalização decorrem vários efeitos, merecendo especial destaque, *in casu*, a autonomia patrimonial da sociedade empresária, a qual permite distinguir o patrimônio social do patrimônio individual dos sócios¹. De tal sorte, constituindo a sociedade sujeito de direitos e obrigações distinto daqueles que celebraram o contrato social, na hipótese de a pessoa jurídica possuir dívidas, o seu patrimônio é que responderá, em regra, perante os seus credores. Apenas, em caráter excepcional, admite-se a responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais.

Nesse descortino, constata-se que a desconsideração da personalidade jurídica consiste em exceção a tal regra geral, de maneira que “A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica” (*AgRg no REsp 1.173.067/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 19/6/2012*). (...). (*AgRg no AREsp 133.405/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 26/08/2013*).

Deveras, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard theory* – depende, como o próprio nome indica, da existência de uma pessoa com personalidade jurídica própria, o que não se ocorre na hipótese em tela, em que houve a extinção da sociedade empresária Bufaiçal Representações Ltda. – inclusive com baixa no registro competente em 26 de fevereiro de 2010, conforme documento de fl.134, ainda que, no mesmo período, em que proferida a

1 SOUSA, Sueli Baptista de. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 50-52.

r. sentença exequenda, a qual somente veio a transitar em julgado em 10.12.2012 (fl.85).

Sobreleva notar que, operada a dissolução – esta compreendida como “[...] um procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária, isto é, o conjunto de atos necessários à sua eliminação, como sujeito de direito”² –, a sociedade Bufaiçal Representações Ltda. deixou de possuir personalidade jurídica, de modo que, no meu entender, inviável desconsiderar, a princípio, algo que já não mais existe.

Acrescento não desconhecer a jurisprudência pátria e o próprio sentido das disposições legais, sobretudo os artigos 1.103, IV, e 1.109 do Diploma Material Civil, segundo os quais, em se tratando de dissolução irregular da sociedade empresária, viável a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Nada obstante, *a priori*, não é essa a hipótese dos autos, seja porque a cessação das atividades da sociedade empresária foi precedida de baixa na Junta Comercial – tal como exposto alhures –, seja porque não se pode afirmar com precisão, em sede de análise não exauriente da lide, a ocorrência de dissolução irregular da questionada sociedade empresária.

Nesse sentido, esta nobre Primeira Turma já se manifestou a respeito. Confira-se:

CIVIL. COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. PEDIDO INDEFERIDO. MERA DIFICULDADE ACERCA DA LOCALIZAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional. Não basta a simples execução frustrada para autorizar a enérgica constrição em relação ao patrimônio dos sócios. 2. Uma vez não comprovado que a empresa tornou-se inadimplente e sem bens para satisfazer suas dívidas por conduta dolosa dos sócios, ou mesmo que tenha sido constituída com a finalidade de fraudar e lesar credores ou para desenvolver atividades ilícitas, repele-se hipótese de desconsideração de personalidade. 3. Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão 658153, 20120020280425AGI, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Tur-

2 COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 142.

ma Cível, Data de Julgamento: 28/02/2013, Publicado no DJE: 05/03/2013. Pág.: 346)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DE ATIVOS EM CONTAS BANCÁRIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS DILIGÊNCIAS ACERCA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O afastamento do véu da personalidade jurídica, a fim de se atingir o patrimônio pessoal dos sócios, é excepcional e condicionado à demonstração do abuso de direito (gênero do qual a dissolução irregular é espécie) e da confusão patrimonial.

2. A simples inexistência de ativos financeiros em contas bancárias do devedor, aliada à ausência de demonstração do encerramento irregular das atividades da sociedade empresária e a não realização de diligências com vistas a descoberta de outros bens passíveis de penhora, não ampara a desconsideração da personalidade jurídica.

3. Agravo de instrumento conhecido e improvido. (Acórdão 711735, 20130020168733AGI, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/09/2013, Publicado no DJE: 19/09/2013. Pág.: 69)

Essas as razões por que nego provimento ao agravo de instrumento, para manter incólume a r. decisão recorrida.

É o meu voto.

Des. Alfeu Machado (Vogal) – Peço vista.

Desa. Leila Arlanch (Vogal) – Aguardo.

DECISÃO PARCIAL

Conhecido. O eminente Relator negou provimento, o 1º Vogal pediu vista e o 2º Vogal aguarda.

VOTO VISTA

Des. Alfeu Machado (Vogal) – Trata-se de agravo de instrumento interposto por E.C.C., contra a r. decisão de fl. 143, proferida pelo Juízo da Quinta Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília, que, nos autos de ação de reparação de danos ajuizada contra Bufaiçal Representações Ltda., que se encontra em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, formulado em face da extinção da sociedade empresária, sem que tenha sido quitado o crédito ao qual a agravante faz jus.

Na decisão agravada foi considerado regular o encerramento da sociedade empresarial, apenas pelo fato de ter sido registrado o ato na junta comercial, o que, no entendimento do Juízo *a quo*, basta para impedir a desconsideração da personalidade jurídica, e fundamentar a extinção do processo em fase de cumprimento de sentença, frustrando, em definitivo e de forma absoluta, o direito que a consumidora agravante possui dever seu crédito adimplido.

Sustenta a agravante, em síntese, que após a prolação de sentença condenando a agravada ao pagamento de danos morais e materiais, decorrentes de fato do produto, ocasionado pelo rompimento de prótese mamária importada e comercializada pela recorrida, a empresa agravada averbou o distrato social na junta comercial, com o nítido intuito de frustrar os direitos de seus credores.

Aduz que não pode ser considerado regular o encerramento da atividade empresarial pelo simples registro, se a extinção ocorreu sem que fossem adimplidos os débitos da empresa.

Acrescenta, ainda, que no ato pelo qual os sócios da sociedade empresária formularam o distrato social, restou expressamente consignado que ambos os sócios permaneceriam pessoalmente responsáveis pelas dívidas remanescentes da empresas.

Iniciado o Julgamento do agravo por esta colenda Turma, o eminente Desembargador Relator votou pelo desprovemento do agravo de instrumento, ao fundamento de que a relação jurídica estabelecida entre as partes é regida pelo Código Civil, e que não há justificativa para a desconsideração da personalidade, pois houve a

extinção da sociedade empresária mediante averbação do ato na junta comercial, não havendo nos autos prova da extinção irregular da empresa agravada.

Na ocasião, pedi vista dos autos.

É o breve relatório, passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, objetivos e subjetivos, conheço do recurso.

Examinando as circunstâncias que envolvem o caso em apreço, divirjo do entendimento firmado pelo ilustre Desembargador Relator, a quem rogo as mais respeitadas vênias.

O primeiro ponto de divergência diz respeito à natureza da relação jurídica travada entre as partes, que se refere nitidamente a uma relação de consumo.

Com efeito, o pedido de reparação de danos formulado nos autos de origem, e parcialmente acolhidos por sentença transitada em julgado, diz respeito a prejuízos advindos de fato do produto, especificado no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, decorrente do rompimento de prótese mamária fornecida pela empresa agravada.

Sendo a agravante destinatária final do produto fornecido pela agravada (prótese mamária), e sendo a recorrida pessoa jurídica dedicada a atividade comercial de distribuição e comercialização de tal produto, torna-se manifesta a existência de relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º, *caput*, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A existência de ralação de consumo na hipótese dos autos, que foi desconsiderada na decisão agravada e no voto do ilustre Relator, restou expressamente reconhecida por esta colenda Turma no julgamento do recurso de apelação interposto nos autos de origem, ocasião em que restou prolatada a seguinte ementa (fls. 67).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. PRÓTESE MAMÁRIA. ROMPIMENTO. REPRESENTANTE DO FABRICANTE. RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO. HONORÁRIOS PERICIAIS. ANTECIPAÇÃO DAS DESPESAS. RESSARCIMENTO PELO VENCIDO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA.

1. Demonstrada a relação de consumo entre a fornecedora da prótese mamária e a paciente, restam aplicáveis as disposições insertas no Código de Defesa do Consumidor, mormente no tocante à responsabilidade por fato do produto.

2. Nos termos do artigo 13, caput e §1º, da legislação consumerista, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeito decorrente da fabricação do produto que, frise-se, neste caso, é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa.

3. No caso dos autos, demonstrado o dano perpetrado pelo defeito do produto e evidenciado o nexo de causalidade entre o rompimento da prótese mamária, cabe à Recorrente a responsabilidade pelos danos morais e materiais decorrentes.

4. Em observância ao artigo 20 e artigo 23 do Código de Processo Civil, caberá ao vencido o ressarcimento das despesas pagas em antecipação pela parte vencedora.

5. Quanto aos juros moratórios, lecionam o artigo 398 do Código Civil e a súmula 54 do colendo Superior Tribunal de Justiça que, em caso de responsabilidade extracontratual, como na hipótese em apreço, o termo a quo para incidência dos juros de mora deverá ser verificado a partir do evento danoso.

6. Para a condenação na multa por litigância de má fé, deve restar comprovada uma das situações descritas no artigo 17 do Diploma Processual Civil. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da litigância de má-fé depende de que a outra parte comprove haver sofrido dano processual.

7. Negado provimento ao recurso da Ré e dado provimento ao recurso da Autora para determinar que os juros de mora relativos à indenização por danos morais incidam a partir do evento danoso. Mantida a r. sentença quanto ao mais.

(Acórdão 539239, 20070110475380APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: LÉCIO RESENDE, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/09/2011, Publicado no DJE: 04/10/2011. Pág.: 66) (g.n.)

Estando a relação estabelecida entre as partes sujeita às disposições do Código de Defesa do Consumidor, é latente a necessidade de se promover a desconstituição da personalidade jurídica da empresa executada, pois a dinâmica constatada nos autos revela, de forma clara e objetiva, que a sociedade empresária esta sendo utilizada como óbice à satisfação do débito exequendo.

Antes da análise específica das circunstâncias que envolvem o caso em tela, cumpre tecer algumas considerações acerca da teoria da desconstituição da personalidade jurídica.

A matéria possui regulamentação no art. 50 do Código Civil, que dispõe:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

A fraude caracteriza-se quando os sócios fazem mau uso da pessoa jurídica para se desvencilhar de obrigações perante terceiros. O abuso de direito configura nos atos praticados pelos sócios, desrespeitando a vontade de terceiros de boa fé e aos fins dispostos no contrato ou estatuto social da sociedade (desvio de finalida-

de). Já a confusão patrimonial é a inexistência de separação entre o patrimônio do sócio e o patrimônio da sociedade.

Importa destacar que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, porém, surgiu na legislação brasileira, pela primeira vez, com a Lei 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que, notadamente, em seu art. 28 dispõe *in verbis*:

"Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores." (g.n.)

Como se vê, sob a égide da legislação consumerista, a qual se aplica ao caso em análise, a pessoa jurídica poderá ser também desconsiderada sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causados aos consumidores.

Importante ressaltar que "(...) a aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causa, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de

prejuízo causados aos consumidores” (Terceira Turma/ Resp 279.273/SP/ Relator Ministro Ari Pargendler/ Relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 04.12.2003/ Publicado no DJ 29.03.2004, p. 230).

Subjacente aos comandos dos dois dispositivos supramencionados, denota-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica concede ao juiz a possibilidade de desconsiderar a autonomia jurídica da personalidade da empresa e da personalidade de seus sócios, desde que a sociedade tenha sido utilizada para escopos ilegais ou ainda que tenham o condão de causar prejuízos a seus credores, notadamente aos consumidores.

Ocorrendo tal situação, o juiz poderá determinar a constrição sobre os bens dos sócios, a fim de adimplir a dívida da empresa, ou também sobre os bens da empresa para pagar dívidas particulares dos sócios, ou, ainda, sobre bens de uma empresa para pagar dívidas de outra empresa do mesmo grupo.

É certo que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pela qual se autoriza o episódico levantamento do véu da sociedade, excepcionando-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos sócios, é medida que excetua à regra. Logo, a desconstituição exige prova de existência de fraude, de prática de atos com finalidade premeditadamente ilícita, de abuso de direito, de desonestidade, se escondendo o sócio sob a máscara societária com o objetivo de desfrutar de seus inegáveis benefícios, ocultando atos contrários a qualquer regra ética, jurídica e social.

É de se observar, ademais, que o ente jurídico não pode servir de escudo para frustrar a satisfação do crédito quando presente a hipótese legal que permite a desconsideração de sua personalidade. Nesta linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, conforme se vislumbra do seguinte acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. (...) – A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que

consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. – Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.”

(Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 970635/SP/ Relatora. Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 10.11.2009/ Publicado no DJe 01.12.2009)”

Nesse descortino, pelo Código Civil em vigor, quando restar configurado que a pessoa jurídica se desviou dos fins que estabeleceram sua constituição, em decorrência dos sócios ou administradores a utilizarem para alcançarem o escopo distinto do objetivo societário com o intento de prejudicar outrem ou mesmo fazer uso indevido da finalidade social, ou quando houver confusão patrimonial, ou seja, mistura do patrimônio social com o particular do sócio, que tem o condão de causar dano a terceiro, em razão de abuso da personalidade jurídica, o magistrado, a pedido do interessado ou do Ministério Público, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, com o intuito de coibir fraudes e abusos dos sócios que dela se valeram como defesa, sem que essa medida se desdobre numa dissolução da pessoa jurídica.

Volvendo à hipótese vertente, verifica-se a procedência da pretensão deduzida no agravo de instrumento, sendo imperiosa a desconstituição da personalidade jurídica da empresa ré, diante do disposto no art. 28, caput e §5º do CDC, por ter ocorrido o encerramento irregular da atividade empresarial, pois registrada sua extinção na junta comercial sem que fosse procedida sua liquidação, com nítido intuito de frustrar o direito dos credores, tratando-se de hipótese manifesta de utilização da sociedade empresária como obstáculo a satisfação do crédito da agravante, que foi lesada pela empresa, na qualidade de consumidora.

Assim, deixo de acompanhar o entendimento firmado pelo ilustre Relator, a quem rogo as mais respeitosas vênias, pois, de fato, não há como se admitir que uma sociedade empresária, após provocar prejuízos no mercado de consumo, simplesmente encerre suas atividades sem arcar com a responsabilidade advinda de seus atos, impedindo, definitivamente que os consumidores sejam ressarcidos dos prejuízos que sofreram.

Analisando os autos verifica-se que o processo teve início em maio de 2007, sendo que, mesmo tendo sido citada e estando ciente dos prejuízos causados à agravante, a empresa agravada formalizou o distrato societário em 13/01/2010, promovendo seu arquivamento na junta comercial, como se afere dos documentos de fls. 134 e 154/155.

Assim, primeira questão que se deve ressaltar, e que por si justifica a desconsideração da personalidade jurídica com fulcro no art. 28, §5º, do CDC, é que a extinção da pessoa jurídica, antes de ser quitada a indenização da qual a agravante faz jus, representa óbice intransponível à satisfação do direito da recorrente, que se verá impedida terminativamente de ser ressarcida pelos prejuízos que já lhe foram reconhecidos por sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PESSOA JURÍDICA. CONSUMIDOR. OBSTÁCULO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO.

Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os bens dos sócios, se a personalidade jurídica do devedor for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (CDC, art. 28, § 5º), sobretudo se, somada à insolvência da sociedade, há evidências de formação de grupo econômico e o devedor, sem justificativa, retarda o cumprimento da obrigação. Agravo provido.

(Acórdão 696032, 20130020126443AGI, Relator: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/07/2013, Publicado no DJE: 30/07/2013. Pág.: 143)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA DEVEDORA.

“No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/09/2011). Agravo de instrumento conhecido e provido.

(Acórdão 691289, 20130020074917AGI, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/07/2013, Publicado no DJE: 10/07/2013. Pág.: 143) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. EXECUÇÃO. DÉBITO DE CONSUMO. PESSOA JURÍDICA. PENHORA ELETRÔNICA. FRUSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TEORIA MENOR. PRESSUPOSTOS. APERFEIÇOAMENTO. INOCORRÊNCIA. AUTONOMIA PATRIMONIAL. RELEVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A autonomia patrimonial, como instrumento destinado a resguardar a origem e destinação da ficção traduzida na pessoa jurídica, que é viabilizar e estimular as atividades produtivas com separação da pessoa dos sócios da empresa, não é absoluta e inexpugnável, podendo ser desconsiderada quando detectado que a empresa fora conduzida de forma abusiva, abuso de direito ou traduzir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (CDC, art. 28, § 5º). (...)

(Acórdão 525944, 20110020114577AGI, Relator: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/08/2011, Publicado no DJE: 10/08/2011. Pág.: 67) (g.n.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS A CONSUMIDORES. DESCONSIDERAÇÃO. CONSISTÊNCIA JURÍDICA. ART. 28, § 5º, DA LEI 8.078/1990. PENHORA DE BENS PERTENCENTES A SÓCIO. POSSIBILIDADE.

1. Se a personalidade jurídica da empresa constitui obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores, admite-se a sua descon-

sideração, com apoio no art. 28, § 5º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), possibilitando-se a penhora de bens pertencentes a sócio da referida empresa.

2. Agravo provido.

(Acórdão 452377, 20100020073493AGI, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 01/09/2010, Publicado no DJE: 08/10/2010. Pág.: 74) (g.n.)

Não é outra a orientação jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FRUSTRADA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO APOIADA NA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (TEORIA MAIOR). ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATAVA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO ART. 28, § 5º, DO CDC (TEORIA MENOR). OMISSÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC RECONHECIDA.

1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor).

2. Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do art. 28, § 5º, do CDC (Teoria Menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp 1111153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013) (g.n.)

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOÇÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE

RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279.273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230) (g.n.)

Assim, tendo havido o encerramento da atividade empresarial, promovido pela extinção da empresa sem a apuração de seus haveres, e representando tal circunstância óbice intransponível à satisfação dos direitos da agravante, na qualidade de consumidora, é imperativa a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, com fulcro no art. 28, §5º, do CDC.

Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica na hipótese vertente também se justifica pela incidência do art. 28, *caput*, do CDC, pois, pelos documentos que instruem os autos, não se pode ter como regular a extinção da empresa, apenas pelo fato de o distrato social ter sido registrado na junta comercial.

Com efeito, não basta que os sócios de uma empresa endividada realizem um termo de distrato, dividindo entre si os ativos da sociedade, sem que se apure o passivo social, e fim de que seja saldado, como se afere no caso dos autos, pelo termo de distrato de fls. 154/155.

Nesse sentido, o art. 1.036 do Código Civil exige que após a dissolução da sociedade empresarial, seja promovida sua incontinenti liquidação, a fim de apurar o ativo e o passivo empresarial, promovendo a quitação dos débitos e a divisão do ativo remanescente, não podendo os sócios da empresa promoverem a dissolução da sociedade de forma apenas a se dividir o ativo da sociedade, ignorando a existência de obrigações pendentes de cumprimento.

Na lição de André Luiz Santa Cruz: "*É obvio que a liquidação é conduzida com a finalidade de atingir dois objetivos básicos: (i) a realização do ativo, com a venda dos bens da sociedade e a cobrança de seus devedores; e (iii) a satisfação do passivo, com o pagamento de todos os seus credores.* (Direito Empresarial Esquemático, Segunda Edição, Editora Método, pag. 382/383)

Nos termos do art. 1.103, inciso I e parágrafo único, do CPC para se proceder a indispensável liquidação da sociedade após sua dissolução, deve ser nomeado

liquidante, que promoverá a publicação e averbação da respectiva ata, quando ao nome empresarial será acrescido da expressão “em liquidação”.

Diante do exposto, fica claro que a simples averbação do termo de dissolução da sociedade não basta para exonerar a responsabilidade da empresa e de seus sócios, mesmo porque, à junta comercial compete apenas a análise dos aspectos formais do termo de distrato, nos termos do art. 40 da Lei 8.934/94.

No caso dos autos está comprovado que não houve a indispensável liquidação da sociedade empresária, tornando manifestamente irregular a forma pela qual houve a extinção da pessoa jurídica agravada.

Com efeito, a certidão simplificada juntada à fl. 134, datada de 10/04/2013, atesta que a última averbação realizada no registro da empresa foi o termo de distrato, não havendo qualquer menção a liquidação da sociedade

Ademais, na ausência de liquidação da sociedade, não se pode ignorar a previsão expressamente condita no termo de distrato de que os dois sócios C.M.A.P. e A.B.A.P., permanecem responsáveis pessoalmente pelos ativos e passivos supervenientes, o que torna imperativo o direcionamento da execução ao patrimônio dos sócios da empresa.

Nesse sentido é expressa a Cláusula Quarta do termo de distrato de fls. 154/155, que assim dispõe: “*A responsabilidade pelo ativo e passivo porventura supervenientes, fica a cargo dos ex-sócios C.M.A.P. e A.B.A.P., que se compromete, também, manter em boa guarda os livros e documentos da sociedade distratada.*”

Em suma, havendo a extinção irregular da sociedade empresária, decorrente da ausência de liquidação, ocasionando óbice intransponível a satisfação de direito de consumidor, é de rigor a desconsideração da personalidade jurídica, com fulcro no art. 28, *caput* e §5º do CDC, máxime, quando no termo de distrato os sócios da empresa se declaram pessoalmente responsáveis pelos débitos remanescentes.

Diante do exposto, e rogando as mais respeitosas vênias ao ilustre Desembargador Relator, conheço e DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para decretar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada BUFAIÇAL REPRESENTAÇÕES LTDA, com fulcro no art. 28, *caput* e §5º do CDC, a fim de permitir

que os atos executivos sejam direcionados contra o patrimônio pessoal dos ex-sócios da empresa, Sra. C.M.A.P. e Sr. A.B.A.P.

É como voto.

Provejo o agravo.

Desa. Leila Arlanch (Vogal) – Senhor Presidente, peço respeitosa vênia ao Relator, e acompanho o 1º Vogal porque a relação é de consumo e não obstante a empresa ter encerrado suas atividades, não comprovou que quitou os débitos que tinha com seus credores.

■ ■ ■ DECISÃO

Agravo conhecido. Provido, por maioria. Redigirá o acórdão o 1º Vogal.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

2013002017057-7

Relator – Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior

Conselho Especial

EMENTA

Mandado de Segurança. Concurso Público para o cargo de Técnico Judiciário / Área Administrativa, do concurso público do TJDFT (Edital 1/2013). Candidato considerado pela perícia médica inapto a uma das vagas destinadas a portadores de necessidades especiais – PNE. Alegação de ser portador de Anemia Falciforme (D57.0) limitadora da capacidade laborativa. Dilação probatória. Necessidade. Indeferimento da petição inicial. Agravo Regimental. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Waldir Leôncio Lopes Júnior – Relator, Fernando Habibe – Vogal, Antoninho Lopes – Vogal, Luciano Moreira Vasconcellos – Vogal, Getúlio de Moraes Oliveira – Vogal, Romão C. Oliveira – Vogal, Mario Machado – Vogal, Sérgio Bittencourt – Vogal, Lecir Manoel da Luz – Vogal, Romeu Gonzaga Neiva – Vogal, Flavio Rostirola – Vogal, Jair Soares – Vogal, Vera Andrighi – Vogal, Mario-Zam Belmiro – Vogal, Angelo Canducci Passareli – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Dácio Vieira, em proferir a seguinte decisão: Conhecido e improvido nos termos do voto do Relator. Decisão unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interno interposto por J.A.X.R. contra a decisão deste Relator que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança que interpôs contra ato do Exmo. Desembargador Presidente deste colendo TJDF, o qual, por meio de perícia médica, considerou-o inapto para concorrer nas vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais (PNE), no cargo de Técnico Judiciário / Área Administrativa, do concurso público para ingresso no quadro de pessoal desta Casa de Justiça (Edital 1/2013).

Inconformado, o agravante defende que consta dos autos prova pré-constituída de que se enquadra na definição de PNE, mormente porque é portador de Anemia Falciforme, moléstia que reduz substancialmente a sua capacidade laborativa, causando-lhe, inclusive, graves repercussões em seus sistemas cardíaco, respiratório e osteomuscular. Por outro lado, alega a existência do direito líquido e certo invocado e ter havido violação aos princípios da igualdade e da segurança jurídica porque, no âmbito deste Conselho Especial, há precedentes que reconhecem a condição de PNE aos portadores de Anemia Falciforme. Pediu a reconsideração da decisão combatida e, caso assim não se entenda, a sua reforma.

É o breve relatório.

VOTOS

Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior (Relator) – Conheço do agravo interno porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trago a lume os fundamentos em que se apóia a decisão agravada, *in verbis*:

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por J.A.X.R. contra ato do Exmo. Desembargador Presidente deste TJDF, que considerou, por meio de perícia médica, o impetrante INAPTO para concorrer nas vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais, relativas ao cargo de Técnico Judiciário / Área Administrativa, do concurso público deste Tribunal, regido pelo Edital 1/2013.

Inconformado, afirmou o impetrante – em brevíssimos termos – enquadrar-se na definição de Portador de Necessidades Especiais – PNE porquanto padece de Anemia Falciforme (D57.0), patologia esta que limita a sua capacidade laborativa e autoriza a concorrência nas vagas destinadas aos PNE's. Pugna pela concessão da liminar para seja incluído na lista de candidatos aprovados nas vagas de PNE para o cargo de Técnico Judiciário / TJDFT e, por fim, pela concessão da segurança.

É o relatório.

Decido.

O writ é incabível.

Explico.

O mandado de segurança é medida extrema, destinada à proteção de direito líquido e certo, sendo certo que a liquidez e a certeza do direito devem vir demonstradas initio litis, por meio de prova pré-constituída. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados deste egrégio Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO É O QUE PODE SER RECONHECIDO APENAS PELA APRECIÇÃO DO MODELO JURÍDICO PRÓPRIO, COM O FATO NELE ADEQUADO, SEM NECESSIDADE DE SE SOCORRER DE PROVAS OUTRAS ALÉM DE DOCUMENTAÇÃO INDUVIDOSA. SE A QUESTÃO DEPENDER DE OUTRAS PROVAS, AS VIAS ORDINÁRIAS SÃO O LEITO ADEQUADO PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. E ASSIM OCORRE COM O PRONUNCIAMENTO MÉDICO SOBRE O ESTADO CLÍNICO DO IMPETRANTE, NÃO PODENDO SER ALTERADO PELO JUIZ NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA, EIS QUE AO JUDICIÁRIO SÓ É DADO EXAMINAR OS ASPECTOS DE LEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. PARA QUE O JUIZ POSSA CONFRONTAR PRONUNCIAMENTOS DE FACULTATIVOS, HÁ DE SER INSTAURADO O CONTRADITÓRIO. (MSG 1999002000121-4, Rel. Des. ROMÃO C. OLIVEIRA, DJU de 04.08.1999, p. 21)

MANDADO DE SEGURANÇA – PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – AUSÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CARÊNCIA DE AÇÃO. O MANDADO DE SEGURANÇA PRESTA-SE A AMPARAR DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE, DIREITO

ESTE QUE DEVE SER DEMONSTRADO DE PLANO, NÃO SENDO LÍCITA A DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA COMPROVAR SUA EXISTÊNCIA, SENDO, ASSIM, INADEQUADA A VIA ESTREITA DO "MANDAMUS" E CARENTE DE AÇÃO O IMPETRANTE, SE O DIREITO POSTULADO NÃO ESTÁ COMPROVADO ATRAVÉS DE PROVA DOCUMENTAL PLENA, INDISCUTÍVEL E CABAL. (MSG 7741/97, Rel. Des. OTÁVIO AUGUSTO, DJU de 23.06.1999, p. 29)

Segundo o escólio de Hely Lopes Meirelles, "o direito invocado, para ser amparado por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser deferido por outros meios judiciais." (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ed. Revista dos Tribunais).

No caso, a análise do presente mandamus enseja questionamento fático a respeito da patologia de que padece o impetrante, o que obsta o procedimento célere do writ.

Em outros termos, malgrado seja incontroverso o fato de ser o impetrante portador de Anemia Falciforme, não há notícia nos autos de sua reduzida capacidade laborativa. Veja-se que o laudo médico de fl. 47 não é exaustivo, ou melhor, elucidativo quanto à sua capacidade laboral, para fins de enquadramento na definição de PNE.

É incabível a dilação probatória em sede de mandado de segurança. Além disso, a condição de PNE do impetrante deveria ter vindo corroborada por prova pré-constituída a respeito do direito líquido e certo invocado.

Por importante, colho a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE CONCORRE ÀS VAGAS DESTINADAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. EXCLUSÃO NA AVALIAÇÃO MÉDICA. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, RESSALVADO O USO DAS

VIAS ORDINÁRIAS. APELAÇÃO PREJUDICADA. 1. A impetração de mandado de segurança pressupõe prova pré-constituída do fato constitutivo do alegado direito líquido e certo do impetrante, violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade. 2. Na hipótese, o impetrante, tendo concorrido às vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais, foi considerado, pela perícia médica, como não portador da deficiência física alegada. Desse modo, a comprovação de suas alegações depende de dilação probatória, incompatível com o rito estreito do mandado de segurança, não se prestando a tal os atestados médicos acostados aos autos, pelo impetrante, porque unilateralmente produzidos. 3. Sentença anulada. Processo extinto sem resolução de mérito. 4. Remessa oficial provida, prejudicado o recurso de apelação. (AMS 200834000361865, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 – SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA: 30/04/2012 PAGINA: 131.)

Ante o exposto, indefiro a petição inicial, ex vi do art. 10 da Lei 12.016/2009, e julgo extinto o processo, com fulcro no art. 267, I, do CPC.

Sem custas porque milita o impetrante sob o pálio da gratuidade judiciária.

Mantenho esse entendimento.

Destaco uma vez mais que, *in casu*, pretende o recorrente, portador de Anemia Falciforme, concorrer nas vagas destinadas aos PNE's, relativas ao cargo de Técnico Judiciário / Área Administrativa do concurso público deste Tribunal, regido pelo Edital 1/2013. Para embasar o seu pleito, trouxe à tona o laudo médico de fl. 47, acompanhado dos exames laboratoriais de fls. 48-61, elaborado aquele por médico do Núcleo de Hematologia e de Hemoterapia – NHH da Secretaria de Saúde do DF, o qual concluiu:

Paciente J.A.X.R., 32 anos, portador de hemoglobinopatia SS – Anemia falciforme (D57.0) é acompanhado em ambulatório especializado (Hematologia) em Brasília desde a infância.

Trata-se de anemia hemolítica hereditária crônica com níveis baixos de hemoglobina (anemia grave) e com repercussões importantes no sistema cardiorrespiratório e osteomuscular, ocasionando diminuição da capacidade laborativa. Além disso, o paciente pode apresentar, durante o curso da doença,

internações e intercorrências clínicas diversas, com eventual necessidade de hemotransfusões. Necessita de acompanhamento ambulatorial contínuo para monitorização dos diversos sistemas envolvidos pela doença.

Conforme exposto acima, configura-se deficiência física, beneficiando-se dos direitos estabelecidos na Legislação específica, conforme Decreto 3298/99.

Da leitura do laudo médico, insisto na inadequação da via eleita, por falta de prova pré-constituída a respeito do direito líquido e certo invocado, porquanto não é o aludido parecer específico quanto à capacidade laborativa do impetrante, se reduzida ou não. Explicita o laudo, de fato, quais são as consequências que podem advir da Anemia Falciforme; no entanto não é enfático quanto à real condição de saúde e de trabalho do impetrante. É dizer que, fora o fato de ser ele portador da moléstia, não se sabe se esta compromete a sua capacidade laborativa a ponto de autorizar o seu enquadramento na condição de PNE.

Lado outro, não é possível olvidar que o impetrante foi submetido à Junta Médica quando do concurso para verificação da alegada condição de PNE e esta concluiu em sentido oposto ao laudo de fl. 47. Têm-se, portanto, dois pareceres médicos conflitantes, o que põe em xeque o manejo do *writ*.

Na realidade, não estou aqui a negar o direito invocado, mas apenas a afirmar que o seu reconhecimento pressupõe dilação probatória, em especial, a realização de perícia médica, o que é inadmissível na via estreita do mandado de segurança.

Outro dado que merece realce cinge-se aos precedentes deste Conselho Especial invocados pelo agravante para amparar o direito que invocou.

No MSG 2008.00.2.006108-1, da relatoria do eminente Desembargador Sérgio Bittencourt, consta no voto escoteiro do acórdão que o então impetrante havia sido anteriormente enquadrado na condição de PNE perante a Justiça do Trabalho após “intensa perícia médica”. Com efeito, aquele *writ* veio corroborado por importantes elementos de prova, os quais atestavam que a Anemia Falciforme reduzia a capacidade laborativa do impetrante nos percentuais de 30% a 35%. É conferir:

De igual maneira, ocorre com os portadores da anemia falciforme, que embora não esteja dentre o rol das moléstias consideradas como deficiências físicas

no Decreto 3.298/99, provoca considerável redução da capacidade laborativa de seus portadores.

O impetrante juntou cópia da Reclamação Trabalhista 631/07, ajuizada por ele contra a Companhia Imobiliária de Brasília – TERRACAP, na qual a Justiça do Trabalho reconheceu sua doença como deficiência física para fins de contratação por concurso público como empregado da reclamada (fls. 64/101).

Na referida reclamação, o perito judicial elaborou Laudo Técnico baseado em intensa perícia médica do impetrante (fls. 74/101), onde concluiu que o impetrante é portador da anemia falciforme e têm redução na sua capacidade laborativa de 30% a 35%, verbis:

"A doença falciforme é uma hemoglobinopatia (doença da molécula da hemoglobina) com transmissão hereditária, causada por anormalidade na estrutura da hemoglobina dos glóbulos vermelhos do sangue. Esses glóbulos vermelhos perdem sua forma normal (discoide), enrijecem-se e deformam-se, tornando a forma de 'foice'. Os glóbulos deformados, alongados, nem sempre conseguem passar através de pequenos vasos, bloqueando-os e impedindo a circulação normal do sangue nas áreas adjacentes.

(...)

A dor pode ser precipitada por frio, desidratação, infecção, estresse, menstruação ou consumo de álcool; todavia, a causa da maioria dos episódios não é definida. A dor afeta qualquer região do corpo, mais comumente as costas, o tórax, as extremidades e o abdome. A intensidade da dor varia desde insignificante a agonizante, sendo a sua duração geralmente de poucos dias. Embora os episódios dolorosos sejam provocados por vaso-oclusão, a dor é um estado constituído de componentes sensoriais, perceptuais, cognitivos e predispondo a uma existência que gira em torno da dor – dando origem a uma síndrome de dor debilitante crônica.

(...)

Considerando que a anemia falciforme reduz a expectativa de vida em comparação com a média da população geral:

ESTIMA-SE REDUÇÃO DE 30-35% DA CAPACIDADE LABORATIVA GLOBAL, DE FORMA PERMANENTE, DEFINITIVA E IRRECUPERÁVEL.

DESTAQUE-SE QUE O PERICIANDO ESTÁ TOTALMENTE E DEFINITIVAMENTE INCAPACITADO PARA QUALQUER FUNÇÃO QUE EXIJA AS CONDIÇÕES FÍSICAS SUPRACITADAS.”

Mais a mais, consignou o nobre Relator que, a rigor, sequer se poderia considerar uma moléstia que reduz de 30% a 35% a capacidade laborativa como deficiência física para fins de ocupação de vagas destinadas aos PNE's; no entanto, à luz da hermenêutica constitucional, ao final, acabou por privilegiar a regra insculpida no art. 37, VIII, da CF/88.

No julgamento do MSG 2012.00.2.017193-4, o eminente Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa, Relator, fez referência ao v. acórdão relatado pelo eminente Desembargador Sérgio Bittencourt para conceder a ordem. Da leitura do *decisum*, *data venia*, não se identifica maiores informações sobre o grau de comprometimento provocado pela Anemia Falciforme na saúde e na capacidade laborativa do impetrante. Consignou-se: “Por oportuno, a prova colacionada ao writ, em especial, o relatório médico de fl. 31 onde se declara que o impetrante “é portador de “Anemia Falciforme”, pode ser considerado como prova pré-constituída do fato alegado”.

Em rápida consulta ao sítio eletrônico do Ministério da Saúde, este Relator verificou que a Anemia Falciforme pode dar causa a variados graus de comprometimento da saúde e da qualidade de vida de seus portadores, sendo certo que, em algumas hipóteses, podem estes não apresentar sintomas significativos e levar uma vida normal sem intercorrências. *In verbis*: “As pessoas com anemia falciforme têm sintomas muito variados. Elas podem não ter quase nenhum sintoma, necessitando de pouca transfusão de sangue ou mesmo de nenhuma e, portanto, com excelente qualidade de vida. Mas existem algumas pessoas que, mesmo com acompanhamento médico adequado, têm crises muito graves da doença, com sintomas de dores ósseas, na barriga, infecções de repetição às vezes muito graves, podendo levar à morte” (http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/07_0206_m.pdf).

À luz dessa informação e do laudo de fl. 47, a questão controvertida merece maior amadurecimento, a exemplo do que ocorreu com os portadores de visão mono-

cular, hoje, nos concursos públicos, amparados pela súmula 377 do colendo STJ. Em resumo, nas vias ordinárias, terá o impetrante melhores condições de provar o direito alegado, bem como o julgador melhores subsídios para proclamar o seu convencimento, máxime porque a Anemia Falciforme não encontra guarida legal e expressa no Decreto 3.298/99.

Ante o exposto, conheço e NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É o meu voto.

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

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – Com o Relator.

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Vogal) – Com o Relator.

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

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

Des. Mario Machado (Vogal) – Com o Relator.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) – Com o Relator.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) – Com o Relator.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) – Com o Relator.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Com o Relator.

Des. Jair Soares (Vogal) – Com o Relator.

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

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

Des. Angelo Canducci Passareli (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido e improvido nos termos do voto do Relator. Decisão unânime.

EMENTA

Civil, processo civil e administrativo. Improbidade administrativa. Policial civil. Ato previsto como crime. Apropriação de aparelho celular de particular. Prescrição na forma da lei penal. Pena máxima em abstrato. Perda do cargo.

1. As Ações de Improbidade Administrativa que digam respeito a fatos também previstos como crime sujeitam-se aos prazos prescricionais da lei penal. Considera-se, todavia, a regra contida no artigo 109 do Código Penal, orientado à pena máxima atribuída abstratamente ao tipo. Precedentes do STJ.

2. Restou incontroverso nos autos o fato de que o réu procedeu à apreensão do telefone celular da vítima, durante abordagem realizada em operação conjunta das polícias civil e militar, não sendo verossímil a hipótese apresentada pela Defesa, de que quis apenas utilizar o aparelho, visto que, além de não informar seus superiores, permaneceu longo tempo na posse de bem sem tomar qualquer medida para restituí-lo, chegando até mesmo a habilitar o aparelho em seu nome e emprestá-lo a terceiro. A restituição só ocorreu por força da instauração de processo administrativo.

3. A conduta também se enquadra ao descrito no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/92, pois fere os princípios da Administração Pública e afronta o patrimônio moral do Estado.

4. Não há vedação e nem obrigação legal para a cumulação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, devendo, no entanto, ser observada a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente na fixação das penas (art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92).

5. Assiste razão ao Ministério Público quando afirma que o ato praticado pelo réu é incompatível com o exercício do cargo de policial, o que impõe a decretação da perda do cargo de policial civil.

6. Negou-se provimento ao recurso do réu e deu-se provimento ao recurso do Ministério Público. Maioria.

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, Sebastião Coelho – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Luciano Moreira Vasconcellos, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento ao recurso do réu e dar provimento ao recurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios por maioria. Vencido o vogal, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório da r. sentença, *in verbis*:

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS em desfavor de J.F. de S.

O autor argumenta, em apertada síntese, a existência de prática de ato de improbidade administrativa, ao argumento de que o réu, no dia 07.02.2003, em razão do exercício de sua função pública, na qualidade de policial civil, apropriou-se indevidamente do aparelho celular adquirido pelo marceneiro S.R. dos S., no valor de R\$ 449,00 (quatrocentos e quarenta e nove reais).

Informa que o réu, sob a alegação de que o proprietário não portava a nota fiscal de compra do telefone móvel, em abuso de poder, reteve o aparelho da vítima, sem que houvesse suspeita legítima de que o telefone pudesse ser objeto de crime. Após, afirma que o réu não lavrou auto de apreensão, nem con-

sultou o banco de dados da Polícia Civil do Distrito Federal – PCDF sobre a existência de alguma ocorrência envolvendo o objeto apreendido, além de não ter devolvido o aparelho à vítima. Sustenta que o réu manteve-se na posse do aparelho celular e, passado algum tempo dos fatos, consolidado o ânimo de apropriação, o requerido ainda habilitou o aparelho em seu nome.

Tece extenso e fundamentado arrazoado no sentido de fundamentar que a conduta do réu, além de configurar crime de peculato e infração disciplinar, constitui grave violação dos deveres de funcionário público, bem como fere os princípios da administração pública.

Assevera que este ato impõe o reconhecimento de ação de improbidade, ante a ofensa da regra do art. 9º, caput, e art. 11, caput e inciso I, todos da Lei 8.429/92.

Ao final, requer a condenação do réu à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos, ao pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja o réu sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Foram juntados os documentos em apenso.

Foi deferido o pedido de Segredo de Justiça e foi determinada a notificação do requerido (fl. 17), o qual se manifestou às fls. 37/45. O Distrito Federal foi intimado à fl. 22, contudo, não se manifestou.

A pretensão da ação de improbidade foi aceita às fls. 48/49 e foi determinada a citação do requerido.

O réu foi citado e ofertou contestação de fls. 67/88.

Suscita preliminar de ocorrência de prescrição.

No mérito, sustenta a inexistência de dolo de sua parte em relação às condutas relatadas na inicial. Ratifica a irregularidade da conduta por ele praticada, contudo, afirma que não teve intenção de se apropriar do aparelho celular e

informa que o utilizou em benefício do serviço, razão pela qual não haveria caracterização de ato de improbidade administrativa.

Tece considerações a respeito dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92. Ao final requer a improcedência do pedido.

O réu juntou documentos de fls. 95/98.

O autor manifestou-se em réplica às fls. 100/115, acompanhada dos documentos de fls. 116/119.

Intimadas para produzirem provas, as partes postularam pela produção de prova oral (fls. 123 e 125/127).

Realizadas audiências de instrução, conforme atas de fl. 153 e fl. 355 (carta precatória de fls. 178/356), autor e réu apresentaram memoriais escritos (fls. 360/387 e 394/404, respectivamente).

(...)

Acrescento que o Juízo *a quo* JULGOU PROCEDENTE o pedido e DECRETOU a perda dos direitos políticos de J.F. de S. por oito anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

CONDENOU, ainda, ao pagamento de multa civil correspondente a R\$ 449,00 (quatrocentos e quarenta e nove reais), equivalente a uma vez o valor do acréscimo patrimonial obtido pelo agente. Sem custas e sem honorários (interpretação dos artigos 17, 18 e 19 da Lei 7.347/85).

Inconformado, após a rejeição dos Embargos de Declaração (fl. 422), o Ministério Público apela (fls. 423/434), requerendo a reforma da r. sentença, alegando que ser necessária a decretação judicial da perda do cargo público de agente de polícia da Polícia Civil do Distrito Federal ocupado pelo Apelado, nos termos do artigo 12, Inciso I, da Lei 8.429/92, visto que o ato de improbidade administrativa praticado por ele restou confirmado pelo Juízo, tratando-se de ato incompatível com o exercício do cargo de policial.

Sem preparo, por isenção legal.

Também inconformado, J.F. de S. apela (fls. 437/464), requerendo a reforma da r. sentença, alegando prescrição, pois a seu ver deve prevalecer o prazo prescricional do direito penal e não do administrativo por tratar-se de conduta que também é considerada como crime. Salieta ter sido condenado, na primeira instância, a uma pena de 02 (dois) anos, convertida em pena de prestação de serviços a comunidade, assim, considerado o prazo prescricional de 04 (quatro) anos (aponta o artigo 109, V combinado com o 110, §1º do Código Penal) e a data do fato (07 de fevereiro de 2003) o presente feito prescreveu em fevereiro de 2008. Aduz a inexistência de dolo, pois sua abordagem ocorreu na presença de vários colegas policiais, que isso demonstra que não tinha o intuito de se apropriar do telefone celular, mas cumprir com seu mister, haja vista o grande número de ocorrências policiais envolvendo o furto de celulares naquela região. Diz que o aparelho foi habilitado depois de mais de ano no armário, mas para atender a finalidade do serviço. Afirma que a dosimetria foi desproporcional, que as penas deveriam ser menores. Requer a improcedência do pedido, tendo em vista a prescrição e, alternativamente, a redução das penas aplicadas.

Preparo regular (fl. 465).

Contrarrazões do Ministério Público (fls. 476/491).

Contrarrazões de J.F. de S. (fls. 503/509).

Parecer da 3ª Procuradoria de Justiça Cível (fls. 512/532), oficiando pelo não provimento do recurso apresentado pelo policial e pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

PRESCRIÇÃO

O policial salienta ter sido condenado, na primeira instância, a uma pena de 02 (dois) anos, convertida em pena de prestação de serviços a comunidade.

Assim, se considerado o prazo prescricional de 04 (quatro) anos (aponta o artigo 109, V combinado com o 110, §1º do Código Penal) e a data do fato (07 de fevereiro de 2003) o presente feito estaria prescrito em fevereiro de 2008.

O Juízo monocrático rejeitou a prescrição nos seguintes termos:

A Lei 8.429/92 prevê que o prazo prescricional para proposição das ações destinadas a impor as sanções por prática de improbidade administrativa será o mesmo previsto para as faltas disciplinares puníveis com demissão, in verbis:

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.

Nesse passo, o Decreto 59.310/66, que regulamenta a Lei 4.878/65, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal, prevê que o prazo de prescrição da transgressão funcional será o mesmo do ilícito penal quando também configurar crime:

Art 391. O prazo de prescrição contar-se-á da data em que a transgressão se consumou.

§ 1º Nos casos de transgressões permanentes ou continuadas, o prazo de prescrição contar-se-á do dia em que cessou a permanência ou a continuação.

§ 2º Quando ocorrerem comprovadamente circunstâncias que impeçam o imediato conhecimento, pela autoridade competente, da existência da transgressão, o termo inicial da prescrição será o dia em que a autoridade dela tomar conhecimento.

Parágrafo único. A transgressão também prevista em lei como ilícito penal, prescreverá juntamente com este.

Ademais, a Lei 8.112/90, com aplicação no DF por força da regra da Lei Distrital 197/91, prevê que a ação disciplinar prescreverá no mesmo prazo previsto na lei penal no caso de infrações disciplinares capituladas também como crime (art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90).

Conforme relatado na inicial da ação de improbidade, a conduta do réu, em tese, configura a infração tipificada no art. 312, § 1º, do Código Penal (peculato furto), cuja pena prevista é de 2 a 12 anos de reclusão e multa. Nesse passo, o prazo prescricional para o ajuizamento da presente ação é de 16 anos, nos termos do art. 109, inciso II, do Código Penal.

A propósito, observe-se a seguinte ementa de julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDOTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. OFENSA AO ART. 333 DO CC. ALEGADA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA súmula 211/STJ. I. RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ NERO CÂNDIDO VIEIRA. 1. Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de militares em razão da prática de peculato. 2. Como os recorrentes são servidores públicos efetivos, no que se relaciona à prescrição, incide o art. 23, inc. II, da Lei 8.429/92. 3. A seu turno, a Lei 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também crimes – o que ocorre na hipótese. No Código Penal – CP, a prescrição vem regulada no art. 109. 4. A prescrição da sanção administrativa para o ilícito de mesma natureza se regula pelo prazo prescricional previsto na Lei Penal (art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90). (...) (REsp 1234317/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011)

No mesmo sentido, são as seguintes ementas do Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. PRESCRIÇÃO. ATO TIPIFICADO COMO CRIME. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CIVIL E CRIMINAL. 1. Se o ato reputado como ímprobo for também tipificado como crime, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa é o mesmo previsto para o exercício da pretensão punitiva do Estado. 2. A sentença penal absolutória fundamentada em insuficiência de provas não impede a instauração do processo em que se objetiva a condenação do réu por improbidade administrativa, devendo prevalecer, nesse caso, a independência entre as esferas civil e criminal. Precedente. 3. Agravo de instrumento improvido. (Acórdão 558166, 20100020188387AGI, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, julgado em 07/12/2011, DJ 10/01/2012 p. 97) IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ATO TIPIFICADO COMO CRIME. TORTURA. POLICIAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. O prazo prescricional da ação por improbidade administrativa para o ato ímprobo também tipificado como ilícito penal será aquele do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, que também corresponde ao disposto no regime jurídico próprio estipulado no art. 391, § 2º, do Decreto 59.310/66. (...) (Acórdão 422838, 20060110688487APC, Relator NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Cível, julgado em 12/05/2010, DJ 01/06/2010 p. 69)

Dessa forma, rejeito a preliminar de prescrição suscitada pelo réu e passo ao exame do mérito. (fls. 409/410 – grifamos).

Correta a decisão singular, não ocorreu a prescrição aventada, pois, quando o ato de improbidade administrativa também é capitulado como crime, o prazo prescricional de cinco anos, ordinariamente previsto para punições administrativas que prevêm a pena de demissão, é substituído pelo prazo que rege a prescrição penal em abstrato, e não, como alegado pela defesa, pela pena em concreto, de 02 (dois) anos que lhe foi aplicada na seara penal (processo 2004091014769-6).

Nesse sentido, já foi exarado o seguinte aresto:

CIVIL, PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO PREVISTO COMO CRIME. PRESCRIÇÃO NA FORMA DA LEI PENAL. PENA MÁXIMA EM ABSTRATO. PROVA ILÍCITA. ELEMENTO DE PROVA QUE NÃO DIZ

RESPEITO AOS AUTOS. PROVA NÃO CONSIDERADA COMO ELEMENTO DE CONVENCIMENTO NA SENTENÇA. NÃO-CONTAMINAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. MANUTENÇÃO NO PÓLO PROCESSUAL APÓS A PRÁTICA DE ATOS PRÓPRIOS DA PARTE. RETIFICAÇÃO DEVIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1 – As Ações de Improbidade Administrativa que digam respeito a fatos também previstos como crime sujeitam-se aos prazos prescricionais da lei penal. Considera-se, todavia, a regra contida no artigo 109 do Código Penal, orientado à pena máxima atribuída abstratamente ao tipo. Precedentes do STJ. 2 – A materialidade e a autoria reconhecidas no Juízo Penal não suportam discussão no âmbito de Ação de Improbidade Administrativa. Despicienda, então, a discussão sobre a nulidade da referida prova, especialmente se a prova impugnada nem sequer influenciou o decisor. 3 – Havendo o Distrito Federal optado por integrar Ação de Improbidade Administrativa em seu pólo passivo, resta indevida a mudança de pólo processual após contestar o pleito inicial ao lado do Apelante. 4 – Não havendo impugnação do Apelante em momento próprio, ou sequer prejuízo decorrente da retificação dos pólos para que o Distrito Federal volte a dividir com o Réu/Apelante o pólo passivo da demanda, não há que se falar em nulidade do Feito. Apelação Cível e Remessa Oficial desprovidas. (Acórdão 643211, 20010110541964APO, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/12/2012, Publicado no DJE: 09/01/2013. Pág.: 325)

Assim, rejeito a prejudicial de mérito de prescrição.

■ MÉRITO

A Defesa alega inexistir dolo, pois a abordagem da vítima pelo acusado ocorreu na presença de vários colegas policiais, que isso demonstra que não tinha o intuito de se apropriar do telefone celular, mas apenas cumprir com seu mister, devido ao grande número de ocorrências policiais envolvendo o furto de celulares naquela região. Diz que o aparelho foi habilitado depois de mais de ano no armário, mas somente para atender a finalidade do serviço. Afirma que a dosimetria foi desproporcional, que as penas deveriam ser menores. Requer a improcedência

do pedido, tendo em vista a prescrição e, alternativamente, a redução das penas aplicadas.

O Ministério Público alega ser necessária a decretação judicial da perda do cargo público de agente de polícia da Polícia Civil do Distrito Federal ocupado pelo Apelado, nos termos do artigo 12, Inciso I, da Lei 8.429/92, visto que o ato de improbidade administrativa praticado por ele restou confirmado pelo Juízo, tratando-se de ato incompatível com o exercício do cargo de policial.

Transcrevo parte da r. sentença, que adoto como razões de decidir, *in verbis*:

A pretensão cinge-se a alegação de ofensa da regra do artigo 9º, caput, e artigo 11, caput e inciso I, todos da Lei 8.429/92. Vejamos:

*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:*

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;

Nesse passo, para que haja a condenação do requerido pela prática dos atos descritos nas regras dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, faz-se necessária a demonstração da intenção do réu em apropriar-se de bem de particular em proveito próprio ou de terceiro, conforme entendimento consolidado do Colendo SJT (REsp 875.163/RS, REsp 940.629/DF) e do TJDF (APC 20040111179517, APC 20060110505175).

*Com efeito, verifico que **restou incontroverso nos autos o fato de que o réu procedeu à apreensão do telefone celular de S.R. dos S., durante abordagem realizada em operação conjunta das polícias civil e militar. Todavia,***

não procedeu à lavratura do auto de apresentação e apreensão do bem, nem comunicou à autoridade policial a respeito da apreensão efetivada.

O réu, em sua contestação, confirma a irregularidade da conduta por ele praticada: “trabalhou mal o servidor, não realizando os procedimentos necessários a concretização da sua tarefa.” – fl. 85.

Além disso, em seu interrogatório realizado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Samambaia, o réu informou que abordou a vítima S. e apreendeu seu celular, sob a alegação de que este não apresentou nota fiscal e de que havia, na época, alto índice de roubo de celulares.

Confirmou também que guardou o aparelho celular em seu armário na Delegacia, mas não comunicou o fato à autoridade policial. Disse, ainda, que o celular ficou em seu armário por cerca de um ano, quando o habilitou para uso de O.C. para que este atuasse como informante da polícia (fls. 05/09 do apenso).

A referida conduta foi corroborada pela prova testemunhal colhida neste Juízo. Em seu depoimento, a testemunha L. da S.C., confirmou o depoimento prestado no Juízo Criminal (fl. 11 dos autos em apenso), informando que o réu apreendeu um aparelho celular durante uma operação realizada em conjunto pela PMDF e PCDF: que se recorda que estava em uma operação na quadra 403/405 de Samambaia, mas não se recorda a finalidade; (...) que não se recorda bem, mas sabe que estava fazendo abordagem em um bar e que havia duas guarnições da PCDF fazendo abordagem; que não sabe quem foi que pegou o celular; que não ouviu nem viu quem pegou o celular, sabe apenas que foi chamado para depor e depois ficou sabendo que era um celular NEO; que após ler o depoimento de fl. 11 dos autos em anexo o depoente se lembrou do ocorrido e de que o policial havia pego o aparelho celular e solicitado a apresentação da nota fiscal. (...) afirma que foi o policial J. que pegou o celular da vítima. (depoimento da testemunha L. da S.C. – fl. 155)

No depoimento da testemunha O.C. da S., ouvido por meio de carta precatória (fl. 356), restou comprovado também que o celular foi entregue ao depoente para que fizesse uso do aparelho: Que trocou uma chácara por uma casa com J.; que no momento em que ele chegava na casa um rapaz lhe abordou; que ligou para J. lhe dizendo que o local era perigoso pois

havia um rapaz que estava causando confusão; que como achou o local perigoso pediu a J. que lhe arrumasse um celular para ligar para ele já que ele era policial; que J. levou o celular para o depoente; que esse rapaz, que lhe abordou, é usuário de drogas; que não perguntou a J. onde ele arrumou o celular e não lhe foi entregue nota fiscal; que não se recorda o número do celular; que ficou pouco tempo com o telefone pois J. foi buscar o telefone de mais ou menos um mês; que não sabe porque J. buscou o celular; que depois J. lhe disse que o celular que havia passado ao depoente estava lhe dando problemas, mas não disse o tipo de problemas; que nunca contou onde havia arrumado o celular; que não chegou a lhe contar que o celular havia sido obtido através de busca por ele realizada. (Depoimento da testemunha O.C. da S. – fl. 356)

Registre-se, por oportuno, que no depoimento prestado por O.C. da S. no Juízo Criminal, aquele deixou claro o vínculo de amizade com réu, tendo inclusive informado que já morou em chácara pertencente ao requerido (fl. 16 do apenso).

Nesse contexto, os documentos juntados aos autos, em especial o processo administrativo instaurado contra o réu e as peças da ação criminal ajuizada em virtude da prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do CP (documentos juntados em apenso), comprovam que o réu apreendeu o celular pertencente à S. de forma abusiva, ou seja, sem que houvesse qualquer suspeita da prática de crime por aquele. Além disso, o réu deixou de lavar o auto de apresentação e apreensão do aparelho celular, bem como deixou de comunicar o fato à autoridade policial.

Verifico, também, que houve a utilização do celular nos dias que se seguiram à apreensão do bem, conforme pode ser constatado da análise do relatório realizado pela Corregedoria Geral de Polícia (fls. 95/102 do apenso).

Da mesma forma, não há qualquer prova de que a testemunha O. era, de fato, informante da Polícia Civil do DF, uma vez que no mesmo relatório foi consignado que não havia como comprovar que o contato feito entre aquele e o réu teria por finalidade a investigação de crime de tráfico de entorpecentes. Por

outro lado, restou demonstrando que O. e o réu eram íntimos e tinham relação de amizade.

Destarte, verifico que restou amplamente comprovado que o réu utilizou-se da sua função de policial civil para apropriar-se do telefone celular de S. em proveito próprio, habilitando-o em seu nome e, posteriormente, o emprestando à testemunha O.C., o qual era seu amigo. Restou demonstrado, portanto, a intenção do réu de apropriar-se do bem em proveito próprio e de terceiro.

Nesse ponto, **entendo que para afastar a intenção do réu de apropriar-se do bem, conforme alegado em sua contestação, aquele deveria ter demonstrado que, desde o início, quis apenas utilizar a coisa subtraída, restituindo-a imediata e integralmente ao seu dono, o que não ocorreu na hipótese em exame. Ora, o réu permaneceu na posse do bem por mais de um ano, habilitou o aparelho celular em seu nome e o emprestou a terceiro, apenas restituindo-o à vítima por força da instauração de processo administrativo.**

Por oportuno, cumpre registrar que o réu foi condenado pelo Juízo Criminal pela prática de crime de peculato (fls. 117/118), contudo, a sentença foi reformada em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (informação constante no site do TJDF – autos 2004.09.1.014769-6).

Em virtude do exposto, tenho que restou comprovado que a conduta praticada pelo réu adequa-se à descrição contida no artigo 9º, caput, da Lei 8.429/92, uma vez que a apropriação de bem de particular de forma indevida e para uso próprio gera enriquecimento ilícito.

Além disso, **a conduta do réu também amolda-se ao descrito no artigo 11, caput e inciso I, da Lei 8.429/92, tendo em vista a conduta de policial que apropria-se de bem de particular com abuso de poder e de forma irregular, sem observância dos procedimentos adequados, fere os princípios da Administração Pública, bem como afronta o patrimônio moral do Estado.**

Dessa forma, como as penas previstas na hipótese do art. 9º da Lei 8.429/92 (ato que importe em enriquecimento ilícito) são mais graves do que as previstas nos casos do art. 11 do referido diploma legal (ato que atenta contra os

princípios da Administração Pública), consoante o disposto no art. 12, incisos I e III, da Lei 8.429/92, aplicam-se as previstas para a conduta que importou enriquecimento ilícito para o agente.

Não há nenhuma vedação no ordenamento para a cumulação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, todavia, esta não é obrigatória, devendo ser observada na fixação das penas a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92).

Neste sentido:

DESPROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS. CONFIGURAÇÃO. (...) 5. No que se refere à falta de proporcionalidade na dosimetria das sanções aplicadas, cediço neste Tribunal Superior que as sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua fixação, conforme se depreende do parágrafo único do citado dispositivo. 6. A partir da leitura das condutas narradas no acórdão recorrido, observa-se que a manutenção da perda da função pública revela-se desarrazoada, uma vez que a atitude que se reputa ímproba foi apenas a concessão de cestas básicas a servidores a título de complementação salarial, impugnada ante a ausência de lei local que previsse tal benefício – de forma que, conquanto tenha havido violação dolosa à legalidade, ainda é possível se vislumbrar alguma justificativa social na conduta impugnada. 7. O ressarcimento ao erário deve ser mantido, em razão da necessidade de se recompor o status quo ante. A multa civil deve ser mantida a título pedagógico, porquanto o ressarcimento em si não é funciona como sanção, como reiteradamente decidido por esta Corte Superior (v. p. ex., REsp 622.234/SP, de minha relatoria). (REsp 1220007/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011) DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. (...) 8. As sanções do art. 12, incisos I, II e III, da Lei 8.429/92, não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, evidentemente, perpassa pela adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, aliás, como deixa entrever o parágrafo único

do referido dispositivo, a fim de que a reprimenda a ser aplicada ao agente ímprobo seja suficiente à repressão e à prevenção da improbidade. (...) 11. 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: RESP 664856/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 02.05.2006; RESP 507574/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 08.05.2006; RESP 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006. (REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011)

(...) (fls. 407/418 – grifamos).

Com efeito, restou incontroverso nos autos o fato de que o réu procedeu à apreensão do telefone celular da vítima, S.R. dos S., durante abordagem realizada em operação conjunta das polícias civil e militar, não procedendo, porém, à lavratura do auto de apresentação e apreensão do bem ou mesmo, comunicado à autoridade policial a apreensão efetivada.

O acusado reconheceu a irregularidade de sua conduta (fl. 85), o que também corroborado pelo testemunho de L. da S.C., no Juízo Criminal (fl. 11 dos autos em apenso). A testemunha O.C. da S. (fl. 356) também afirmou que o celular lhe foi entregue para dele fizesse uso.

O réu apreendeu o celular pertencente à vítima de forma abusiva, sem que houvesse qualquer suspeita da prática de crime por aquele, deixou de lavar o auto de apresentação e apreensão do aparelho celular e de comunicar o fato à autoridade policial, utilizando o aparelho celular nos dias seguintes à sua apreensão (Relatório da Corregedoria Geral de Polícia, fls. 95/102 do apenso).

O réu apropriou-se do bem, não sendo verossímil a hipótese apresentada pela Defesa, de que quis apenas utilizar o aparelho, visto que, além da não informar seus superiores, permaneceu longo tempo na posse de bem sem tomar qualquer medida para restituí-lo, chegando até mesmo a habilitar o aparelho celular em seu nome e emprestá-lo a terceiro. A restituição só ocorreu por força da instauração de processo administrativo.

Sua conduta também se enquadra ao descrito no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/92, pois fere os princípios da Administração Pública e afronta o patrimônio moral do Estado.

Não há vedação e nem obrigação legal para a cumulação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, devendo, no entanto, ser observada a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente na fixação das penas (art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92).

Saliente-se que o acusado, em quase vinte anos de exercício da atividade policial, possui diversos elogios averbados em sua ficha funcional e apenas uma punição (fls. 95/98), o bem foi restituído à vítima, não havendo maiores prejuízos.

Contudo, assiste razão ao Ministério Público quando afirma que o ato praticado pelo réu é incompatível com o exercício do cargo de policial, o que impõe a decretação da perda do cargo de policial civil.

Corroborando esse entendimento, foram proferidas as seguintes decisões:

*ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. POLICIAL CIVIL. VANTAGEM AUFERIDA EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. CON-DUTA PRATICADA INCOMPATÍVEL COM O CARGO EXERCIDO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO NÃO CUMULATIVA DAS SANÇÕES. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO. 1. As instâncias cível, penal e administrativa são independentes, salvo a hipótese de 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. 2. A perda da função pública nas esferas administrativas ou criminal não impede que a sentença condenatória por ato de improbidade se pronuncie a respeito, declarando novamente a perda. É de toda conveniência, inclusive, que assim o faça, objetivando alcançar a imutabilidade plena do julgado civil. 3. **Sendo a conduta praticada pelo apelado incompatível com o cargo por ele exercido, em plena violação ao princípio da moralidade pública, inculpada no artigo 37 da Constituição da***

República, e em flagrante violação aos deveres de honestidade e lealdade à instituição a que serve, a medida que se impõe é a decretação da perda da função pública por ele exercida, nos termos do artigo 12, inciso I, da Lei 8.429/92 e do artigo 37, § 4º da Constituição. (...). (Acórdão 503538, 20040111124724APC, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: ESDRAS NEVES, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/04/2011, Publicado no DJE: 12/05/2011. Pág.: 76 – grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. POLICIAIS CIVIS. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA AUFERIDA EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO. CONFIGURAÇÃO. RECURSOS DESPROVIDOS. UNÂNIME. As sanções constitucionalmente admitidas para o ato de improbidade administrativa independem das sanções penais, civis e administrativas previstas para a mesma conduta, afastando a aplicação do Princípio da Presunção da Inocência. **Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, atentem contra os Princípios da Administração Pública.** (Acórdão 226076, 20050150049380APC, Relator: LÉCIO RESENDE, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/09/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 11/10/2005. Pág.: 129 – grifamos)

Em face dessas considerações, NEGO PROVIMENTO ao recurso do réu e DOU PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público, para, modificando a sentença, decretar a perda do cargo de Policial Civil da Polícia Civil do Distrito Federal, ocupado pelo acusado, mantendo-a quanto ao mais.

É como voto.

Des. Angelo Canducci Passareli (Revisor) – Com o Relator.

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Ambas as partes objetivam a reforma da r. sentença de fls. 407/419, a qual julgou parcialmente procedente o pedido, ressalvada, quando às penalidades decorrentes da improbidade, a perda do cargo público, que restou indeferida.

Objetiva o autor, M.P.D.F.T., a procedência total do pedido, ao passo que o réu, J. F. S., visa seja este julgado integralmente improcedente ou, sucessivamente, caso não seja este o entendimento, seja excluída a suspensão dos direitos políticos decretada na origem.

A sentença deve ser parcialmente reformada.

■ DA PREJUDICIAL DE MÉRITO (PRESCRIÇÃO)

Quanto ao prazo prescricional entendo tal qual a ilustrada maioria, que ante a independência das esferas aplicável a prescrição da pena em abstrato. Mesmo que reconhecida na seara penal a prescrição da pretensão executória inviável aplicação, no cível, da prescrição retroativa. Neste sentido é o entendimento do c. STJ e deste TJDFT:

(...) o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto.

(...) o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.

Vale dizer: havendo ação penal e ação de improbidade administrativa ajuizadas simultaneamente, impossível considerar que a aferição do total lapso prescricional nesta última venha a depender do resultado final da primeira demanda (quantificação final da pena aplicada em concreto), inclusive com possibilidade de inserção, no âmbito cível-administração, do reconhecimento de prescrição retroativa. (REsp 1106657/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010)(grifo nosso)

As Ações de Improbidade Administrativa que digam respeito a fatos também previstos como crime sujeitam-se aos prazos prescricionais da lei penal. Considera-se, todavia, a regra contida no artigo 109 do Código Penal, orientado à pena máxima atribuída abstratamente ao tipo. *Precedentes do STJ. (Acórdão 643211, 20010110541964APO, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/12/2012, Publicado no DJE: 09/01/2013. Pág.: 325)(grifo nosso)*

O prazo prescricional para a propositura de ações que visam à condenação pela prática de atos de improbidade administrativa, também capitulados como crime, deve se regular pelas disposições da lei penal. Considera-se a regra do artigo 109 do Código Penal, que estabelece a pena máxima atribuída abstratamente ao tipo. Precedentes deste eg. TJDFT e do col. STJ. (Acórdão 713760, 20050110754706APO, Relator: MÁRIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/09/2013, Publicado no DJE: 25/09/2013. Pág.: 165) (grifo nosso)

Se o ato reputado como ímprobo for também tipificado como crime, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa é o mesmo previsto para o exercício da pretensão punitiva do Estado. *(Acórdão 558166, 20100020188387AGI, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/12/2011, Publicado no DJE: 10/01/2012. Pág.: 97) (grifo nosso)*

À vista disso, rejeito a prejudicial de mérito.

Ultrapassada a questão processual, passo ao mérito.

DA IMPROBIDADE. CONDUTA DOLOSA CONFIGURADA. CONDENAÇÃO CRIMINAL. PENALIDADES. APLICAÇÃO ISOLADA OU CUMULATIVA. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

As penalidades civis e administrativas previstas na Lei de Improbidade Administrativa compõe o acervo de disposições normativas mais próximas do direito penal.

Apenas a título ilustrativo, recordem-se os requisitos para o “recebimento” da ação de improbidade (§ 6º, art. 17 da Lei 8.429/92), tal qual o recebimento da denúncia penal, cujos requisitos constam do art. 41 do CPP. Ou seja, ambos ne-

cessitam de uma análise prévia de seus requisitos ou condições mínimas de sua procedibilidade.

Isto se deve à notória gravidade dos fatos que fazem germinar ambas as pretensões condenatórias, pois o ato de improbidade, salvo as ações penais correspondentes, gera consequências tão graves quanto à condenação criminal (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, etc.)

A isso se somam as limitações previstas na Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública –, em especial no tocante ao restrito rol de legitimados ativos que se encontram aptos à sua propositura, tal qual previsto em seu art. 5º.

Como é notório, os tipos descritos nos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa somente admitem a modalidade dolosa. Neste sentido doutrina EMERSON GARCIA¹:

“A Lei 8.429/1992 agrupou a tipologia dos atos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9º versa sobre os atos que importam em enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário (rectius: patrimônio público) e o art. 11 sobre os atos que atentam contra os princípios administrativos. Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em qualquer ação ou omissão, doloso, ou culposa”, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito.

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra

1 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6. ed. Lumen Juris.

ausente na hipótese. *No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10.*” (grifos nossos)

O posicionamento foi expressamente encampado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – fixando que os tipos dos arts. 9º e 11 somente **procedem mediante dolo**. Para tanto, confira-se a ementa do REsp 1.192.056/DF:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE LANCHES MATINAIS. DOLO NÃO CONFIGURADO. SUCESSIVA RENOVAÇÃO DO CONTRATO MOTIVADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO.

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. *Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011 REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.*

2. In casu, pretende-se a condenação dos réus, ora recorrentes, por suposto desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de improbidade Administrativa). Sucede que a Corte de apelação não indicou nenhum elemento de prova direto que evidenciasse o agir doloso do administrador, baseando-se o juízo de valor em presunção de dolo, de modo que é mister a reforma do acórdão recorrido.

3. Recursos especiais providos, divergindo do relator, Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

(REsp 1192056/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 26/09/2012)“ (grifos nossos)

Há ainda que se perquirir a existência de elemento subjetivo, qual seja a vontade do agente em produzir o resultado ou assumir o risco de que este venha a existir. Acerca do deste, elucida ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA²:

“... afastados os poucos casos em que se admite a responsabilidade objetiva, **não basta o simples vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado censurado**. Entre eles deve haver, ainda, o **vínculo subjetivo**, objeto do presente estudo.

Assim, diríamos, não basta o simples vínculo causal objetivo entre a conduta supostamente ímproba e o advento do resultado sob censura. Tem mais. Entre eles deve haver, ainda, uma “ponte”, que vem a ser, justamente, o vínculo subjetivo. Isso porque a análise do elemento volitivo/normativo (vínculo subjetivo) que “conduz” a conduta em direção ao resultado é fundamental para a caracterização da própria existência tipológica de um ato ímprobo.

Nesse andar, tem-se que a conduta (supostamente) ímproba vinculada objetivamente a um resultado censurado reclama, ainda, a junção do elemento volitivo/ normativo, a fim de se saber se o agente quis o resultado (dolo direito), assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual) ou tenha agido sem o dever objetivo de cuidado (culpa). Sem esse vínculo subjetivo, a conduta é atípica, sob o manto da LIA.” (grifos nossos)

Resta consubstanciando o entendimento de que o mero liame de causalidade não é suficiente à configuração do estado de improbidade. Deve, inexoravelmente, haver o elemento volitivo – a intenção ou assunção do risco de atuar de forma ímproba.

Dessa feita, conquanto já tenha reconhecido a necessidade de ser diferenciada a improbidade da mera ilegalidade – sendo que esta última não autoriza a punição pela primeira –, tenho como inaplicável tal diretriz ao caso dos autos.

2 OLIVEIRA, Alexandre Albagli. In **Estudos sobre Improbidade Administrativa**, em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos. Organizadores: Cristiano Chaves de Farias, Alexandre Albagli Oliveira e Luciano Taques Ghignone, JusPodivm, 2. ed.

Ao contrário do que asseverado no recurso do apelante/réu J.F.S., os fatos a ele imputados não podem ser reconhecidos como situação de mera irregularidade. Há, ao revés, relevante gravidade nas imputações, que, consoante dispôs a r. sentença ora recorrida, foram devidamente comprovadas nos autos:

*Com efeito, verifico que restou incontroverso nos autos o fato de que o réu procedeu à apreensão do telefone celular de S.R. dos S., durante abordagem realizada em operação conjunta das polícias civil e militar. Todavia, **não procedeu à lavratura do auto de apresentação e apreensão do bem, nem comunicou à autoridade policial a respeito da apreensão efetivada.***

O réu, em sua contestação, confirma a irregularidade da conduta por ele praticada: “trabalhou mal o servidor, não realizando os procedimentos necessários a concretização da sua tarefa.” – fl. 85.

Além disso, em seu interrogatório realizado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Samambaia, o réu informou que abordou a vítima S. e apreendeu seu celular, sob a alegação de que este não apresentou nota fiscal e de que havia, na época, alto índice de roubo de celulares. Confirmou também que guardou o aparelho celular em seu armário na Delegacia, mas não comunicou o fato à autoridade policial. Disse, ainda, que o celular ficou em seu armário por cerca de um ano, quando o habilitou para uso de O.C. para que este atuasse como informante da polícia (fls. 05/09 do apenso).

A referida conduta foi corroborada pela prova testemunhal colhida neste Juízo. Em seu depoimento, a testemunha L. da S.C., confirmou o depoimento prestado no Juízo Criminal (fl. 11 dos autos em apenso), informando que o réu apreendeu um aparelho celular durante uma operação realizada em conjunto pela PMDF e PCDF:

que se recorda que estava em uma operação na quadra 403/405 de Samambaia, mas não se recorda a finalidade; (...) que não se recorda bem, mas sabe que estava fazendo abordagem em um bar e que havia duas guarnições da PCDF fazendo abordagem; que não sabe quem foi que pegou o celular; que não ouviu nem viu quem pegou o celular, sabe apenas que foi chamado para depor e depois ficou sabendo que era um celular NEO; que após ler o depoimento de fl. 11 dos autos em anexo o depoente se lembrou do ocorrido e de

que o policial havia pego o aparelho celular e solicitado a apresentação da nota fiscal. (...) afirma que foi o policial J. que pegou o celular da vítima. (depoimento da testemunha L. da S.C. – fl. 155)

No depoimento da testemunha O.C. da S., ouvido por meio de carta precatória (fl. 356), restou comprovado também que o celular foi entregue ao depoente para que fizesse uso do aparelho:

Que trocou uma chácara por uma casa com J.; que no momento em que ele chegava na casa um rapaz lhe abordou; que ligou para J. lhe dizendo que o local era perigoso pois havia um rapaz que estava causando confusão; que como achou o local perigoso pediu a J. que lhe arrumasse um celular para ligar para ele já que ele era policial; que J. levou o celular para o depoente; que esse rapaz, que lhe abordou, é usuário de drogas; que não perguntou a J. onde ele arrumou o celular e não lhe foi entregue nota fiscal; que não se recorda o número do celular; que ficou pouco tempo com o telefone pois J. foi buscar o telefone de mais ou menos um mês; que não sabe porque J. buscou o celular; que depois J. lhe disse que o celular que havia passado ao depoente estava lhe dando problemas, mas não disse o tipo de problemas; que nunca contou onde havia arrumado o celular; que não chegou a lhe contar que o celular havia sido obtido através de busca por ele realizada. (Depoimento da testemunha O.C. da S. – fl. 356)

Registre-se, por oportuno, que no depoimento prestado por O.C. da S. no Juízo Criminal, **aquele deixou claro o vínculo de amizade com réu, tendo inclusive informado que já morou em chácara pertencente ao requerido** (fl. 16 do apenso).

Nesse contexto, os documentos juntados aos autos, em especial o processo administrativo instaurado contra o réu e as peças da ação criminal ajuizada em virtude da prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do CP (documentos juntados em apenso), comprovam que o réu apreendeu o celular pertencente à S. de forma abusiva, ou seja, sem que houvesse qualquer suspeita da prática de crime por aquele. Além disso, **o réu deixou de lavrar o auto de apresentação e apreensão do aparelho celular, bem como deixou de comunicar o fato à autoridade policial.**

Verifico, também, que houve a utilização do celular nos dias que se seguiram à apreensão do bem, conforme pode ser constatado da análise do relatório realizado pela Corregedoria Geral de Polícia (fls. 95/102 do apenso).

Da mesma forma, não há qualquer prova de que a testemunha O. era, de fato, informante da Polícia Civil do DF, uma vez que no mesmo relatório foi consignado que não havia como comprovar que o contato feito entre aquele e o réu teria por finalidade a investigação de crime de tráfico de entorpecentes. Por outro lado, restou demonstrando que O. e o réu eram íntimos e tinham relação de amizade.

Destarte, verifico que restou amplamente comprovado que o réu utilizou-se da sua função de policial civil para apropriar-se do telefone celular de S. em proveito próprio, habilitando-o em seu nome e, posteriormente, o emprestando à testemunha O.C., o qual era seu amigo. Restou demonstrado, portanto, a intenção do réu de apropriar-se do bem em proveito próprio e de terceiro.

Nesse ponto, entendo que para afastar a intenção do réu de apropriar-se do bem, conforme alegado em sua contestação, aquele deveria ter demonstrado que, desde o início, quis apenas utilizar a coisa subtraída, restituindo-a imediata e integralmente ao seu dono, o que não ocorreu na hipótese em exame. Ora, o réu permaneceu na posse do bem por mais de um ano, habilitou o aparelho celular em seu nome e o emprestou a terceiro, apenas restituindo-o à vítima por força da instauração de processo administrativo.

Por oportuno, cumpre registrar que o réu foi condenado pelo Juízo Criminal pela prática de crime de peculato (fls. 117/118), contudo, a sentença foi reformada em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (informação constante no site do TJDF – autos 2004.09.1.014769-6).

Em virtude do exposto, tenho que restou comprovado que a conduta praticada pelo réu adequa-se à descrição contida no artigo 9º, caput, da Lei 8.429/92, uma vez que a apropriação de bem de particular de forma indevida e para uso próprio gera enriquecimento ilícito.

Além disso, a conduta do réu também amolda-se ao descrito no artigo 11, caput e inciso I, da Lei 8.429/92, tendo em vista a conduta de policial que apropria-se de bem de particular com abuso de poder e de forma irregular, sem observância dos procedimentos adequados, fere os princípios da Administração Pública, bem como afronta o patrimônio moral do Estado. (grifo nosso)

À vista das razões de decidir da r. sentença, as quais considero incensuráveis, é certo que o ato foi, inexoravelmente, abusivo. Não é crível que, com base em mero receio, possa o policial exigir do cidadão prova de titularidade de bem móvel com base em documento comprobatório da compra.

É ainda menos aceitável a exigência de que as pessoas tragam consigo notas fiscais de todo bem que estiverem portando. Havendo dúvida, deveria o policial ir até a casa do suspeito e lá exigir o documento do telefone móvel – não reter este, de forma prévia.

Sendo irregular a apreensão, não era dever de o ofendido ir à delegacia buscar o aparelho, mas do agente que procedeu à apreensão indevida de ir a residência deste devolver o aparelho.

Não é válida a assertiva do apelante/réu de que não utilizou o aparelho. Há prova nos autos de que este foi utilizado por SEIS VEZES desde a apreensão, ocorrida em 07/02/2003 (fl. 96/97 do apenso), nas datas de 07/02/2003, 08/02/2003, 27/02/2003 (por duas vezes) e em 03 março de 2003, por duas vezes (fl. 97). Assim, verifica-se que o apelante/réu teve plena oportunidade de consertar tempestivamente o erro – e assim não procedeu.

Pesa ainda em desfavor deste o fato de, no ano de 2004, ter habilitado o telefone em seu nome (do qual deveria saber, além da falta de procedência, não lhe pertencer) tendo emprestado o aparelho para terceiro, supostamente seu informante (e, como dito, não há nos autos prova dessa qualidade) que era seu conhecido íntimo. E, mesmo assim, só procedeu à devolução do bem à vítima após a abertura de procedimento interno na PCDF.

A isto se soma a condenação que sofreu no juízo criminal, **por peculato-furto** (autos do processo 2004.09.1.014769-6), nos seguintes termos:

*Trata-se de ação penal pública incondicionada imputando-se ao réu a prática do crime contra a Administração Pública (art. 312, § 1º do Código Penal Brasileiro). Tanto a materialidade quanto a autoria delitiva do crime de peculato restou devidamente comprovada por todas as provas acostadas aos autos, em especial pela Portaria Instauradora de Inquérito Policial (Fls. 06/07); Processo de investigação preliminar, incluído todos os documentos mencionados na denúncia (fls. 09/116); Relatório Policial (fls. 177/179), tudo em perfeita sintonia com as declarações das testemunhas L. da S.C. (fl. 233) e O.C. da C., senão vejamos: Testemunha: L. da S.C. – “(...) Que o depoente participou da operação envolvendo a Vítima citada na denúncia; que o depoente estava no momento em que o acusado pediu à Vítima que apresentasse a nota fiscal do seu aparelho celular; que a Vítima disse que a nota fiscal estava em sua residência, tendo o acusado informado que a Vítima teria de apresentar a nota fiscal até o final da operação, ou então, fosse até a delegacia; que **naquela ocasião, o celular ficou com a guarnição da polícia civil; que o depoente não se recorda o motivo de o acusado ter apreendido o celular da Vítima (...) (fl. 233) (grifou-se). Testemunha: O.C. da C. – “(...) Que na época dos fatos, o declarante morava em uma chácara do acusado; que após ter morado na referida chácara, o declarante foi morar na quadra 415 de Samambaia/DF; que quando morava na referida quadra, tinha um traficante que morava em frente à sua residência; que em uma ocasião, esse traficante olhou “de lado” para o declarante, tendo este pedido um celular emprestado ao acusado; que então, o acusado emprestou um aparelho celular para o declarante; que não se recorda a marca do celular; que também não se recorda do número do aparelho celular; que o declarante ficou pouco mais de um mês com o aparelho celular; que o acusado não informou a procedência do celular; que ao final de um mês que o declarante estava com o celular, o acusado chegou e pediu-o de volta; que o acusado não explicou o motivo de estar pegando o celular de volta (...)”(fl. 260) (grifos e negritos nosso). Como se vê, a prova oral e documental juntada aos autos, demonstra suficientemente a materialidade e a correspondente autoria, revelando que o acusado utilizou-se da sua função de agente da segurança pública para apropriar-se do aparelho celular da vítima em proveito próprio, habilitando-o em seu nome (fl. 159), e, posteriormente, o emprestando à testemunha O.C., demonstrando, assim, o***

animus de assenhramento do citado aparelho. *O próprio acusado, apesar de afirmar que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, relata em seu interrogatório que ficou com o celular em seu poder, não realizando as providências cabíveis, em especial a realização do auto de apreensão. No mais, revelou ainda que habilitou o aparelho em nome de outra pessoa sem comunicar tal fato ao superior hierárquico, conforme consta às fls. 219/223: "(...) que o interrogando deixou o aparelho celular na delegacia, dentro de um compartimento pessoal, no armário coletivo da seção, que o celular ficou em seu armário por cerca de um ano, que o interrogando habilitou o celular em nome de O.C., para que esse atuasse como informante da polícia, que quando o interrogando levou o celular para a delegacia e o colocou em seu armário, não feito o auto de apreensão; (...)”(grifou-se). Ao final, constata-se que a conduta do acusado resta fortalecida na figura típica descrita no art. 312, § 1º do Código Penal Brasileiro, eis que realizou os elementos objetivos e subjetivos daquele tipo penal, não se verificando em seu favor quaisquer das causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, pois, imputável, detinha pleno conhecimento do caráter ilícito de sua atitude, não empreendendo esforços para agir conforme o direito. (grifos nossos)*

Da referida sentença foi interposto recurso de apelação criminal, que restou provido para acolher a prescrição da pretensão executória, nos termos da seguinte ementa:

PENAL. PECULATO-FURTO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I – Ultrapassado o lapso prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia e comprovado o trânsito em julgado para acusação, há de ser declarada a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva.

II – Recurso conhecido e provido.

(Acórdão 536407, 20040910147696APR, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Revisor: MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 08/09/2011, Publicado no DJE: 22/09/2011. Pág.: 202)

Portanto, a e. 1ª Turma Criminal apenas e tão somente reconheceu a impossibilidade de o Estado exercer o direito de punir, pois que prescrita a pretensão executória. Segundo doutrina GUILHERME DE SOUZA NUCCI³, isto não faz desaparecer os efeitos secundários da condenação:

Tratando-se de prescrição da pretensão punitiva, não possui efeito alguma a eventual sentença condenatória, que já tenha sido prolatada. (...)

*Quando, no entanto, se tratar de prescrição da **pretensão executória**, ou seja, o lapso temporal completou-se depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, **permanecem os efeitos secundários da sentença – como maus antecedentes, a possibilidade de gerar reincidência, além da formação do título executivo judicial.** (grifo nosso)*

Portanto, não houve afastamento das questões decididas pelo juízo criminal, não havendo que se falar na aplicação das exceções previstas no art. 65 do CPP, mas da incidência daquelas hipóteses contidas nos arts. 66 e 67, II do mesmo diploma processual penal.

À vista de tudo o que foi esposado, inarredável à conclusão de que houve fato ímprobo praticado pelo réu J. F. S.

Em que pese reconheça a inviabilidade de o réu ser absolvido dos fatos que lhe são imputados, não há que se falar na pretendida decretação da perda do cargo público, consoante decidiu a r. sentença:

Nesse contexto, entendo que a perda da função pública, conforme pleiteado pelo autor, mostra-se excessiva e desproporcional, tendo em vista que o réu, em quase vinte anos de exercício da atividade policial, possui diversos elogios averbados em sua ficha funcional e apenas uma punição (fls. 95/98). Além disso, embora o requerido tenha se enriquecido ilicitamente com a apropriação de bem de particular, o referido bem foi restituído à vítima, não havendo maiores prejuízos.

Com o intuito de evitar novas práticas similares, todavia, entendo ser aplicáveis as demais penas previstas no inciso I do art. 12 da Lei 8.429/92.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. p. 242.

Em adendo, relevante lembrar que a sentença condenatória criminal, no tocante a dosimetria da pena, fixou a pena definitiva no mínimo legal:

Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68 do CPB, passo à individualização da pena em relação ao acusado:

Observa-se que: a) a culpabilidade do acusado vem demonstrada por meio de índice regular de reprovabilidade; b) é primário (fls. 262/265); c) sua conduta social não foi devidamente investigada; d) sua personalidade dá indícios de que este pode ter sido um fato isolado em sua vida; e) os motivos são injustificáveis e reprováveis; f) as circunstâncias são comuns à espécie; g) as consequências foram, praticamente, as de rotina para delitos desta espécie; h) o comportamento da vítima em nada contribuiu para a ação delitiva.

*Sendo assim, após a detida análise de suas circunstâncias judiciais, as quais lhe são favoráveis, **FIXO-LHE A PENA BASE no mínimo legal** para a imputação que lhe é feita, ou seja, em 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO.*

Diante do comando do art. 68 do Código Penal, verifico a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, razão pela qual, mantenho a reprimenda, fixando-a, DEFINITIVA E CONCRETA, em 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. (grifo nosso)

Se na seara criminal a pena foi aplicada no patamar mínimo – da qual não houve interposição de recurso pelo Ministério Público – não vislumbro razão válida, sob qualquer fundamento, apta a impor aplicação da punição máxima prevista na lei de improbidade.

Acerca das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, assim dispôs seu art. 12:

*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:*

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.

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. (grifo nosso)

Da leitura dos dispositivos invocados, ficam claras duas premissas: a) as penalidades podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa; e b) devem guardar proporcionalidade com o dano causado pelo ato ímprobo.

Acerca da cumulação ou aplicação isolada das penalidades previstas na lei de improbidade, bem asseverou o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, no voto proferido quando do julgamento do REsp 622.234/SP:

Em termos de improbidade administrativa, onde se lê “ressarcimento integral do dano” deve compreender-se unicamente os prejuízos efetivamente causados ao Poder Público, sem outras considerações ou parâmetros.

Ora, a Lei 8.429/92 – LIA, em seu art. 12, arrola diversas sanções concomitantemente aplicáveis ao ressarcimento (não sendo este, frise-se, verdadeiramente uma sanção) e são elas que têm o objetivo de verdadeiramente reprimir a conduta ímproba e evitar o cometimento de novas infrações. Somente elas estão sujeitas a considerações outras que não a própria extensão do dano.

*O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; **as outras demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano.** Vale dizer: o ressarcimento é providência de caráter rígido, i.e., sempre se impõe e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público.*

*A perda da função pública, a sanção política, a multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios do Poder Público, ao contrário, **têm caráter elástico, ou seja, são providências que podem ou não ser aplicadas e, caso o sejam, são dadas à mensuração** – conforme, exemplificativamente, **à magnitude do dano, à gravidade da conduta e/ou a forma de cometimento do ato** – nestes casos, tudo por conta do p. ún. do art. 12 da Lei 8.429/92. A bem da verdade, existe uma única exceção a essa elasticidade das sanções da LIA: é que pelo menos uma delas deve vir ao lado do dever de ressarcimento.(...)*

Na verdade, essa criteriosa separação torna-se mais imperiosa porque, na seara da improbidade administrativa, existem duas consequências de cunho pecuniário, que são a multa civil e o ressarcimento. A primeira vai cumprir o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo, enquanto o segundo vai cumprir a missão de caucionar o rombo consumado em desfavor do erário.

É preciso reconhecer e bem lidar com essa diferenciação para evitar uma proteção da moralidade de forma deficiente ou excessiva, pois ambas as situações corresponderiam à antítese da proporcionalidade. *(grifos nossos)*

Em similares termos é o magistério de TEORI ALBINO ZAVASKI⁴:

4 ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 115.

*Quanto à obrigatoriedade ou não de aplicação cumulativa das penas, a questão ficou superada com o advento da Lei 12.120/09, que deu nova redação ao caput do art. 12 da Lei 8.429/92, deixando expresso que as cominações pelo ato de improbidade “podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”. A doutrina anterior, segundo a qual cabia ao juiz aplicar “em bloco” todas as sanções que a lei prevê, poderia conduzir a grandes injustiças e até a situações absurdas. **Não se justifica, por exemplo, que qualquer ato de improbidade, por menos grave que seja, deva necessariamente acarretar a perda do cargo público ou do mandato eletivo e a suspensão dos direitos políticos, penas essas cuja gravidade importaria uma brutal desproporção com o ilícito cometido e as suas consequências. Têm razão, assim, os que recomendam, amparados em precedentes da jurisprudência e agora no próprio texto normativo, um juízo mais flexível, baseado no princípio da proporcionalidade, apto a conter os excessos eventualmente decorrentes da aplicação da pena.** (grifos nossos)*

Portanto, havendo elasticidade na aplicação das penalidades, podem estas ser aplicadas cumulativamente ou de forma isolada, tudo de acordo com a gravidade da conduta ímproba e seus reflexos. Ou seja, mesmo sendo reconhecida a improbidade, não significa que haverá inexoravelmente a aplicação de todas as sanções previstas na norma.

Ultrapassada a questão, é inolvidável lembrar que qualquer medida, para ser válida, deve guardar consonância com o princípio da proporcionalidade. Este, a seu turno, se encontra bem definido por DANIEL SARMENTO e CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO⁵, nos seguintes termos:

*Outra discussão existente diz respeito à natureza principiológica da exigência de respeito à proporcionalidade. Apesar do uso já consolidado da expressão “princípio da proporcionalidade”, há quem entenda que a proporcionalidade não opera como um verdadeiro princípio – no sentido de mandado de otimização – mas como **autêntica regra, eis que aplicada sob a lógica do “tudo ou nada”**.*

5 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho, 1. ed, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

*Outros sustentam que a proporcionalidade atua como um “postulado aplicativo”, já que não possui conteúdo próprio, prestando-se tão somente a regular a aplicação de outras normas constitucionais. De nossa parte, entendemos que a **proporcionalidade representa autêntico princípio**. Primeiramente, porque **a sua incidência deve ser calibrada em razão da tensão com outros princípios constitucionais, como a democracia e a separação de poderes**. É isso que justifica que, em determinadas hipóteses, se recomende ao Judiciário uma postura de autocontenção na aplicação da proporcionalidade, em favor das decisões adotadas por outros órgãos estatais. Portanto, **não há aplicação da proporcionalidade de acordo com a lógica do “tudo ou nada”**. E, em segundo lugar, porque **existe, sim, um conteúdo material próprio da proporcionalidade, ligado à contenção racional do poder estatal**. É certo que a proporcionalidade pode ser empregada em conjugação com outras normas constitucionais, para evitar que os bens jurídicos que as mesmas tutelam sejam restringidos de maneira injustificada ou imoderada. (grifos nossos)*

À vista disso, inarrável concluir que a proporcionalidade é medida de limitação dos atos estatais, constituindo tanto mecanismo interpretativo quanto de controle posto à disposição dos juízes, como instrumento de contenção ao poder, outrora ilimitado, do Estado sobre seus cidadãos.

Ocorre que deste postulado maior decorre aquilo que a doutrina denomina os “subprincípios” derivados da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, mais uma vez aqui se utiliza os luminares ensinamentos dos renomados professores dantes citados⁶:

*O subprincípio da adequação, também conhecido como subprincípio da “idoneidade”, impõe, de acordo com a concepção dominante, duas exigências, que devem ser satisfeitas simultaneamente por qualquer ato estatal: (a) **os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos**; e (b) **os meios adotados devem ser aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos referidos fins**.*

(...)

6 Idem.

*O subprincípio da necessidade impõe que, dentre diversas medidas possíveis que promovam com **a mesma intensidade uma determinada finalidade**, o Estado opte **sempre pela menos gravosa**. Com base neste subprincípio, **torna-se possível invalidar medidas estatais excessivas, que restrinjam em demasia algum direito ou interesse juridicamente protegido**.*

(...)

*O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda que **a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto**. Ele determina que se verifique se o grau de afetação a um direito ou interesse, decorrente da medida questionada, pode ou não ser justificado pelo **nível de realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida**. Trata-se, em suma, de **uma análise comparativa** entre os custos e benefícios da medida examinada – seus efeitos positivos e negativos –, realizada **não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores**.*

A somatória dos três conceitos leva, mais uma vez, à conclusão de que o postulado da proporcionalidade é a medida de controle das restrições estatais sobre o cidadão, verdadeiro primado que define *a limitação da limitação*.

Sintetizando, ter-se-á que: a) a *adequação* reflete a legitimidade dos meios estatais e sua aptidão aos fins que se propõe; b) a *necessidade* obriga que o Estado, ao definir uma diretriz, a faça pela forma menos gravosa; e c) a *proporcionalidade em sentido estrito* induz a imperatividade de que o Estado compense sua atuação restritiva promovendo o interesse contraposto.

Sobre a aplicação dos três *subprincípios* especificamente à improbidade, leciona EMERSON GARCIA⁷:

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade será observado com a verificação dos seguintes fatores: a) adequação entre os preceitos da Lei 8.429/1992 e o fim de preservação da probidade administrativa, salvaguardando o interesse público e punindo o ímprobo; b) necessidade dos preceitos

7 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

da Lei 8.429/1992, os quais devem ser indispensáveis à garantia da probidade administrativa; c) proporcionalidade em sentido estrito, o que será constatado a partir da proporção entre o objeto perseguido e o ônus imposto ao atingido, vale dizer, entre a preservação da probidade administrativa, incluindo as punições impostas ao ímprobo, e a restrição aos direitos fundamentais (livre exercício da profissão, liberdade de contratar, direito de propriedade etc.).

No tocante à razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, doutrinam LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e ROGERIO FAVRETO⁸:

Realmente a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92) trouxe um marco no controle dos atos administrativos. O elevado diferencial da lei foi a adoção de graves penas para aqueles que forem condenados por atos de improbidade, especialmente a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Mas considerando a já mencionada gravidade das penas, o que ocorre, em muitos processos judiciais, na linha já exposta, é a confusão entre ilegalidade e improbidade já que nem sempre a existência da primeira tem como efeito automático presença da segunda.

*Deste modo, duplo cuidado deve ser tomado: a) nem sempre haverá improbidade quando praticada uma ilegalidade e; b) **ainda que a ilegalidade possa caracterizar-se como um ato ímprobo, haverá sempre a necessidade de gradação da pena, com a análise de diversos elementos que devem estar nos autos (dolo ou culpa, experiência do agente público, repercussão financeira para o Poder Público etc.).***

*A regra do parágrafo único do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (atualmente também no seu caput) **exige que haja – até em consonância com as diretrizes constitucionais – uma adequação na aplicação das penas. Em outros termos, mostra-se indispensável que as penas sejam aplicadas segundo os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade e que haja a devida motivação na imposição de cada uma delas.***

8 JUNIOR, Luiz Manoel Gomes, FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Não é ocioso acrescentar, desde já, que em um Estado Democrático de Direito inexistente Poder Absoluto. Todos os atos de quaisquer dos Poderes do Estado – Judiciário, Executivo e Legislativo – sujeitam-se à Constituição Federal e, ainda, aos princípios nela inseridos.

E um dos limites mais evidentes na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo é o da razoabilidade, também intitulado como da proporcionalidade.

*Alias, neste sentido deve ser frisado que a Lei de Improbidade, em seu art. 12, caput, com redação dada pela Lei 12.120/2009, passou a estabelecer que as sanções previstas **podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, deixando expressa a necessidade de proporcionalidade na aplicação de suas sanções.***

De outro lado, as penas devem ser graduadas segundo a gravidade do ato praticado, sob pena de restar violada a norma do parágrafo único, do art. 12, da Lei de Improbidade.

(...)

*Em outros termos, **não se pode admitir o excesso, havendo a necessidade não só de adequação e proporcionalidade frente ao ato praticado, como expressa motivação a justificar cada uma das penas impostas.***

(...)

Devem o Administrador, Legislador e o Julgador, sopesarem os fins a serem alcançados e os meios empregados, de forma que esses justifiquem aqueles. É a proibição do excesso.

(...)

A gravidade da conduta deve orientar na aplicação da pena, deve ser reservada para as hipóteses em que haja evidente desvio de poder que interfira no regular funcionamento da Administração Pública, ou que cause manifesto e grave prejuízo patrimonial. (grifos nossos)

Partindo das premissas lançadas pelos abalizados doutrinadores, tem-se que as penalidades definidas pela lei de improbidade podem ser aplicadas isoladamente

e que devem ser proporcionais e razoáveis, sendo estritamente correlatas com o dano e seus reflexos, bem como as circunstâncias pessoais do agente.

Com escopo nessas assertivas, não é válido o argumento do ente ministerial, consistente na inafastabilidade da aplicação da **mais grave penalidade** aplicável ao servidor, qual seja: **A PERDA DO CARGO**.

Conquanto se reconheça o ato de improbidade cometido pelo apelante/réu, este tem – à míngua dos fatos em exame – exercido a função policial com dignidade e decoro por aproximadas duas décadas, constando vários elogios em sua ficha funcional e apenas uma informação em seu desabono (fls. 95/98 dos autos 2008.01.1.130185-9).

Nessa vertente, considerando a situação funcional do apelante/réu e os fatos que levaram a sua condenação por improbidade, resta **ABSOLUTAMENTE DESPROPORCIONAL À PRETENDIDA DECRETAÇÃO DA PERDA DO CARGO PÚBLICO**, sendo descabida a pretensão de fazer incidir tal penalidade. No sentido é o precedente:

“A aplicação das penas pela prática de atos de improbidade deve ter em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não sendo prudente que haja tratamento igualitário a situações desiguais, nem que a condenação seja excessivamente gravosa em face da extensão e da natureza das condutas sancionadas.” (Acórdão 427475, 20060110314190APC, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: ALFEU MACHADO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/06/2010, Publicado no DJE: 16/06/2010. Pág.: 102)

Nada obstante, rogando as mais respeitosas vênias ao voto do eminente relator, há que ser reconhecida **invencível contradição interna** ao se afirmar que, a despeito da boa conduta do apelante/réu, da restituição do bem à vítima, bem como da inexistência de maiores prejuízos, seria **imperativa a decretação da perda do cargo de policial**. Para melhor entendimento, peço vênias para transcrever, no ponto, o voto do relator:

Não há vedação e nem obrigação legal para a cumulação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, devendo, no entanto, ser observada a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente na fixação das penas (art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92).

Saliente-se que o acusado, em quase vinte anos de exercício da atividade policial, possui diversos elogios averbados em sua ficha funcional e apenas uma punição (fls. 95/98), o bem foi restituído à vítima, não havendo maiores prejuízos.

Contudo, assiste razão ao Ministério Público quando afirma que o ato praticado pelo réu é incompatível com o exercício do cargo de policial, o que impõe a decretação da perda do cargo de policial civil. (grifo nosso)

Ora, se o ato é reconhecidamente ímprobo, por óbvio, ofendeu a dignidade do exercício da função. Contudo, não significa por si só a automática perda do cargo, havendo na lei meios outros de fazer valer a função disciplinar que não à medida extrema.

Sob essa premissa, que deve ser refutada com veemência, qualquer ato indecoroso, por mais irrelevante que fosse, sujeitaria à perda do cargo.

Mister ressaltar que tal medida causará danos irreparáveis ao servidor e às pessoas que dele dependem, bem como ao próprio poder público, que perderá agente treinado, capaz e apto ao pleno exercício de suas funções.

É de se asseverar, ainda, que a penalidade aplicada ao servidor pela autoridade máxima do Poder Executivo do Distrito Federal foi a de suspensão – sendo, contudo, o feito arquivado, pela prescrição da pretensão punitiva da administração. Neste particular, confira-se o que foi decidido pela r. sentença prolatada nos autos em apenso (2009.01.1.078685-2):

Foi instaurado contra o requerido J.F. de S. uma Comissão Permanente de Disciplina da PCDF para apuração de conduta praticada por aquele consistente na apropriação de aparelho celular pertencente à particular para uso próprio e de terceiro.

Nesse passo, foi concluído que o requerido J. violou os “mandamentos proibitivos implícitos no artigo 43, incisos VIII e LXII da Lei Federal 4.878/65 e artigo 132, incisos I e IV da Lei Federal 8.112/90, estando este último dispositivo definido no artigo 11, caput, da Lei Federal 8.429/92, cujas sanções são de suspensão para a primeira e de demissão para segunda, nos termos do art. 47 parágrafo único e no art. 48, inciso II, ambos da Lei 4.878/65, bem como

de demissões para as demais, conforme art. 132, caput, da Lei 8.112/90.”- fl. 50 (Processo Disciplinar 02/2006-CPC, instaurado pela Portaria 974, de 01.02.2006).

Restou sugerido ainda, pela referida Comissão, que quanto às imputações apenadas com demissão, face a supremacia do interesse público e histórico funcional do acusado, fosse aplicada a pena de suspensão de 90 dias, também aplicável às transgressões disciplinares de natureza gravíssima, em razão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (fl. 50).

No Parecer 076/2007 – PROPES/PGDF, realizado pela Procuradoria-Geral do DF, foi concluído pela legalidade do supracitado processo administrativo disciplinar e sugerido o retorno dos autos ao Gabinete da Governadoria para que o Governador do DF procedesse ao julgamento, afastando apenas a invocação ao art. 132, I, da Lei 8.112/90 (fl. 61).

Todavia, na fundamentação do referido parecer restou consignado que, em virtude da possibilidade de abrandamento da penalidade de demissão, ficaria a cargo da autoridade julgadora decidir se demitia o servidor ou apenas aplicaria a pena de suspensão proposta pela Comissão (fl. 59).

Nesse passo, o então Governador do Distrito Federal, em 13.02.2008, acolheu parcialmente o Relatório da Comissão Processante da PCDF, consubstanciado no Parecer 0076/2007-PROPES/PGDF, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e determinou o arquivamento dos autos (fl. 104), sendo este ato publicado no DODF de 14 de fevereiro de 2008 (fl. 52).

Ora, conforme consignado anteriormente, as esferas administrativa, civil e penal são independentes. Dessa forma, praticado um ilícito administrativo por servidor público, este será apurado pela própria Administração Pública, sem prejuízo da instauração da ação penal e ação civil por ato de improbidade, como ocorreu em relação à conduta descrita na inicial.

Cumprir registrar, por oportuno, que quando da prolação do ato de arquivamento do processo administrativo disciplinar pelo então Governador do DF, em 13.02.2008, não havia sido proferida sentença no processo criminal instaurado contra o requerido J. (autos 2004.09.1.014769-6), que ocorreu

em 16.01.2009 (informação constante no site do TJDF), nem sequer havia sido instaurada a ação civil por ato de improbidade administrativa (autos 2008.01.1.130185-9), a qual foi ajuizada apenas em 07.10.2008 (informações constantes no site do TJDF).

Dessa forma, não há que falar em vinculação da Administração Pública à aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa ou de ato previsto como crime, uma vez que não havia tal definição nas esferas criminal e civil por ocasião da decisão proferida na esfera administrativa.

Por outro lado, em relação às transgressões disciplinares apontadas no relatório da Comissão Permanente de Disciplina da PCDF (art. 43, incisos VIII e LXII, da Lei 4.878/65), para as quais há previsão de pena de suspensão e demissão, verifico que aquelas infrações não possuem definição precisa, deixando certa margem de discricionariedade para o Administrador no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos em lei, conforme pode-se verificar dos dispositivos a seguir transcritos:

Art. 43. São transgressões disciplinares:

VIII – praticar ato que importe em escândalo ou que concorra para comprometer a função policial;

LXII – praticar ato lesivo da honra ou do patrimônio da pessoa, natural ou jurídica, com abuso ou desvio de poder, ou sem competência legal;

Art. 47. A pena de suspensão, que não excederá de noventa dias, será aplicada em caso de falta grave ou reincidência.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, são de natureza grave as transgressões disciplinares previstas nos itens I, II, III, VI, VII, VIII, X, XVIII, XX, XXI, XXVI, XXVII, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVII, XXXIX, XLI, XLII, XLVI, XLVII, LVI, LVII, LIX, LX e LXIII do art. 43 desta Lei.

Art. 48. A pena de demissão, além dos casos previstos na Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952, será também aplicada quando se caracterizar:

II – transgressão dos itens IV, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXVIII, XXXVI, XXXVIII, XL, XLIII, XLIV, XLV, XLVIII, L, LI, LII, LIII, LV, LVIII, LXI e LXII do art. 43 desta Lei.

Dessa forma, ao Governador competia a análise do enquadramento da conduta praticada pelo requerido J. dentre os ilícitos previstos na Lei Federal 4.878/65, sendo certo que esta análise não pode ser arbitrária, na medida em que deve ser aplicada a pena disciplinar levando em consideração a natureza e gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

Nesse contexto, o então Governador do DF entendeu por arquivar o processo administrativo disciplinar, o qual visava a aplicação da pena de demissão, e motivou seu ato com base no relatório da Comissão Permanente de Disciplina da PCDF e no Parecer 0076/2007-PROPE/PGDF, nos quais havia a clara indicação da possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão ao servidor, levando em consideração a natureza e gravidade da infração por ele praticada.

Portanto, entendo que o ato administrativo ora impugnado foi devidamente motivado e foi praticado dentro da margem de apreciação do enquadramento dos fatos aos ilícitos administrativos previstos em lei pelo então Governador do DF (discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei), não competindo ao Judiciário imiscuir na referida apreciação. (grifo nosso)

Ultrapassada a questão afeta à perda do cargo público, passo ao derradeiro tópico, qual seja a suspensão dos direitos políticos, decretada pela sentença ora vergastada.

Como já restou assentado, não sendo obrigatória a imposição cumulativa das sanções, e considerando que os fatos não decorreram do exercício da função de agente político, igualmente não se afigura adequada e necessária à suspensão dos direitos políticos. Neste diapasão, adverte EMERSON GARCIA⁹:

Considerando que a suspensão dos direitos políticos importa em restrição ao exercício da cidadania e a perda da função pública em restrição ao exercício de atividade laborativa lícita, afigura-se evidente que essas sanções não se mostram adequadas em relação a não poucos atos de improbidade. A reprimenda ao ilícito deve ser adequada aos fins da norma, resguardando-se a ordem jurídica

9 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 695.

e as garantias fundamentais do cidadão, o que preservará a estabilidade entre o poder e a liberdade.

No caso dos autos a medida é iníqua à finalidade proposta pela lei, resultando em penalidade exacerbada e sem nenhuma função prática, repressora ou preventiva, pois que o ato ímprobo não se deu pelo uso inadequado de cargo eletivo ou correlato. Portanto, apenas quanto a este tópico, deve a r. sentença sofrer breve censura.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso do M. P. D. F. T., ao passo que DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de J. F. S., para EXCLUIR A CONDENAÇÃO À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS por oito anos. No mais, mantenho o que foi decidido na origem.

É como voto.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso do réu e dar provimento ao recurso do Ministério Público do Distrito Federal e territórios por maioria. Vencido o Vogal.

APELAÇÃO CÍVEL

2008011137174-4

Relator – Des. Getúlio de Moraes Oliveira

Terceira Turma Cível

EMENTA

Administrativo. Ação civil por ato de improbidade administrativa. Inadequação da via eleita. Nulidade sentença. Ausência de fundamentação. Preliminares rejeitadas. Lei 8.429/92. Princípios da Administração Pública. Ofensa. Constrangimento ilegal. Prova. Conduta antijurídica. Sanção legal. Condenação criminal. Multa civil. Patamar razoável. Sentença confirmada.

1. A ofensa ao disposto no artigo 11 da Lei 8.429/92 dispensa a comprovação de enriquecimento ilícito do servidor público, bem como a prova de dano ao erário, sendo necessária apenas a demonstração de conduta contrária aos princípios da Administração Pública. Precedentes jurisprudenciais. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada.

2. Rejeita-se preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação se o magistrado deduziu as razões de fato e de direito que levaram ao seu convencimento, em estrita observância ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

3. “A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11)”. STJ, AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012.

4. A prova inequívoca da conduta antijurídica ofensiva aos princípios da Administração Pública, consubstanciada no constrangimento de pessoa para obtenção de vantagem indevida – dinheiro –; revela a ilegalidade da abordagem da vítima, o desvio de conduta dos policiais, bem como a violação aos princípios da legalida-

de, impessoalidade e moralidade, e aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade à Corporação, o que impõe a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92.

5. A independência das esferas civil e penal não obsta ao Juízo Cível a utilização dos elementos concernentes aos fatos e provas apurados em processo criminal, que resultou na condenação dos acusados pela prática do crime de extorsão.

6. Multa civil fixada em patamar razoável.

7. Recursos desprovidos.

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 – 1º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Otávio Augusto, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminares. Negar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. Sentença, *in verbis*:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de A.H.B.V. e L.C.S.L.

De acordo com o relato contido na inicial e documentos que a acompanharam, no dia 17 de abril de 2008, a partir das 7h50min, os autores, valendo-se da condição de policiais civis e em razão das informações que detinham pelo exercício dela, previamente ajustados, com unidade de desígnios, praticaram extorsão contra E.F. da C., funcionário do 5º Distrito Rodoviário do DER.

Após interceptarem a vítima nas proximidades de seu local de trabalho na BR 080 (antiga DF 180), em Brazlândia/DF, os réus forçaram-na a acompanhá-los a outros lugares – primeiramente até um colégio localizado entre a Vila São José e o Setor Veredas, em Brazlândia, e depois no trajeto Brazlândia/Taguatinga. Durante o deslocamento realizaram “entrevista” questionando os veículos de propriedade do ofendido e a quantia em dinheiro que detinha em casa ou em estabelecimentos bancários, acabando por exigir a entrega de R\$ 24.000,00 até as 16h daquele mesmo dia, sob pena de prisão.

Ainda segundo a peça de ingresso, a conduta dos réus transcorreu ao desabrigo das normas e procedimentos legais e somente foi estancada com a intervenção da Polícia Militar que os prendeu em flagrante pela prática do crime de extorsão, após ser acionada e comunicada do fato por parte de um vigia do DER que avistara a abordagem à vítima. Já no interior da Delegacia de Polícia para a qual foram conduzidos, verificou-se que um dos veículos utilizados pelos acusados na criminosa empreitada era produto de roubo.

O Ministério Público sustentou que o comportamento dos réus configuraria o ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 da Lei 8.429/92 e, justamente por isso, requereu ao final a condenação dos mesmos na perda definitiva da função pública, na suspensão dos direitos políticos, no pagamento de multa civil e na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, na forma da lei em referência.

Os réus foram notificados, conforme art. 17 da Lei 8.429/92 e se manifestaram às fls. 207/227.

Arguíram, em preliminar, a carência de ação sustentando a ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento do feito e a ausência de interesse de agir. Afirmaram, ainda, a inépcia da inicial.

No mais, sustentaram a inexistência de qualquer indício da prática de crime ou de ato de improbidade administrativa e a ausência de prova de que tenham realmente auferido vantagem econômica indevida na ação. Aduziram, ainda, que a acusação, da forma como elaborada, transformaria toda e qualquer conduta policial em ato de improbidade.

A decisão interlocutória de fls. 229/231 rejeitou as preliminares arguidas e recebeu a inicial, determinando o processamento do feito. Registro que em face da referida decisão os autores manejaram o Agravo de Instrumento 2009.00.2.017509-6, ao qual foi negado provimento na 3ª Turma Cível do TJDF.

Os réus foram então citados e apresentaram resposta em forma de contestação, juntada às fls. 244/268.

Insistiram nas preliminares de ilegitimidade do Parquet e ausência de interesse de agir.

No mérito, a defesa sustentou que o autor não indicou precisamente a conduta dos réus que pudesse caracterizar a prática de improbidade administrativa; que a abordagem à suposta vítima observou os padrões normais da atividade policial; que à época dos fatos o segundo réu estava lotado na Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos, encarregado de investigar quadrilha de desmanche de automóveis envolvendo pessoas residentes em Brazlândia e justamente por isso atuou na região na data registrada na inicial, no regular exercício de sua função investigatória; que o primeiro réu, apesar de estar afastado da atividade policial, auxiliou o segundo no procedimento investigativo, após receber dele solicitação nesse sentido e devido à carência de agentes que pudessem fazê-lo; que os réus abordaram a suposta vítima da extorsão e a entrevistaram, mas como ela "não tinha conhecimento total do esquema em que estava envolvido e ainda que era pessoa com endereço e trabalho fixo, resolveram voltar a Brazlândia e liberá-la"; que os acusados não exigiram vantagem econômica indevida e não sabiam da origem ilícita de um dos veículos utilizados na operação; que inexistiu irregularidade na abordagem dos réus à vítima e não houve intimidação com o propósito de obterem vantagem econômica ilegal.

O Ministério Público se manifestou em réplica, reiterando sua convicção apresentada na inicial (fls. 346/352).

Houve posterior desmembramento da defesa dos réus. O primeiro – A.H.B.V. – constituiu novo patrono que em seu favor ofertou defesa às fls. 355/398, reiterando a negativa da imputação ministerial, sustentando, em suma, ter inexistido ilegalidade no comportamento do acusado que pudesse configurar a prática de

crime de extorsão ou de ato de improbidade administrativa. Consta na referida peça que o réu somente teve participação na ação relatada na inicial após “apelo insistente” do outro denunciado (L.C.S.L.), que desconhecia a origem ilícita do veículo utilizado na empreitada, que a abordagem e entrevista à suposta vítima não excedeu os padrões policiais e que não obteve vantagem econômica ilegal.

A defesa afirmou, ainda, a inadequação da propositura da ação civil de improbidade administrativa dada a ausência de interesse processual, pois a perda do cargo público somente poderia se dar na via da ação criminal e defendeu não restar comprovado o necessário dolo na conduta do acusado, em especial porque a palavra da vítima não mereceria crédito, diante de seu envolvimento com a prática de atos ilegais relacionados à investigação policial.

Houve nova manifestação do Ministério Público às fls. 456/463, inclusive procedendo à juntada de cópia da sentença penal condenatória imposta aos réus no Juízo Criminal de Brazlândia em decorrência dos mesmos fatos descritos na inicial.

Seguiu-se com a instrução nos presentes autos.

Inicialmente, o Juízo determinou que fossem prestados esclarecimentos acerca da investigação policial conhecida como “Operação Fanfarrão”, na qual teve participação o Agente da Polícia Civil ora segundo réu L.C.S.L. Na sequência foi deferida e produzida prova oral consistente na colheita do depoimento pessoal dos réus e oitivas das testemunhas arroladas pelas partes (fls. 1126/1145 e 1176/1181).

As partes apresentaram memoriais: o Ministério Público às fls. 1182/1211; L.C.S.L. às fls. 1217/1232 e A.H.B.V. às fls. 1244/1258. Todos reiteraram a linha de raciocínio desenvolvida nas peças anteriores, deduzindo idênticos pedidos.

É o relatório. Passo à fundamentação. (Fls. 1.260/1.263).

Acrescento que o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido nos seguintes termos, *in verbis*:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para:

1) Condenar definitivamente os réus na perda da função pública;

II) Impor-lhes a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, em razão da gravidade do fato, da extrema incompatibilidade com a função que exerciam e evidente prejuízo à imagem da Polícia e da própria Administração;

III) Condená-los no pagamento de multa civil em quantia equivalente a 5 (cinco) vezes o valor da remuneração mensal que auferiam à época do fato, conforme diretriz acima adotada;

IV) Proibir os réus de contratarem com o Poder Público ou dele receberem quaisquer benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios, pelo prazo de 3 (três) anos.

Julgo extinto o feito, na forma do art. 269, I, do CPC.

Sem custas e honorários em face da natureza da ação.Fl. 1.269.

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo Réu L.C.S.L. (fls. 1.273/1.277), conforme Decisão às fls. 1.327/1.328 dos presentes autos.

Inconformados, os Réus interpõem recursos de apelação.

O Réu A.H.B.V. suscita preliminar de inadequação da via eleita, ao argumento de a Lei 8.429/92 tem por escopo a penalização de atos praticados por servidor público no exercício da função, que gera dano ao erário, ocasionando enriquecimento ilícito; e que a inicial aponta suposta prática dos crimes comuns de extorsão e receptação.

Argumenta que o fato apurado não se enquadra aos ditames da Lei de Improbidade, e que a perda do cargo público poderá ser levada a efeito através de ação penal, o que revelaria a ausência do interesse de agir do *Parquet*.

Afirma que na valoração das provas deve imperar o princípio *in dubio pro reo*, ante a alegada inexistência de certeza quanto à prática de ato de improbidade.

Sustenta que a abordagem da suposta vítima foi feita de dia, de forma bastante visível, em frente à guarita do seu local de trabalho, e que não houve violência ou utilização de qualquer arma de fogo, e que de forma ostensiva, e após a abordagem, o agente L.C. identificou-se como policial.

Assevera que a obtenção de autorização por escrito ou verbal para realização de diligência policial é uma exceção, e que os policiais primeiro checam as informações que obtém e depois as relatam aos superiores hierárquicos, e que a exigência de conduta diversa engessaria a atividade policial.

Reconhece que o nome da suposta vítima – E. – não apareceu nas escutas telefônicas deferidas para apurar furtos e roubos de veículos, na denominada Operação Fanfarrão, mas que as diligências estavam sendo realizadas na cidade de Brazlândia – DF, e as informações repassadas ao policial L.C. apontavam o envolvimento de E. com os fatos por ele apurados; o que ensejou o levantamento de informações junto àquele.

Argumenta que o fato do policial L.C. não ter comunicado ao seu superior hierárquico sobre a diligência que desejava efetuar não a torna suspeita, e tampouco pode ser interpretada em detrimento dos Réus.

Sustenta que o policial L.C. não integrava mais a equipe da DRPV em razão das alterações promovidas, e que tentou concluir os trabalhos decorrentes da Operação Fanfarrão para após ser transferido.

Afirma que não estava no exercício de suas funções em razão de afastamento preventivo decorrente de outro processo administrativo, no qual foi inocentado, e que possui 17 (dezessete) elogios em seu histórico funcional, tendo descumprido o disposto no inciso XX, do artigo 43, da Lei 4.878/65, e “*sendo merecedor da pena de suspensão prevista na lei*” (fl. 1.307).

Alega que a suposta vítima – E.F. – trabalha como vigilante no DER, e que participava de esquema ilícito de financiamento de veículos sinistrados mediante vantagem pecuniária, tendo criado a versão de extorsão para encobrir os verdadeiros fatos. Alude a mentiras e contradições nos depoimentos prestados por E., o qual, segundo afirma, aufero o salário de R\$ 3.400,00 e possui cerca de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em veículos, e que “*atribuir credibilidade as suas palavras é atestar a total desmoralização das instituições*” (fl. 1.316).

Quanto ao carro utilizado pelos Réus – GM/Astra – o qual era proveniente de roubo, afirma que lhe foi emprestado por E.G. da S., pois seu veículo estava na oficina,

sendo ilação não permitida no âmbito processual a presunção de que tinha conhecimento de sua origem ilícita.

Assevera a inobservância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na imposição judicial de sanção máxima prevista em lei.

Ao final, postula o provimento do recurso, para que seja julgado improcedente o pleito inicial, ou para que seja afastada a perda da função pública e a pena civil, ou a sua redução.

Preparo regular às fls. 1.324/1.325.

Em suas razões recursais, o Réu L.C.S.L. suscita preliminar de insuficiência na fundamentação da r. Sentença (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal), porquanto aviou embargos declaratórios por omissão que não foram acolhidos, tendo aquela sido feita em apenas quatro parágrafos, ancorada em depoimento da suposta vítima de extorsão, do Delegado R.M., e Sentença condenatória proferida em processo criminal.

Afirma que não agiu de forma ímproba, e que executou o seu mister ao investigar o criminoso, para apreender a prova material, que era o dinheiro fruto do estelionato. Alega que como era o único responsável remanescente pela investigação, solicitou ajuda ao colega A., para acompanhá-lo no carro deste.

Assevera que à época dos fatos estava lotado na Delegacia de Repressão aos Furtos de Veículos – DRPV e investigava uma suposta quadrilha de desmanche de carros e clonagem de veículos salvados. Que a investigação inicial contava com um delegado (Dr. Robert) e três agentes de campo, para promoverem diligências, levantamentos, investigações e escutas telefônicas, e que o processo tramitava no Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Ceilândia.

Durante a investigação, afirma que ocorreram mudanças na lotação do DRPV, pois os policiais M.A. e R.L. foram transferidos para outra delegacia, ficando somente o Apelante como responsável pela finalização da investigação em curso, tendo obtido a informação de que E. estaria na posse de duas caminhonetes obtidas por meio de financiamento fraudulento.

Argumenta a inexistência de prova que possa amparar a condenação por improbidade administrativa, porquanto tinha total liberdade para executar diligências e levantamentos relacionados à Operação Fanfarrão, e que o objetivo da inquirição de E. era o de apurar seu envolvimento com supostos delitos investigados na referida operação.

Sustenta que a acusação de extorsão foi inventada por E., o qual compareceu à Delegacia porque foi abordado por policiais militares quando já estava em seu local de trabalho.

Afirma que o depoimento de E. prestado nos autos do Processo Criminal 2008 02 1 001897-4 afasta o suposto crime de extorsão, visto que declara que não ficou intimidado com a abordagem dos policiais, não foi solicitado o cartão bancário e senha, e que não foi ameaçado ou lhe apresentada qualquer arma de fogo.

Defende a subjetividade do artigo 11 da Lei 8.429/92, o qual não pode ser utilizado para todos os casos de transgressão disciplinar, e que não ficou configurado o dolo em malferir os princípios da Administração Pública. Ao final, postula o reconhecimento de fundamentação deficiente da r. Sentença, e a sua reforma, ante a ausência de caracterização da extorsão ou o dolo.

Preparo regular às fls. 1.355/1.356.

Contrarrazões ao recurso às fls. 1.392/1.414.

A Procuradoria de Justiça, em seu Parecer às fls. 1.461/1.472, oficiou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos de apelação.

É o relatório.

VOTOS

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

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra r. Sentença que julgou procedente pedido de condenação dos Réus por prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciado no constrangimento ilegal de E.F. da C., com o intuito

de obter vantagem ilícita, em inobservância aos princípios que regem a Administração Pública (artigo 11, inciso I, da Lei 8.429/92).

De início, registro que o Apelante A.H.B.V. suscita preliminar de inadequação da via eleita, ao argumento de que a Lei 8.429/92 tem por escopo a penalização de atos praticados por servidor público no exercício da função, que gera dano ao erário, ocasionando enriquecimento ilícito; e que a inicial aponta suposta prática dos crimes comuns de extorsão e receptação, bem como que a perda do cargo público poderá ser levada a efeito através de ação penal, o que revelaria a ausência do interesse de agir do *Parquet*.

Ocorre que a caracterização de ofensa ao disposto no artigo 11 da Lei 8.429/92 dispensa a comprovação de enriquecimento ilícito do servidor público, bem como a prova de dano ao erário, uma vez que necessária apenas a demonstração de conduta contrária aos princípios da Administração Pública. Nesse sentido: REsp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, DJe 04.05.2011; REsp 799.094/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 22.09.2008; e REsp 988.374/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 16.05.2008.

Ademais, o fato de os Apelantes terem sido condenados em processo criminal, inclusive com a perda da função pública, não afasta o interesse processual na imposição das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, em autos de Ação de Improbidade Administrativa, porquanto ausente informação de efetiva demissão do serviço público em sede administrativa.

Rejeito, pois, a preliminar.

De igual forma, não prospera a preliminar de insuficiência de fundamentação da r. Sentença (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal), suscitada ao argumento de que o Apelante L.C.S.L. ajuizou embargos declaratórios por omissão, que não foram acolhidos, e que aquela está lastreada em apenas quatro parágrafos.

O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Desse modo, não padece de nulidade a Sentença por ausência de fundamentação se o magistrado deduziu as razões de fato e de direito que levaram ao seu convencimento, em estrita observância à norma do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Sobreleva destacar que as razões deduzidas em sede de embargos de declaração, na verdade, alberga a intenção de modificar o mérito do *Decisum*, adequando-o a tese defendida pela parte (fls. 1.273/1.277 – 1.327/1.328).

Rejeito, pois, a preliminar.

É certo que “a Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11)” (STJ, AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012).

Dispõe o artigo 4º da Lei 8.429/92 que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”, e seu artigo 11, inciso I, 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, e notadamente: praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento diverso daquele previsto, na regra de competência”.

No caso, restou provada a conduta antijurídica dos Apelantes, em flagrante ato doloso de violação aos princípios da Administração Pública, o que autoriza a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92.

Com efeito, o MM. Juiz *a quo* examinou com a acuidade a questão posta *sub judice*, cujas razões adoto como parte integrante deste voto, *in verbis*:

O Ministério Público ajuizou a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de A.H.B.V. e de L.C.S.L., na qual sustentou que os acusados adotaram condutas perfeitamente enquadráveis no comando legal abstrato contido no art. 11, inciso I, da Lei 8.429/92 e, por isso, requereu a

condenação dos mesmos nas seguintes penas: na perda definitiva da função pública, na suspensão dos direitos políticos, no pagamento de multa civil e na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, na forma da lei em referência.

Segundo a peça de ingresso, no dia 17 de abril de 2008, a partir das 7h50min, os autores, valendo-se da condição de policiais civis e em razão das informações que detinham pelo exercício dela, previamente ajustados, com unidade de designios, praticaram extorsão contra o funcionário do 5º Distrito Rodoviário do DER E.F. da C.

Os réus, após interceptarem ilegalmente a vítima nas proximidades de seu local de trabalho, forçaram-na a acompanhá-los a outros lugares realizando procedimento de "entrevista" à margem da regular atuação policial, na qual questionaram sobre os veículos de propriedade do ofendido e a quantia de dinheiro que detinha em casa ou em estabelecimentos bancários, acabando por exigir que lhes entregasse o montante de R\$ 24.000,00 até as 16h daquele mesmo dia, sob pena de prisão.

De acordo com o autor, a conduta dos réus somente foi estancada com a intervenção da Polícia Militar, que os prendeu em flagrante pela prática do crime de extorsão, após ser acionada e comunicada do fato. No interior da Delegacia de Polícia para a qual foram conduzidos, verificou-se, ainda, que um dos veículos utilizados na criminosa empreitada era produto de roubo, restando evidente a incompatibilidade do comportamento deles com o regular exercício das funções policiais.

Quando ainda eram defendidos pelo mesmo patrono constituído, os réus arguíram em contestação a preliminar de carência de ação, por ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento do feito, bem como pela ausência de interesse de agir. Sustentaram, ainda, a inépcia da inicial.

As preliminares já foram devidamente analisadas e afastadas na decisão interlocutória de fls. 229/231, a qual ratifico integralmente e pelas mesmas razões nela estampadas. Registro, aliás, que em face dela os réus manejaram o Agravo de Instrumento 2009.00.2.0175509-6, ao qual foi negado provimento pela 3ª Turma Cível do TJDF.

No curso do processo o primeiro réu passou a ser patrocinado por outro Defensor que em favor dele apresentou a peça de fls. 355/398, na qual arguiu a inadequação da via eleita – ação de improbidade administrativa – para o desiderato de promoção da perda da função pública exercida pelo constituído, o que, no entender do causídico, somente poderia se dar na esfera criminal.

Rejeito igualmente tal argumento, amparado no entendimento sedimentado pelo TJDFT por ocasião do julgamento da APC 2004.01.1.112472-4, acórdão 503538, em 06.04.2011, o qual transcrevo:

1. AS INSTÂNCIAS CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA SÃO INDEPENDENTES, SALVO A HIPÓTESE DE 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.

2. A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA NAS ESFERAS ADMINISTRATIVAS OU CRIMINAL NÃO IMPEDE QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA POR ATO DE IMPROBIDADE SE PRONUNCIE A RESPEITO, DECLARANDO NOVAMENTE A PERDA. É DE TODA CONVENIÊNCIA, INCLUSIVE, QUE ASSIM O FAÇA, OBJETIVANDO ALCANÇAR A IMUTABILIDADE PLENA DO JULGADO CIVIL.

Passo ao exame de mérito propriamente dito.

Os elementos de prova colacionados apontam que os fatos ocorreram exatamente como descritos na peça de ingresso do Ministério Público. Os réus, agindo a margem do procedimento legal, abordaram o agente do DER de nome E.F. da C., no dia 17 de abril de 2008, interceptaram-no e o conduziram para local diverso do posto de trabalho onde estava chegando, com o propósito de realizarem “entrevista” acerca de negócios relacionados à compra e venda de veículos, bem como sobre a quantia em dinheiro que a vítima possuía em casa e em instituição bancária.

Exigiram que o “entrevistado” lhes apresentasse o valor de R\$ 24.000,00 até as 16 horas daquele mesmo dia, sob pena de prisão e envolvimento em quadrilha investigada por roubo e “desmanche” de veículos na cidade de Brazlândia/

DF. Valeram-se, os réus, da função policial civil, tanto para obterem informações sobre a vítima e seus negócios – lícitos ou ilícitos, aqui não interessa – como para coagi-la.

Não contavam, todavia, com a intervenção da Polícia Militar, acionada por um vigilante do DER o qual presenciou a abordagem à vítima, acabando por resultar na perseguição, captura e prisão em flagrante dos agentes públicos. Conduzidos à Delegacia de Polícia, constatou-se que um dos veículos utilizados na desastrada operação era produto de roubo, tudo evidenciando a incompatibilidade do procedimento com as normas que devem reger a atuação e investigação policial.

Ao contrário do alegado pela defesa, os réus não estavam em missão oficial. Nesse sentido, recorro ao depoimento do Delegado de Polícia R.A.M., ouvido no presente Juízo conforme termo de fls. 1134/1135:

“que não houve nenhuma ordem de missão dada ao agente L.C... que pelo que se recorda, nenhum outro agente, nem o depoente tinham conhecimento da diligência de L.; que não é normal cumprir diligências em carro particular, pois há o gasto de combustível e deterioração do bem, sendo que na Delegacia havia várias viaturas disponíveis para o cumprimento de diligências...”

O policial militar F.J. de M.F., igualmente ouvido pelo presente Juízo no curso da instrução, registrou seu contato com a suposta vítima do crime de extorsão, logo após a intervenção que paralisou a empreitada ilícita (fls. 1136/1138):

“...que percebeu que a pessoa estava em estado de pânico; que se recorda que a pessoa teria dito ao depoente que ele havia salvado a vida dele; que a pessoa disse que havia sido levada para um local e havia sido ameaçada; que ela não conseguia falar direito, pois gaguejava muito... o depoente esclarece que se recorda da vítima ter esclarecido que eles queriam dinheiro que ele tinha em conta de um negócio com um carro... esclarece que, no primeiro contato que teve com o Sr. E., ainda no local da abordagem, este estava muito nervoso e não teria falado nada sobre o dinheiro, mas no trajeto até a Delegacia, este estaria mais calmo e teria dito sobre a exigência do dinheiro...”

A vítima da extorsão, E.F. da C., igualmente ouvida no presente Juízo confirmou à fl. 1180:

“...que mais uma vez reafirma que os policiais civis disseram que era para o depoente “resolver o problema do dinheiro”; que também confirma que os policiais disseram que não era para desligar o telefone; que chegou a dizer aos policiais que não haveria como sacar todo o dinheiro de uma vez; que os policiais não falaram que o depoente deveria entregar-lhes os 16 mil reais; que pensou que iria morrer porque os policiais o conduziram para um local desconhecido...”

Apesar das idas e vindas nos diversos depoimentos da vítima prestados na fase policial, no Juízo da Vara Criminal de Brazlândia/DF e no curso da instrução nos presentes autos, não resta dúvida quanto ao fato de que houve ilegal procedimento por parte dos réus. Um deles – L.C.S.L. – não estava em missão oficial; o outro – A.H.B.V. – sequer encontrava-se no exercício de função policial, pois fora dela afastado com base em apurações administrativas que concluíram pela prática de ilícitos outros.

Foi confirmado que um dos veículos utilizados pelos réus não era oficial, ao contrário, consubstanciava produto de roubo. Caso se tratasse de investigação regular, por certo a pessoa ouvida seria conduzida para uma Delegacia de Polícia, não para um local ermo entre Brazlândia e Taguatinga.

Mesmo que se considere a hipótese da suposta vítima de extorsão estar também envolvida em atividade ilícita relacionada à aquisição e venda de veículos, tal circunstância não tem o condão de elidir o procedimento criminoso desenvolvido pelos réus. Exatamente por isso, aliás, foram eles condenados na Vara Criminal de Brazlândia/DF, pelos mesmos fatos que deram azo à propositura da presente ação de improbidade.

Cópia da sentença condenatória encontra-se acostada às fls. 464/482:

A.H.B.V. restou condenado pela prática do crime de extorsão (art. 158, § 1º, do CPB) e por receptação de veículo roubado (art. 180, caput, do CPB); L.C.S.L. foi igualmente condenado e incurso nas penas do crime de extorsão (art. 158, § 1º, do CPB).

A sentença penal condenatória, peça elucidativa e clara no sentido de registrar toda a dinâmica fática, não deixa dúvida quanto à materialidade delitiva, bem como sobre a circunstância de serem os ora réus responsáveis pela prática delitiva.

Diante de sua absoluta correção e propriedade, a sentença foi confirmada integralmente e à unanimidade pela 1ª Turma Criminal do TJDF, em 31/03/2011, por ocasião do julgamento do Recurso de Apelação 2008.02.1.001897-4, interposto pelos condenados, sendo Relator o eminente Desembargador George Lopes Leite, restando assim registrado no acórdão 506914:

"AUTORIA E A MATERIALIDADE DOS CRIMES IMPUTADOS AOS RÉUS FORAM COMPROVADAS PELAS PROVAS COLHIDAS, REVELANDO QUE AMBOS SÃO AGENTES DA POLÍCIA CIVIL E QUE UM DELES FORA DESIGNADO PARA INVESTIGAR FRAUDES EM FINANCIAMENTOS DE VEÍCULOS, PREVALECENDO-SE DOS FATOS APURADOS PARA EXTORQUIR DINHEIRO DO SUPOSTO MENTOR DO ARDIL, ABORDANDO-O NA ESTRADA DE BRAZLÂNDIA COM UM CARRO FURTADO OBTIDO PELO COMPARSA PARA TENTAR ENCOBRIR A AÇÃO CRIMINOSA OU, PELO MENOS, DIFICULTAR SUA ELUCIDAÇÃO."

Então, existe certeza quanto à materialidade do fato que deu ensejo à propositura da ação de improbidade ora sob exame, bem como da autoria imputada aos réus, não havendo como sobressair a linha de defesa por ele desenvolvida, a qual sucumbiu frente aos argumentos e provas produzidas pelo Órgão acusador. Justamente por essa razão, a procedência do pedido ministerial é medida que se impõe.

A conduta dos réus subsume-se perfeitamente à descrição do ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11, inciso I, da Lei 8.429/92, o qual descreve o comportamento visando fim proibido em lei ou regulamento, ou diverso daquele previsto, na regra de competência. Todos os elementos de prova produzidos nestes autos, à idêntica maneira do que já se verificara no Juízo Criminal de Brazlândia/DF, não deixam margem de dúvida quanto ao propósito criminoso alvejado pelos réus.

Segundo prestigiada doutrina, "O art. 11 da Lei 8.429/1992 é normalmente intitulado de "norma de reserva", o que é justificável, pois ainda que a conduta

não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal” (Improbidade Administrativa Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, Lúmen Júris Editora, 4ª Edição, pág. 259).

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para:

I) Condenar definitivamente os réus na perda da função pública;

II) Impor-lhes a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, em razão da gravidade do fato, da extrema incompatibilidade com a função que exerciam e evidente prejuízo à imagem da Polícia e da própria Administração;

III) Condená-los no pagamento de multa civil em quantia equivalente a 5 (cinco) vezes o valor da remuneração mensal que auferiam à época do fato, conforme diretriz acima adotada;

IV) Proibir os réus de contratarem com o Poder Público ou dele receberem quaisquer benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios, pelo prazo de 3 (três) anos.

Julgo extinto o feito, na forma do art. 269, I, do CPC.

Sem custas e honorários em face da natureza da ação.

Com efeito, a versão de realização de diligência policial, relacionada à Operação Fanfarrão; com o objetivo de inquirir a suposta vítima, e apurar o seu envolvimento com delitos investigados na referida operação não subsiste, ante o acervo probatório constante nos autos.

O depoimento de E.F. da C. é incisivo quanto à prática de extorsão pelos policiais, ora Apelantes, *in verbis*:

... que em relação aos fatos narrados na inicial, o depoente se recorda de estar na DER quando o veículo no qual se encontravam os autores parou, tendo os policiais civis ora réus convidado o depoente para ingressarem no veículo, um Astra branco ou prata; que seguiram em direção a Padre Bernardo, e no ca-

*minho os policiais questionavam o depoente sobre o dinheiro oriundo de uma camionete L200, adquirida pelo depoente da pessoa de B.; que B. é vendedor de carro e ligava sempre para o depoente, que B. disse que o depoente ganharia R\$ 16.000,00 de lucro com a venda do carro; que era sobre carro que os autores perguntavam e queriam saber onde estava o dinheiro proveniente desse negócio; **que os policiais pediram o dinheiro do carro**, “mas não me leva a crer que era para eles”; que o veículo dos policiais parou em uma escola de Brazlândia, quando o depoente e os dois policiais ingressaram em outro veículo; que o depoente e os dois policiais ingressaram em outro veículo; que o depoente esclarece que no deslocamento inicial do DER até Brazlândia, foi juntamente com um dos policiais no veículo Astra e o outro policial conduzindo o carro do depoente; que ao chegar nessa escola, o depoente recebeu a chave de seu carro e o depoente juntamente com os dois policiais seguiram no rumo de Taguatinga; que chegando próximo a Taguatinga pararam o veículo e perguntaram sobre o dinheiro; que os policiais perguntaram onde estava o dinheiro e o depoente afirmou que estava depositado na Caixa Econômica Federal; **que os policiais informaram que mais tarde ligariam para o depoente, ..., que os policiais disseram que ligariam para o depoente até as 16hs daquele dia, mas para resolver a situação do dinheiro**; ... que mais uma vez reafirma que os policiais civis disseram que era para o depoente “resolver o problema do dinheiro”; que também confirma que os policiais disseram que não era para desligar o telefone; **que chegou a dizer aos policiais que não haveria como sacar todo o dinheiro de uma vez**; ...; que pensou que iria morrer porque os policiais o conduziram para um local desconhecido; ... (fls. 1.179/1.180 – g.n.).*

Em seu depoimento nos autos do Processo Criminal 1.897-4/08, a vítima disse que “os policiais falaram pra eu aparecer com o dinheiro até as quatro horas e que não era para eu desligar o telefone; que falei que para fazer saque tinha que fazer previsão antes, e eles disseram que era para eu me virar; que entendi que os policiais queriam o dinheiro em espécie até às quatro horas” (fl. 144).

O Réu A.H., por sua vez, entrou em contradição no seu depoimento prestado nos presentes autos em relação aos da referida Ação Penal, senão vejamos, *in verbis*:

Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa: “que em nenhum momento a abordagem de E. foi falada na quantia depositada em Banco; que só ficou sabendo no encerramento do flagrante quando da leitura das peças” (fl. 1.128).

Ação Penal: “que falou sobre R\$ 30.000,00 e que ainda tinha R\$ 25.000,00; que primeiro falou que a quantia estava na conta da mulher dele e depois falou que estava na conta dele” (fl. 489).

No que concerne à alegação de que a vítima teria inventado a extorsão, verifico que o depoimento prestado pelo Policial Militar F.J.M.F. a refuta, ante o estado de pânico que a vítima se encontrava quando foi encontrada. Confira-se: “... a outra viatura já tinha se aproximado quando o depoente manteve contato com a pessoa que havia descido do carro; que percebeu que a pessoa estava em estado de pânico; que se recorda que a pessoa teria dito ao depoente que ele havia salvado a vida dele; que a pessoa disse que havia sido levada para um local e havia sido ameaçada; que ela não conseguia falar direito, pois gaguejava muito;” (fl. 1.136).

Restou, portanto, demonstrado nos autos que os Apelantes constrangeram E.F. da C. para obtenção de vantagem indevida consubstanciada na exigência de “dinheiro”, o que revela a ilegalidade da abordagem, o desvio de conduta dos policiais, bem como a violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, e aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade à Corporação.

Sobreleva destacar a fundamentação elucidativa da dinâmica dos fatos feita pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal, Tribunal do Júri e Delitos de Trânsito de Brazlândia, nos autos da Ação Penal 2008.02.1.001897-4, de forma a afastar as alegações dos Apelantes, *in verbis*:

...

Diante da prova oral produzida, deflui que o Ministério Público logrou demonstrar de forma satisfatória e congruente a descrição fática contida na denúncia. Evidentemente, alguns aspectos secundários contidos na denúncia foram infirmados em juízo, mas na essência, a prova contida nos autos forma o convencimento judicial de que E. foi vítima de extorsão, não se tratando de simples ato investigado à luz da forma como agiram os policiais A. e L.C. na abordagem inicial, o fato de um deles (A.) está afastado das funções, o uso de

veículo de terceiro, bem como a conduta de liberar E. em local diverso daquele que ficou estacionado o veículo deste.

Note-se que é secundário os denunciados não terem ostentado arma de fogo, ter cumprimentado pessoas em frente ao portão do DER ou mesmo não ter havido perseguição pela Polícia Militar, pois tais questões são acessórias e não demonstram a legalidade dos atos praticados. Sendo os acusados policiais civis e se identificando como tais é evidente que a abordagem inicial parecia legítima, assim como E. presumia o porte de arma de fogo, pois é inerente à atividade policial, além do que para se constringer alguém a arma de fogo é só mais um elemento de persuasão.

Não há como concordar com a Defesa ao assinalar que o fato consubstancia ato investigativo 'normal' ou que houve mera irregularidade bem como não se pode basear na palavra 'exclusiva' do ofendido, o qual por ser 'criminoso', seu depoimento deve ser desacreditado.

Ora, nesses autos, não se divisa qualquer traço de normalidade no modo de proceder dos policiais. É evidente que cada policial tem a maneira pessoal de investigar, abordar e entrevistar testemunhas e suspeitos, mas o que aconteceu no dia do fato distancia-se da conduta exigida de quem tem como missão, acima de tudo, cumprir fielmente a lei. No caso podemos resumir os motivos pelos quais o comportamento dos denunciados não foi normal, ao contrário, evidencia a prática do crime previsto no artigo 158 do Código Penal:

1) os denunciados, sem justificativa plausível, utilizaram-se de veículo particular de terceiro, o qual estava sem a respectiva documentação e depois foi constatado que as placas ostentadas eram clonadas e o veículo objeto de roubo;

2) conquanto o denunciado L.C. detinha competência para investigar suspeitos referente à operação 'Fanfarrão', sabia que acusado A. estava afastado das funções policiais e que este jamais poderia acompanhá-lo em diligência investigativa, seja em Brasília-DF, seja em outro lugar;

3) a forma como abordaram E., praticamente procedendo-se à sua prisão (horário de chegada quase crepuscular, a espera em local de acesso necessário ao trabalho da vítima, o fechamento da passagem com uso do veículo Astra,

etc.), sem qualquer lastro legal (não estava em flagrante delito e isso a própria defesa invoca nas alegações finais), saindo em direção contrária à da Delegacia e obrigando-o a entrar no veículo dos policiais e seguir em direção à Taguatinga-DF;

4) a forma como terminaram a 'entrevista' (rectius: extorsão), abandonando E. em local diverso do que deixaram o veículo dele, após visualizar viatura da Polícia Militar, bem assim o 'nervosismo' do denunciado A. demonstrado perante os policiais militares.

A palavra do ofendido E. não contém incongruências relevantes ou revela a vontade de incriminar gratuita ou vingativamente os denunciados. Toda vez que indagado, E. confirmou a exigência de dinheiro mediante 'pressão psicológica' perpetrada pelos policiais denunciados e o exíguo prazo para entregar o 'dinheiro'. O fato de o ofendido atualmente estar sendo processado por estelionato ou fato similar não retira a credibilidade de suas declarações, pois por ter conseguido, ao que tudo indica, vantagem indevida atinente ao financiamento ardiloso de veículo, ERA A VÍTIMA IDEAL.

Observando-se o que ordinariamente acontece, se a extorsão obtivesse o êxito pretendido, a vítima não procuraria a verdadeira Polícia para noticiar o delito, pois para tal teria que se auto-incriminar. Veja-se que o ofendido ao ser ouvido pelo Juiz ora sentenciante, mesmo este o lembrando do direito ao silêncio, confessou em parte o crime que cometeu, o que só evidencia que não exagerou ou alterou os fatos ocorridos no interior do veículo usado pelos denunciados para obter a vantagem indevida ou exigir do denunciado que entregasse o dinheiro em seu poder (conta bancária).

A carência de policiais para investigar, o alegado sucateamento da estrutura policial ou mesmo a necessidade de terminar a investigação, não concede ao denunciado L.C. autorização para arrebataram eventual suspeito, colocá-lo em veículo, contra a sua vontade e, no mínimo, pressioná-lo a devolver ou entregar considerável quantia de dinheiro. Portanto, é nítido o desvio de conduta dos policiais, a caracterizar no mínimo o arbítrio e o constrangimento impingido ao ofendido E. Quanto a A., pior ainda, porquanto afastado das funções policiais,

não poderia estar na rua 'entrevistando suspeitos', acompanhando outro policial, ainda mais em veículo sem qualquer documentação.

O fato dos denunciados A. e L.C. possuírem inúmeros elogios e terem prestado relevantes serviços à população não enseja absolvição, pois neste processo criminal se julga apenas o fato descrito na denúncia, sendo que a vida pregressa deles será analisada na fase do art 59 do Código Penal. Contudo, não conforta a consciência do Julgador saber que policiais bem treinados e que atuaram com coragem e espírito público em outras oportunidades não tenham mantido tal proceder, cometendo o grave fato reconhecido nesta sentença. A questão de L.C. não possuir qualquer anotação desonrosa em sua carreira policial, assim como A. ser tecnicamente primário foi determinante para o Magistrado conceder liberdade provisória no início do curso processual e garantir a interposição de recurso em liberdade, mas no átimo sentencial devem-se abstrair tais questões, posto que na Justiça o correto é julgar-se o fato e não o homem!

Portanto, o comportamento dos agentes no dia 17 de abril de 2008, no período da manhã, foi contrário à lei penal e não estava autorizado por norma ou suporte fático justificador, a ensejar a condenação dos denunciados nos termos da denúncia.

... Fls. 477/478.

Na referida Sentença os Réus foram condenados pela prática do crime de extorsão e A.H.B.V. também por receptação de veículo roubado, sendo oportuno destacar que seu inteiro teor foi integralmente confirmado pela 1ª Turma Criminal desta Corte de Justiça, nos autos do Recurso de Apelação 2008.02.1.001897-4. Registro que a independência das esferas civil e penal não obsta a utilização dos elementos concernentes aos fatos e provas apurados em processo criminal, que aludem especificamente à conduta dos acusados, ora Apelantes.

A par dessas considerações, as provas coligidas nos presentes autos revelam, à saciedade, a prática de atos de improbidade administrativa por parte dos Apelantes, o que impõe a confirmação das cominações previstas na Lei 8.429/1992, bem como da r. Sentença, inclusive quanto à multa civil, que foi fixada em patamar razoável pelo MM. Juiz, em quantia equivalente a 5 (cinco) vezes o valor da remuneração mensal que auferiam à época do fato, porquanto prevê o inciso III, do artigo

12, da Lei de Improbidade o “*pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente*”.

À vista do exposto, e incorporando a este voto as bem lançadas razões da r. Sentença, nego provimento aos recursos.

É como voto.

Des. Otávio Augusto (Revisor) – Com o Relator.

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

■ ■ ■ DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminares. Negar provimento ao recurso. Unânime.

EMENTA

Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Associação dos praças policiais e bombeiros militares do DF. Advogado prestador de serviço. Falha na prestação. Teoria da perda de uma chance afastada. Classificação distinta do pedido inicial. Responsabilidade objetiva do empregador. Analogia. Dever de indenizar existente. Sentença reformada.

1. O Código Civil prevê nos artigos 932 e 933 que a responsabilidade civil do empregador por ato de seus empregados e prepostos é objetiva, sendo necessária apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade.
2. A associação que contrata advogado para atuar em demandas relativas a interesses de seus associados responde objetivamente por falha técnica na prestação do serviço consistente na repetição de argumentos da petição inicial, nas razões de recurso de apelação interposto, o qual não foi conhecido por ausência dos requisitos exigidos no art. 514, II, CPC.
3. Configura dano moral a falha do causídico ao interpor recurso de apelação sem infirmar os fundamentos da sentença hostilizada, posto que ofende direito da parte de acesso ao duplo grau de jurisdição, por ceifar a possibilidade de exame do mérito da demanda na instância recursal.
4. A indenização por danos morais deve ser fixada com base na capacidade econômica das partes, na gravidade da conduta e em valor que não importe em desproporcional reprimenda ao causador do dano nem em excessiva premiação à vítima.
5. Recurso conhecido e provido.

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 – Vogal, Fátima Rafael – 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), 23 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se, na origem, de ação de indenização por danos morais, sob o rito sumário, ajuizada por E.R. de J.A. em desfavor da ASSOCIAÇÃO DOS PRAÇAS POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES DO DISTRITO FEDERAL – ACS/ASPRA, sob a alegação de culpa *in eligendo* e *in vigilando* da ré quando da contratação de advogado para representá-lo judicialmente em ação de conhecimento que pleiteava a anulação de concurso para promoção no CBMDF, em virtude do recurso de apelação interposto na demanda mencionada, que não foi conhecido por descumprimento do disposto no art. 514, inciso II, do CPC.

O d. juízo sentenciante julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que, por se tratar da Teoria da Perda de uma Chance aplicável aos serviços prestados por advogados, o caso prático não revelava uma chance real, atual e séria. Em face da sucumbência, condenou o autor a pagar as despesas finais do processo e os honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), de acordo com art. 20, § 4º, do CPC, ficando suspensa sua exigibilidade, nos moldes do art. 12 da Lei 1.060/50 (fls. 1458/1463).

Inconformado, o autor apela às fls. 1474/1497, sustentando que os advogados contratados pela associação apelada agiram com desídia e comodidade com os direitos do apelante no processo de fls. 45/217 (cópia), afetando seus direitos de personalidade, devendo ser ressarcido pelos danos morais sofridos. Aduz contradição na sentença ao passo que reconhece a falha da causídica que representou o apelante na ação anulatória, quando apresentou, de forma displicente, recurso de

apelação sem atender aos requisitos do art. 514, inciso II, do CPC, resultando no não conhecimento daquele meio recursal.

Assevera contradição também quando o magistrado *a quo* não entendeu ser possível reconhecer falha na prestação do serviço dos advogados da apelada quanto a não-interposição de recurso aos tribunais superiores contra o acórdão desfavorável à apelação desidiosa.

Noticia omissão também quanto à ausência de apreciação dos argumentos relativos a culpa presumida *in eligendo* e *in vigilando* por parte da apelada.

Defende que a anulação pleiteada no processo de fls 45/217 (cópia) era por conta da ilegalidade cometida pela Administração Pública consistente em flagrante desrespeito a edital de concurso público, sendo ato ilegal e nulo.

Ampara que nada justifica a desídia dos advogados quanto ao recurso de apelação interposto na ação anulatória, pois detinham capacidade postulatória técnica e obrigação de intentarem o recurso da maneira exigida em lei.

Aduz a ocorrência de sofrimento capaz de abalar seus direitos da personalidade, posto que se o concurso tivesse sido anulado, teria a oportunidade de fazer as novas provas com êxito.

Por fim, postula o conhecimento e provimento do recurso, nos moldes pleiteados.

Ausente o preparo em razão da gratuidade de justiça deferida.

Contrarrazões às fls. 1504/1516, requerendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTOS

Des. J.J. Costa Carvalho (Relator) – Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cinge-se o *meritum causae* à possibilidade de responsabilização da associação ré pelos alegados danos morais sofridos pelo autor em razão de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, quando da contratação de advogado para representá-lo judicial-

mente em ação de conhecimento, na qual pleiteava a anulação de concurso para promoção no CBMDF, em virtude do recurso de apelação interposto na demanda mencionada, que não foi conhecido por descumprimento do disposto no art. 514, inciso II, do CPC. Ante a improcedência do pedido, apela o autor almejando a reforma da sentença.

Diante das provas coligidas aos autos e dos argumentos trazidos pelo réu em suas razões recursais, entendo merecer reparos a d. sentença hostilizada.

O d. magistrado sentenciante usou como fundamento para decidir a famigerada Teoria da Perda de uma Chance, inspirada na doutrina francesa (*perte d'une chance*), segundo a qual, alguém que pratica um ato ilícito gera a perda de uma oportunidade de obtenção de vantagem ou prejuízo a ser evitado, ensejando uma indenização pelos danos oriundos do ato.

Nesse passo, em que pese a teoria em tela ser adotada no Direito Pátrio (REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009 e AgRg no REsp 1220911/RS, Segunda Turma, julgado em 17/03/2011), entendo não ser aplicável ao presente caso concreto. Explico.

O autor, ora apelante, na petição inicial delimitou seu pedido nos seguintes termos, *in verbis*:

“III – DOS PEDIDOS

(...).

C) A procedência do pedido, condenando a Ré a lhe repara danos morais no valor de R\$ 27.900,00 (vinte e sete mil e novecentos reais), acrescidos de correção monetária, conforme índice oficialmente estabelecido, retroativa à data da citação, acrescidos de juros pela mora no pagamento. (...)” (fls. 20/21)

Pois bem, pela Teoria da Perda de uma Chance, o dano oriundo de sua aplicação não pode ser considerado dano emergente ou lucros cessantes, tratando-se de uma terceira classificação de dano material. O objetivo de tal teoria é responsabilizar o agente de perda de possível vantagem, a qual, provavelmente seria alcançada se não houvesse a ocorrência do ato ilícito praticado.

É o que se depreende do seguinte julgado do c. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO QUE CONTRATA SERVIÇOS DOS CORREIOS PARA O ENVIO DE PETIÇÃO RECURSAL. SEDEX NORMAL. CONTRATO QUE GARANTIA A CHEGADA DA PETIÇÃO AO DESTINATÁRIO EM DETERMINADO TEMPO. NÃO CUMPRIMENTO. PERDA DO PRAZO RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CORREIOS PARA COM OS USUÁRIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL NÃO PROVADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO.

(...)

4. Descabe, no caso, a condenação dos Correios por danos materiais, porquanto não comprovada sua ocorrência. Também não estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita.

5. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de curso conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desídiola, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apeço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável.

6. Condenação por dano moral arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

7. *Recurso especial parcialmente provido.*”

(REsp 1210732/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 15/03/2013) (g.n.)

Acrescente-se que o apelante deixa claro em suas razões recursais que seu pleito restringe-se à “(...) apelação inepta em prol do Apelante, **indiferentemente se tal recurso teria ou não êxito**, pois o que importa era (sic) atendimento responsável e devido para com o inconformismo do Apelante para com a sentença que pretendiam recorrer. Além do mais tal múnus/dever/obrigação/prerrogativa recursal cabe ao (à) Advogado (a) que detém a reserva de mercado de postular em Juízo, (...)” (g.n.) (fl. 1497).

Superada essa questão, a análise da responsabilidade civil da apelada restringe-se ao disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil, pelos quais, aquele que causar dano a outrem, terá o dever de indenizar. É o que se extrai do texto legal abaixo transcrito:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, 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.”

Dessa forma, estabelece o Código Civil a responsabilidade objetiva para o empregador e seus prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele, a qual, por analogia, é aplicável ao presente caso. Vejamos:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Relevante mencionar que não há se falar que, pelo fato de a relação entre a associação apelada e os advogados ser de prestação de serviço e que, em razão disto, não haveria vínculo empregatício, a responsabilidade seria do próprio prestador, uma vez que, sobre a responsabilidade civil do tomador de serviços por danos causados pelo prestador, como ocorre no presente caso, o c. STJ já se manifestou no sentido de que: “O tomador de serviço somente será objetivamente responsável pela reparação civil dos ilícitos praticados pelo prestador nas hipóteses em que estabelecer com este uma relação de subordinação da qual derive um vínculo de preposição” (REsp 1171939/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 15/12/2010).

Entendo como presente a relação de subordinação (vínculo de preposição) entre a associação apelada e os causídicos atuantes nos processos em defesa dos associados, resguardando-se, é claro, o direito de regresso.

Neste ambiente, cabe agora analisar se a conduta dos advogados que atuaram na ação anulatória configurou ilícito capaz de ofender os direitos da personalidade do apelante.

Quanto à análise das provas realizada pelo magistrado sentenciante, transcrevo trecho, o qual adoto como razões de decidir, onde o d. juiz conclui pela falha da advogada do apelante quando deixou de cumprir a exigência do art. 514, inciso II, do CPC, o que gerou o não-conhecimento do recurso de apelação da demanda anulatória. Confira-se:

“Do exame da farta documentação acostada aos autos, verifica-se que, de fato, houve falha na atuação da advogada vinculada à ré, consistente na apresentação de recurso de apelação que não atacou os fundamentos expostos na sentença (fls. 209/214), descumprindo a regra do inciso II do artigo 514 do

CPC. Não há escusas para essa displicência, pois o advogado deve conhecer, mais do que ninguém, as normas processuais e regimentais dos Tribunais perante os quais atua.

Quanto à não interposição de recurso aos tribunais superiores contra o acórdão acima referido, tenho que, diversamente, não é possível reconhecer uma falha na atuação da preposta da ré. O advogado, no patrocínio de seu cliente, não é obrigado a interpor recurso contra toda e qualquer decisão desfavorável, cabendo-lhe a análise da conveniência e viabilidade da prática de tal ato.

E, no caso concreto, pode-se constatar que não era viável a interposição de recurso especial ou extraordinário, pois a apelação limitou-se a reproduzir os fundamentos de mérito da pretensão veiculada naquela ação, quando a sentença extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual. Sem tecer uma linha no apelo sobre os fundamentos que levaram o juízo de primeira instância a reconhecer a ausência de tal condição da ação, inexistiria qualquer chance de sucesso nas instâncias superiores, em recursos de fundamentação limitada, para reverter o entendimento do acórdão proferido pelo TJDFT.” (fls. 1459/1460)

No âmbito da responsabilidade objetiva, basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta. Dessa forma, a associação apelada possui responsabilidade sobre os atos praticados pelos causídicos contratados para atuar nas demandas de seus associados, notadamente pelas falhas endoprocessuais, gerando abalos de ordem moral, posto que, *in casu*, houve ofensa ao direito do apelante de acesso ao duplo grau de jurisdição, ceifando a possibilidade de exame do mérito da demanda na instância recursal, o que aconteceu por falha técnica de sua postulante à época.

Em harmonia com o posicionamento aqui firmado a mais pacífica jurisprudência emanada dos Tribunais pátrios. Assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, *in verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ATO DE PREPOSTO (ART. 932, III, CC). TEORIA DA APARÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

PRECEDENTES.

1. Nos termos em que descrita no acórdão recorrido a dinâmica dos fatos, tem-se que o autor do evento danoso atuou na qualidade de vigia do local e, ainda que em gozo de licença médica e desobedecendo os procedimentos da ré, praticou o ato negligente na proteção do estabelecimento.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o empregador responde objetivamente pelos atos ilícitos de seus empregados e prepostos praticados no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (arts. 932, III, e 933 do Código Civil). Precedentes.

3. Recurso especial provido.”

(REsp 1365339/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 16/04/2013)

A propósito, colaciono o seguinte precedente desta eg. Corte quanto à responsabilidade do empregador por ato de preposto, que se aplica analogicamente ao caso, *in verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS MORAIS. ATROPELAMENTO. INDENIZAÇÃO PLEITEADA PELA GENITORA DO FALECIDO. VEÍCULO DIRIGIDO POR PREPOSTO DE EMPRESA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM AFASTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE INDIRETA DA EMPRESA. DEDUÇÃO DO DPVAT. POSSIBILIDADE DESDE QUE COMPROVADO O RECEBIMENTO PELOS BENEFICIÁRIOS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. FIXAÇÃO A PARTIR DA CITAÇÃO EM FACE DOS LIMITES DO RECURSO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1 – Nos termos dos artigos 927, parágrafo único, e 932, inciso III, do Código Civil, a responsabilidade do empregador advém da prova de que o ato danoso foi produzido pelo empregado ou preposto e que este agiu com culpa ou dolo, não observando o dever de cuidado. Preliminar de ilegitimidade passiva da empresa-ré rejeitada.

2 – O dever de indenizar da Ré decorre da comprovação do nexo de causalidade havido entre o ato ilícito praticado por preposto seu e o dano causado à Autora, que teve seu filho vitimado pelo veículo conduzido pelo referido preposto.

3 – Tendo o quantum arbitrado, a título de compensação por dano moral, sido fixado mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, observados a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, o grau de culpa e a capacidade econômica das partes, ao mesmo tempo, o valor não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo a ponto de não coibir a reiteração da conduta, não há que se falar em minoração.

4 – Nos termos da jurisprudência do TJDFT e do enunciado 246 do STJ, cabível é a dedução do valor pago a título de DPVAT do valor arbitrado judicialmente, a título de danos morais, desde que haja a devida demonstração de que o seguro foi efetivamente pago aos beneficiários.

5 – Os juros de mora, tratando-se de danos morais, tem como termo inicial para sua incidência a fixação do quantum indenizatório, haja vista que o mesmo fundamento para que a atualização monetária seja contada a partir do julgamento que fixou ou promoveu modificação na quantia deve ser utilizado na contagem dos juros de mora. Solução decorrente da natureza das coisas. Não é possível cobrar juros em período que não se sabia qual era a quantia devida. Entretanto, em face da limitação do pedido de reforma formulado pelo Apelante, que buscava a fixação do termo inicial dos juros moratórios a partir da citação, impõe-se a reforma do decisum nestes termos.

Apelação Cível parcialmente provida.”

(Acórdão 590773, 20090310182922APC, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/05/2012, Publicado no DJE: 08/06/2012. Pág.: 132) (g.n.)

In casu, verificada a falha na prestação do serviço quando da interposição do recurso e a responsabilidade da apelada pelos atos do causídico atuante na demanda anulatória, emerge o direito de indenização do apelante, já que demonstrada a situação capaz de afetar seus direitos de personalidade.

Nota-se que a doutrina adota um tratamento diferenciado, no que concerne aos meios probatórios tradicionais, para a configuração do dano moral, onde o direito à dignidade é violado. Trata-se de uma arquitetura jurídica levada a cabo para superar a fase de irreparabilidade, anteriormente existente no sistema, em face das dificuldades inerentes à comprovação de dor, tristeza, vexame, humilhação ou outro valor imaterial sofrido em qualquer dos bens integrantes do patrimônio personalíssimo do ser humano.

Vale dizer, o dano moral é ínsito à ofensa, *in casu*, à frustração pelo não conhecimento do recurso, porquanto decorre de presunção, segundo as regras da experiência comum, devido à gravidade do fato ofensivo.

No que tange ao *quantum* indenizatório, convém frisar que inexistente critério científico para se medir quantitativamente a intensidade do dano moral. Cumpre ao julgador sopesar tanto o caráter de indenização à vítima, quanto o de sanção ao causador do dano, para que o *quantum* indenizatório seja efetivamente adequado e proporcional ao prejuízo efetivamente experimentado.

O professor Humberto Theodoro Júnior leciona (*in* Livro de Estudos Jurídicos, nº 2, p. 49) que, *in verbis*:

"(...) resta para a justiça a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários. O problema há de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão."

Guisados estes marcos e ao considerar as peculiaridades do caso concreto, entendendo que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) encontra-se adequado e satisfaz o autor, ora apelante, encontrando-se compatível com o vulto dos interesses em conflito e compatível com os dissabores e transtornos experimentados por ele, os quais foram suficientes a desarticular os seus valores morais e éticos, que restaram maculados.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para julgar procedente o pedido inicial e condenar a apelada ao pagamento do montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, corrigido monetariamente a partir da data do julgamento e, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da data do evento danoso, no caso, da data do acórdão encontrado por cópia às fls. 209/213. Em face da sucumbência, condeno a ré, ora apelada, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme art. 20, § 3º, do CPC.

É como voto.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) – Com o Relator.

Desa. Fátima Rafael (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Dar provimento. Unânime.

EMENTA

Reparação de danos. Agravo retido. Legitimidade passiva. Distrito Federal. Choque elétrico em rede de alta tensão. Dever de licenciamento e de fiscalização na instalação de *outdoor*. Lei distrital 3.036/02. Responsabilidade do estado. Danos morais e estéticos. Valoração.

1. Há pertinência subjetiva do Distrito Federal para figurar no polo passivo da relação jurídica processual, diante do disposto na Lei Distrital 3.036/02. Agravo retido provido.

2. A apelada-ré CEB não alterou a localização originária da rede elétrica de alta tensão nem lhe compete fiscalizar instalação de *outdoor*.

3. O Distrito Federal é responsável pelo licenciamento e fiscalização da instalação de *outdoor*, especialmente, próximo à rede elétrica de alta tensão, de acordo com exigências de segurança previstas na Lei Distrital 3.036/02. Configurada a responsabilidade objetiva pelas lesões sofridas quando o autor efetuava manutenção do *outdoor* e recebeu forte choque elétrico.

4. Os danos estéticos decorrem das cicatrizes severas e permanentes em grande parte do corpo e da face do autor, bem como pela perda de parte da orelha direita e de ambos os pés.

5. Comprovados os danos morais em razão de grande e perene sofrimento pelas graves lesões sofridas, que acarretou violação aos direitos da personalidade.

6. A valoração da compensação moral e estética deve observar o princípio da razoabilidade, a gravidade e a repercussão dos fatos, a intensidade e os efeitos da

lesão. A sanção, por sua vez, deve observar a finalidade didático-pedagógica, evitar valor excessivo ou ínfimo, e objetivar sempre o desestímulo à conduta lesiva.

7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi – Relatora, Ana Maria Duarte Amarante Brito – Revisora, Esdras Neves – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador José Divino de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: provido. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da r. sentença (fls. 208/12), *in verbis*:

“Trata-se de ação de indenização por danos morais e estéticos submetida ao rito ordinário ajuizada por C.B. dos S. em desfavor da CEB e do Distrito Federal.

Alega o autor, em breve síntese, que no dia 19/12/2009 sofreu graves lesões em rede elétrica de alta tensão, quando executava serviço de substituição de lonas de ‘outdoor’ localizado às margens da via DF 075, no Núcleo Bandeirante.

Relata que em virtude das obras para construção do viaduto do Núcleo Bandeirante, a CEB promoveu alteração na disposição dos postes que compõem a ‘rede aérea de alta tensão’, o que ocasionou a ‘aproximação dos fios de alta tensão do outdoor’.

Acrescenta que sofreu graves queimaduras de 2º e 3º graus que resultaram na ‘perda de parte de seus dois pés e de sua orelha direita’.

Por fim pede a condenação dos réus a compensar os danos morais sofridos, inclusive em razão do dano estético a que foi submetido.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 11/38.

Em sua contestação de fls. 51/60, a CEB suscita sua ilegitimidade passiva e litisconsórcio necessário. No mérito, aduz que não houve alteração na disposição dos postes que conduzem a rede elétrica em que o autor sofreu o acidente. Reitera que as redes de energia elétrica existentes no local do acidente foram construídas há muitos anos, sendo que o 'outdoor' é que foi instalado em local inapropriado.

Junta documentos de fls. 61/90 e pede a improcedência do pedido.

O Distrito Federal, em contestação de fls. 93/97, alega ilegitimidade passiva. No mais, afirma que não houve qualquer ato administrativo que tenha causado danos ao demandante. Acrescenta que os danos sofridos pelo autor advêm da inobservância de regras básicas de segurança por parte do autor. Pede seja julgado improcedente o pedido.

Réplica às fls. 108/112.

Por intermédio da decisão de fls. 123/124, as questões processuais foram resolvidas. Na ocasião, foi nomeado perito na área de Engenharia Elétrica, a pedido da CEB. Também foi determinada a exclusão do Distrito Federal do polo passivo.

Laudo pericial às fls. 169/201.

Apesar de instadas (fl.203), as partes não se manifestaram acerca do laudo pericial."

Acrescente-se que a r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 600,00, e dos honorários periciais adiantados pela ré CEB, suspendendo a sua cobrança, nos termos da Lei 1.060/50.

O autor interpôs apelação (fls. 215/22), na qual tece comentários sobre o instituto da responsabilidade civil objetiva, afirmando que o suposto dano sofrido decorreu da má prestação do serviço pela concessionária de serviços públicos, nos termos do art. 37, § 6º da CF.

Sustenta que é dever exclusivo da CEB “*manter fora do alcance dos cidadãos sua rede elétrica, para assim evitar lesões como as sofridas pelo autor*” (fl. 219). Assevera que a apelada-ré, por meio de edital de notificação de irregularidade, determinou ao proprietário do *outdoor* que procedesse a sua retirada, reconhecendo a sua responsabilidade no acidente do apelante-autor.

Argumenta que a apelada-ré CEB diante do alto risco da atividade de fornecimento de energia elétrica deve se responsabilizar pela fiscalização regular da proximidade entre a sua rede elétrica e os particulares, sendo que a sua omissão e o choque sofrido pelo apelante-autor configuram o nexó causal exigido para o dever de reparar.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a r. sentença, julgando procedente o pedido inicial.

Recurso sem preparo, pois deferido o benefício da justiça gratuita (fl. 40).

Em contrarrazões (fls. 226/8), a apelada-ré CEB pugna, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC, pela apreciação do agravo retido interposto contra a r. decisão que excluiu o Distrito Federal do pólo passivo da lide. No mérito, defende a manutenção da r. sentença.

Devidamente intimado (fl. 234), o Distrito Federal não apresentou contrarrazões (fl. 234-v).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Vera Andrighi (Relatora) – Conheço do agravo retido e da apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

DO AGRAVO RETIDO

A apelada-ré CEB pugna, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC, pela apreciação do agravo retido (fls. 127/9) interposto da r. decisão (fls. 123/4) que excluiu o Distrito Federal do polo passivo da lide.

Destaque-se que o Distrito Federal foi devidamente intimado a apresentar contrarrazões à apelação (fl. 234), em respeito ao contraditório e à ampla defesa, mas ficou-se inerte (fl. 234-v).

A Lei Distrital 3.036/02 dispõe sobre o Plano Diretor de Publicidade das Regiões Administrativas do Distrito Federal, atribuindo à Administração Distrital o dever de fiscalizar e autorizar a instalação dos meios de propaganda.

Desse modo, há pertinência subjetiva do Distrito Federal para figurar no polo passivo da relação jurídica processual.

Isso posto, dou provimento ao agravo retido interposto pela apelada-ré CEB para reincluir o Distrito Federal no polo passivo da lide.

■ DA APELAÇÃO

A pretensão deduzida nos autos não está prescrita, razão pela qual passo a analisar a demanda.

A r. sentença julgou improcedente o pedido de indenização por danos estéticos e morais pleiteados pelo apelante-autor com fundamento na ausência de nexo causal entre o dano sofrido e a conduta da apelada-ré CEB.

■ DA RESPONSABILIDADE DA APELADA-RÉ CEB

O apelante-autor defende que há nexos causal entre o dano sofrido e a conduta da apelada-ré, pela alegada omissão dessa em fiscalizar sua rede elétrica, de modo a mantê-la em distância segura do *outdoor*, no qual ele sofreu gravíssimas queimaduras, em 19/12/09.

Desde 26/04/94, conforme notificação judicial requerida pela apelada-ré CEB perante o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública (fl. 65), no Distrito Federal vigoram regras que estabeleceram distâncias mínimas de segurança entre as edificações no perímetro urbano e a rede de tensão igual ou até 13,8 KV, mesma voltagem onde ocorreu o acidente.

Em razão dessa medida judicial, os proprietários e ocupantes de áreas públicas que constituem as faixas de servidão das redes e linhas de transmissão ou de distribuição de energia elétrica foram notificados para tomarem as providências necessárias quanto à desobstrução dessas áreas e limites de segurança, em um prazo máximo de 180 dias. Forçoso reconhecer, portanto, que é de responsabilidade da proprietária do *outdoor* adequar sua localização de modo a evitar acidentes, o que não foi feito. No entanto, como a ação não foi proposta contra a proprietária do *outdoor*, apenas contra o GDF e a CEB, a responsabilidade solidária da empresa não será avaliada.

A perícia reconheceu que a rede elétrica, na qual se acidentou o apelante-autor, não teve a sua localização alterada pela apelada-ré CEB desde a sua instalação, que ocorreu há muitos anos, inexistindo a alegada falha na prestação de serviço pela concessionária, que ensejaria a aplicação do art. 37, § 6º, da CF.

Não há, portanto, responsabilidade da apelada-ré CEB em indenizar o apelante-autor pelos danos sofridos em decorrência do acidente envolvendo sua rede elétrica de alta tensão. A CEB não praticou nenhum ato que componha o nexo causal, pois a rede elétrica já estava instalada no local muito antes da colocação do *outdoor*.

■ DA RESPONSABILIDADE DO DISTRITO FEDERAL

Nos termos da Lei Distrital 3.036/02 é responsabilidade da Administração Pública licenciar e fiscalizar a instalação dos meios de propaganda, de acordo com o disposto nos arts. 45, incs. I e IX, 48 e seguintes, *in verbis*:

“Art. 45. É vedada a colocação de meios de propaganda de maneira a:

I – causar risco ou prejuízo à população e ao meio ambiente;

[...]

IX – localizar-se nas proximidades de redes de energia elétrica ou de telefonia, no caso de equipamento eólico com capacidade de flutuação no ar;

Art. 48. Cabe ao órgão competente analisar os projetos e as características da instalação dos meios de propaganda quanto à sua adequação aos parâmetros dispostos nesta Lei.

Art. 49. A juízo do órgão competente poderão ser solicitados laudos técnicos sobre a segurança das instalações do meio de propaganda.

Art. 50. O projeto do meio de propaganda em área urbana pública ou privada será submetido a exame no órgão competente para aprovação.

Parágrafo único. O projeto de meio de propaganda aprovado tem validade de dois anos contados a partir da data da aprovação se não licenciado.

Art. 56. Os meios de propaganda em área pública, de que trata esta Lei, só podem ser instalados após a obtenção de licenciamento no órgão competente, salvo disposição expressa em contrário contida nesta Lei.”

Em conclusão, a instalação do *outdoor* próximo à rede elétrica sem guardar a segurança necessária decorreu de omissão do Distrito Federal em licenciar e/ou fiscalizar esse meio de propaganda, de acordo com o inc. I do art. 45 da Lei Distrital 3.036/02: “É vedada a colocação de meios de propaganda de maneira a causar risco ou prejuízo à população e ao meio ambiente acima transcrito”.

Caracterizada, portanto, a responsabilidade do Estado e o conseqüente dever de indenizar o apelante-autor pelos danos experimentados, pois presente o nexo causal entre o acidente e a negligente omissão estatal de fiscalizar adequadamente a localização do *outdoor*. Presente também, a responsabilidade objetiva de conceder licença para instalação de *outdoor* sem observar as regras de segurança, colocando em risco a vida e a integridade física das pessoas.

DOS DANOS MORAIS E DANOS ESTÉTICOS

Inicialmente, nos termos da Súmula 387 do e. STJ, “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Os danos estéticos estão comprovados pelos laudos e fotos apresentados com a inicial (fls. 24/8), os quais consistem em severas cicatrizes em grande parte do

corpo e na face decorrentes das queimaduras sofridas, além da perda de parte da orelha direita e de ambos os pés.

Os danos morais estão configurados nos transtornos psicológicos e na dor física e emocional que o apelante-autor, então com 31 anos, suportou ao sofrer o terrível acidente, com longo período de internação e recuperação, além de perda de partes de seus membros inferiores.

Acrescente-se ainda que o apelante-autor terá de conviver, permanentemente, com o sofrimento de ter seu rosto e seu corpo desfigurados pelas cicatrizes, que são bastante significativas.

Ademais, um acidente de tamanha gravidade que expôs o apelante-autor a sério risco de morte evidentemente acarreta violação aos direitos da personalidade.

Em conclusão, estão evidenciados os danos morais e estéticos sofridos pelo apelante-autor.

■ VALORAÇÃO DOS DANOS MORAL E ESTÉTICO

A valoração da compensação moral deve ser apurada mediante prudente arbítrio do Juiz, motivado pelo princípio da razoabilidade, e observadas a gravidade e a repercussão do dano, bem como a intensidade e os efeitos do sofrimento. A finalidade compensatória, por sua vez, deve ter caráter didático-pedagógico, evitado o valor excessivo ou ínfimo, objetivando, sempre, o desestímulo à conduta lesiva.

A compensação moral deve, ainda, obedecer aos princípios da proporcionalidade (intensidade do dano, da culpa, dos transtornos etc.), da exemplaridade (desestímulo à conduta) e da razoabilidade (adequação e modicidade).

Nesse sentido, transcrevo lição de Rui Stoco, *in verbis*:

“Por fim, cabe esclarecer que a indenização seja para reparar o dano patrimonial, seja para compensar o dano moral deve ser fiada com equilíbrio do Juiz, dentro das margens estabelecidas na legislação, quando houver.”

Em não havendo legislação específica ou limites mínimo e máximo, caberá ao julgador valer-se da analogia e dos princípios gerais do Direito, sendo dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

[...]

Em resumo, cabe ao prudente arbítrio do julgador e à força criativa da doutrina e da jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros para a fixação do quantum nas indenizações por dano patrimonial e extrapatrimonial (moral), seja livremente, quando não houver estabelecimento prévio na legislação de regência, seja dentre as margens por ela estabelecidas.

Mas algumas regras podem ser, a priori, estabelecidas:

o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

deverá o julgador fixá-la buscando, através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação socioeconômica de ambos;

na indenização por dano moral o preço de "afeição" não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

na fixação do valor do dano moral o julgador deverá tem em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a nature-

za e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.”

(in *Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. do livro *Responsabilidade civil e sua interpretação e jurisprudencial – Doutrina e jurisprudência* – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 1.029/30)

Transcrevo, também, jurisprudência do e. STJ, *in verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – FORNECIMENTO DE TALÃO DE CHEQUES A FALSÁRIO – DANO MORAL – FIXAÇÃO – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ – VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

[...]

2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do **valor fixado** a título de indenização por dano moral, que **não pode ser ínfimo ou abusivo**, diante das peculiaridades de cada caso, **mas sim proporcional à dúplíce função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.**

[...]

5. Recurso especial provido.” (REsp 474.786/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01.04.2004, DJ 07.06.2004 p. 185) (grifos nossos)

Em conclusão, fixo a indenização pelos danos morais em R\$ 25.000,00, valor que está em consonância com os parâmetros ora expostos e R\$ 25.000,00 para indenizar os danos estéticos.

Isso posto, conheço da apelação do autor e dou provimento para reformar a r. sentença, julgar procedente o pedido e condenar o réu Distrito Federal a pagar indenização pelos danos estéticos e danos morais sofridos, totalizada em R\$ 50.000,00.

A atualização monetária e a compensação da mora do valor da condenação deve ser realizada de acordo com o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação determina-

da pela Lei 11.960/09, mediante a incidência, uma única vez e até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Devido à sucumbência do apelado-réu Distrito Federal, condeno-o também a pagar honorários advocatícios aos Patronos do apelante-autor e da apelada-ré CEB, no valor de R\$ 2.000,00 para cada.

É o voto.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Revisora) – Com o Relator.

Des. Esdras Neves (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Provido. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2010013002215-5

Relator – Des. Otávio Augusto

Terceira Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Estatuto da Criança e do Adolescente. Infração administrativa. Presença de menores em evento público sem o acompanhante. “open bar”. Art. 258 da Lei 8.069/1990. Dolo ou culpa. Irrelevância. Infração tipicamente omissiva. Aplicação de multa. Isenção de custas. Impossibilidade.

1. A conduta descrita no art. 258 do ECA (deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo) prescinde da demonstração de dolo ou culpa do agente para a sua ocorrência, sendo um exemplo claro de infração omissiva pura.

2. Se há nos autos elementos documentais que evidenciam a presença de diversos adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis em evento que possuía “open bar”, com livre distribuição de bebidas alcoólicas, resta inconteste a prática da infração administrativa prevista no art. 258 do ECA, devendo o representado arcar com a pena de multa de três a vinte salários mínimos.

3. A regra de isenção de custas processuais prelecionada no art. 141, § 2º, do ECA, justifica-se como medida necessária ao amplo acesso da criança e do adolescente à prestação jurisdicional na busca da efetivação dos direitos conferidos pelo Estatuto, não devendo ser estendida aos infratores das normas de proteção à criança e adolescente.

4. Apelação desprovida. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Otávio Augusto – Relator, Silva Lemos – 1º Vogal, Mário-Zam Belmiro – 2º 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), 21 de Agosto de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por M.C. dos S. contra sentença que, nos autos do procedimento para apuração da infração administrativa instaurado em seu desfavor e, também, contra o HOTEL BELA VISTA LTDA. pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, julgou procedente o pedido contido no auto de infração 276/2010 e determinou a aplicação de multa aos representados, no valor de três salários mínimos para cada um, em razão da inobservância ao preceito legal contido no art. 258 da Lei 8.069/1990.

Inconformado, o réu M.C. dos S. alega, em suas razões (fls. 76/81), que se acautelou de todas as providências necessárias à promoção do evento, contratando, inclusive, segurança privada. Assevera que teria orientado todos os funcionários acerca da proibição de fornecimento de bebidas alcoólicas a menores de idade, fazendo constar tal informação nos cartazes de divulgação da festa.

Acrescenta que os menores deveriam estar em casa sob a vigilância de seus genitores, de sorte que não lhe poderia ser atribuída responsabilidade por uma falha que não deu causa.

Verbera que seria uma pessoa responsável e que o ocorrido teria sido fruto de uma infelicidade casual, visto que a entrada dos menores teria se dado por razões alheias à sua vontade.

Afirma que nenhum dos adolescentes teria ingerido bebida alcoólica.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja julgado improcedente o pedido contido no auto de infração. Alternativamente, requer a aplicação de pena de advertência e o afastamento à condenação das custas processuais.

Contrarrazões do Ministério Público à fl. 85 postulando a manutenção da sentença.

O segundo réu, HOTEL BELA VISTA LTDA., não se insurgiu contra o *decisum*, conforme certidão à fl. 91.

Parecer ministerial às fls. 98/102.

É o relatório.

VOTOS

Des. Otávio Augusto (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele se conhece.

Consoante relatado, cuida-se de apelo interposto contra sentença que, nos autos do procedimento para apuração da infração administrativa, julgou procedente o pedido contido no auto de infração 276/2010 e determinou a aplicação de multa aos representados, no valor de três salários-mínimos para cada um, em razão da inobservância ao preceito legal contido no art. 258 da Lei 8.069/1990.

Inconformado, o réu M.C. dos S. alega, em suas razões (fls. 76/81), que se acautelou de todas as providências necessárias à promoção do evento, contratando, inclusive, segurança privada. Assevera que teria orientado todos os funcionários acerca da proibição de fornecimento de bebidas alcoólicas a menores de idade, fazendo constar tal informação nos cartazes de divulgação da festa.

Acrescenta que os menores deveriam estar em casa sob a vigilância de seus genitores, de sorte que não lhe poderia ser atribuída responsabilidade por uma falha que não deu causa.

Verbera que seria uma pessoa responsável e que o ocorrido teria sido fruto de uma infelicidade casual, visto que a entrada dos menores teria se dado por razões alheias à sua vontade.

Afirma que nenhum dos adolescentes teria ingerido bebida alcoólica.

Razão, todavia, não lhe assiste.

Ao se compulsar os autos, constata-se que os representados foram condenados à pena de multa, no importe de três salários-mínimos, em razão da inobservância aos preceitos legais contidos no art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preconiza, *in verbis*:

“Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:

Pena – multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.”

De fato, há elementos documentais nos autos que noticiam de forma inconteste a presença de diversos adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis, em evento que possuía *open bar*, com livre distribuição de bebidas alcoólicas, o que denota o descumprimento do preceptivo legal supracitado.

Ademais, ao revés do que sustenta o apelante, a conduta descrita no preceito legal em referência prescinde de dolo ou culpa para a sua ocorrência, sendo um exemplo claro de infração omissiva pura. Como bem pontuou o nobre Sentenciante, *“em se tratando de infração administrativa, não há que se falar em dolo ou culpa, mas somente da voluntariedade da conduta típica, devendo apenas se identificar uma conduta livre, despida de coação. Conforme descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, basta deixar o responsável pelo estabelecimento ou empresário de observar as regras sobre o acesso de criança ou adolescente ao local de diversão.”* Fl. 63-verso.

A propósito, pede-se vênia para transcrever os judiciosos argumentos exarados no parecer ministerial, às fls. 100/100-verso, acerca do tipo infracional em tela:

“Entretanto, saliente-se, inicialmente, que a conduta descrita no artigo 258 do ECA constitui exemplo de ilícito praticado por omissão; espécie de infração omissiva pura. A omissão é relevante para os efeitos penais e também administrativos quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O

dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Nesse sentido, a lição da doutrina:

'Trata a espécie de infração omissiva pura, isto é, aquela modalidade de transgressão a um imperativo de comando subjacente à norma. A omissão é relevante para os efeitos penais e também administrativo quando o omitente devia e podia evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (CP, art. 13, §2º).

Não existe, portanto, distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, saldo quanto à natureza da sanção aplicável. No fundo, o material de proibição é o mesmo para as duas modalidades de transgressão do dever.

No tipo legal em exame, a ação esperada consiste no cumprimento das normas estabelecidas pelos arts. 75 e 80 do Estatuto. Dispõe o primeiro que toda criança e adolescente terá acesso a diversões e espetáculos públicos 'classificados como adequados à sua faixa etária' (in Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, Malheiros Editores, São Paulo, 8ª edição, 2006, pág. 840/841, artigo comentado por René Ariel Dotti)."

Assim, as ilações perfilhadas pelo recorrente no sentido de se eximir da culpa pela prática do ilícito não têm o condão de rechaçar o entendimento assentado no comando sentencial, mormente porque se encontram desprovidas de respaldo probatório. Deveras, competia ao recorrente, com vistas a afastar a condenação que lhe foi impingida, demonstrar a eiva de nulidade no auto de infração contra si lavrado, o que não ocorreu.

Desse modo, à consideração de que o ato ilícito praticado nos autos – art. 258 do ECA – é espécie de infração omissiva pura, aliado ao fato de que os documentos que instruíram a peça vestibular gozam de fé pública, restou inequivocamente demonstrado o seu cometimento pelo ora recorrente.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente deste egrégio Tribunal:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PRESENÇA DE MENORES EM EVENTO PÚBLICO SEM O ACOMPANHANTE – APLICAÇÃO DE MULTA.

- A presença de menores, em evento público, desacompanhados dos responsáveis ou sem autorização judicial para tal, configura infração tipificada no art. 258 do ECA, cabendo ao responsável pelo evento tomar as medidas cabíveis para evitar o acesso dos menores ao local, sob pena de descumprimento do art. 149, I, B, do mesmo diploma legal, sujeitando o infrator à aplicação de multa.

(Acórdão 283314, 20050130040716APE, Relator: DÁCIO VIEIRA, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/11/2006, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 31/10/2007. Pág.: 109).

Por outro lado, cumpre assinalar que, efetivamente, havia responsabilidade dos pais dos menores em relação à supervisão do local por eles frequentado, no entanto, as responsabilidades dos genitores e do organizador do evento são distintas, sendo que a falta de um não exime o ônus do outro, conforme bem explicitou o *Parquet*.

No que tange ao pleito subsidiário de aplicação de pena de advertência, observa-se que carece de razão o inconformismo, haja vista a ausência de previsão normativa para tanto. As cominações legais previstas no art. 258 do ECA são claras: pena de multa de três a vinte salários e, em caso de reincidência, fechamento do estabelecimento pela autoridade judiciária por até quinze dias.

Por derradeiro, insurge-se o apelante contra a condenação ao pagamento das custas processuais, ao argumento de que o art. 141, § 2º, do ECA estabeleceria a isenção de custas e emolumentos nas ações judiciais de competência da Justiça da Infância e da Juventude.

Razão, de igual modo, não lhe assiste.

Isso porque, de acordo com a interpretação sistemática e teleológica da norma, pode-se inferir que a regra de isenção de custas processuais prelecionada no art. 141, § 2º, do ECA justifica-se como medida necessária ao amplo acesso da criança

e do adolescente à prestação jurisdicional na busca da efetivação dos direitos conferidos pelo Estatuto.

Sob esse prisma, crê-se que não faz sentido elastecer tal beneplácito legal aos infratores das normas de proteção à criança e adolescente. Tanto é verdade que a Lei 8.069/1990, embora não disponha em termos expressos a respeito da limitação da isenção apenas à criança e ao adolescente, refere-se ao pagamento de custas nos artigos 218 e 219.

A respeito, colacionam-se os seguintes arestos desta Corte de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 141, § 2º. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO.

1. A norma prevista no § 2º, do art. 141, da Lei 8.069/90 (ECA) só alcança as pessoas indicadas na cabeça do artigo. Portanto, apenas as crianças e os adolescentes têm assegurado o direito à gratuidade judiciária.

2. A isenção não alcança os infratores da norma que venham a figurar no pólo passivo dos procedimentos, máxime quando pessoas jurídicas que, consoante majoritária jurisprudência, só são beneficiadas em caso de comprovada incapacidade econômica.

3. Recurso não conhecido.”

(Acórdão 358709, 20080020157055AGI, Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, Relator Designado: SANDOVAL OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/03/2009, Publicado no DJE: 03/06/2009. Pág.: 99).

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO PREVISTA NO ECA.

A isenção de custas e emolumentos prevista no ECA 141, § 2º, alcança apenas a criança e o adolescente, não beneficiando outros como, no caso, os pais que respondem a ação de destituição do poder familiar.”

(Acórdão 437293, 20100020100333AGI, Relator: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/08/2010, Publicado no DJE: 09/08/2010. Pág.: 81).

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CUSTAS. ISENÇÃO. A isenção do pagamento de custas, prevista no art. 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplica-se apenas às crianças e adolescentes que sejam partes na ação, e não a terceiro que, tendo cometido infração, respondeu ação na Justiça da Infância e Juventude. Apelação provida.”

(APE 2002.01.3.004075-4, Relator Des. JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 15/08/2007, DJ 30/08/2007, p. 107).

À vista do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo-se incólume a r. sentença vergastada.

Des. Silva Lemos (Vogal) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011035942-0

Relator – Des. Fernando Habibe

Quarta Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Investigação de paternidade *post mortem*. Exame de DNA que ofereceu resultado equivocado. Indenização pelos danos dele derivados. *Quantum* arbitrado. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Fernando Habibe – Relator, Arnaldo Camanho de Assis – Revisor, Antoninho Lopes – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Cruz Macedo, em proferir a seguinte decisão: negar provimento ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Apela a ré (962-81) contra sentença da 20ª Vara de Cível de Brasília (944-53) que a condenou ao pagamento de R\$ 30.000,00 a P.A.G. e R\$ 30.000,00 a J.R.T.C.G., a título de reparação por danos morais em virtude de erro em resultado de exame DNA, corrigidos monetariamente pelo INPC desde o trânsito em julgado da sentença proferida nos autos 2004.01.1.095861-2, ocasião em que foi reconhecido definitivamente o prejuízo ocasionado aos requerentes, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a prolação da sentença recorrida.

Argui prejudicial de prescrição. No mérito, assevera que o laudo não concluiu com segurança pela paternidade, porquanto não atingido o percentual de 99,99%, ra-

zão pela qual o apelante informou a necessidade de repetição dos exames, com a participação de um número maior de periciandos, o que não foi realizado.

Defende, ademais, que os apelados omitiram tais informações nos autos, induzindo a erro o magistrado, que concluiu pelo defeito na prestação do serviço, ao deixar de mencionar que as partes deveriam repetir o exame no laudo (80-6), bem como no seu recibo de entrega (874).

Assevera, por fim, que não apresenta condições de suportar pagamento de indenização em patamar tão elevado.

Em contrarrazões (989-97), os apelados defendem o acerto da sentença.

VOTOS

Des. Fernando Habibe (Relator) – Não assiste razão à apelante ao defender configurada a prescrição.

Na espécie tem aplicação o CCB 206, § 3º, V, que estabelece o prazo de três anos para a propositura de ação de reparação civil, que deve correr do trânsito em julgado da sentença proferida nos autos 2004.01.1.095861-2, ocorrido em 13.11.2008, ocasião em que foi reconhecido em definitivo o prejuízo ocasionado aos apelados.

Assim, proposta a presente demanda em 01.03.2011 ainda não havia expirado o prazo prescricional.

Passo à análise do mérito.

Extrai-se dos autos que após o falecimento do Sr. J.M.G.G., pai dos apelados, em 27.02.2004, a recorrente foi contratada para a realização de exame de DNA, *post mortem*, cujo laudo (83-6) acusou, com porcentagem de 99,58%, que C.V.T. era filha do *de cujus*.

Com base em tal resultado, a menor, representada por sua genitora, ajuizou ação de reconhecimento de paternidade de nº 2004.01.1.095861-2, onde foram arbitrados alimentos provisórios em favor da criança, na proporção de 50% da pensão recebida pelo primeiro apelado junto à Câmara dos Deputados, sendo suspenso o processo de inventário.

No bojo da ação de reconhecimento de paternidade foram realizados três outros exames que comprovaram que C.V.T. não era filha do falecido e, após quatro anos de litígio o processo foi julgado, julgando-se improcedente o pedido da menor, razão pela qual os autores/apelados propuseram a presente ação postulando serem ressarcidos quanto aos prejuízos decorrentes do resultado equivocado do exame.

A apelante afirma, por sua vez, que o resultado obtido no 1º exame foi inconclusivo, porquanto o valor obtido foi de acerto de 99,58% e requer a reforma da sentença para afastar o direito à indenização.

No entanto, não lhe assiste razão.

Estabeleceu o laudo elaborado pela ré TECNOGENE, os seguintes resultados (86):

“3. Probabilidade de Paternidade (PP): indica a possibilidade de que L.I.G.G. e P.A.G. sejam tio e irmão biológicos de C.V.T.S..

O valor obtido para o PP foi de 99,582%.

4. Probabilidade de Exclusão Cumulativa (PEC): indica a possibilidade de não se encontrar um indivíduo qualquer da população que possua o perfil genético adequado para ser o pai biológico de C.V.T.S., o que reforça o resultado de Inclusão de Paternidade.

O valor obtido para a PEC foi maior que 99,999%.

CONCLUSÃO:

O perfil genético reconstituído do Suposto Pai indica uma compatibilidade com o perfil de Pai Biológico de C.V.T.S.”

Com efeito, a análise dos resultados do laudo fala por si só, tanto é que dela decorreu a propositura da ação de reconhecimento de paternidade (48-65), bem como os prejuízos ocasionados aos apelados, descabendo falar em prova inconclusiva, como defende a apelante.

Além disso, não há nenhuma ressalva no laudo nem no seu recibo de entrega, de que as partes deveriam refazer o exame, não comprovando a apelante que teria orientado os periciandos a assim procederem.

Por fim, descabe falar em minoração do *quantum*, porquanto arbitrado de modo a atender aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e aos fins punitivo e pedagógico da condenação, bem como à capacidade financeira do ofensor.

Posto isso, nego provimento ao apelo.

Des. Arnaldo Camanho de Assis (Revisor) – Com o Relator.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento ao recurso, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011095339-3

Relator – Des. Sebastião Coelho

Quinta Turma Cível

EMENTA

Direito constitucional e civil. Legitimidade passiva. Teoria da asserção. Concessionárias de serviço público. Negligência na manutenção e fiscalização das redes de telefonia e elétrica. Responsabilidade civil objetiva. Reparação por danos. Pensionamento cabível diante de morte de transeunte menor. Dano moral. Proporcionalidade e razoabilidade.

1. A teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser verificadas com base no que o autor afirma na petição inicial, permite que o juiz, numa medida de economia processual, desde logo declare a extinção das ações sem viabilidade jurídica, levando em conta o que foi afirmado na inicial. Contudo, caso os argumentos de defesa envolvam dilação probatória, a matéria torna-se de mérito.

2. A responsabilidade da concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica e de telefonia é objetiva, bastando a configuração denexo causal, ou seja, ato lesivo e causalidade (no caso omissão), conforme prescreve o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

3. O acidente que matou transeunte, decorrente de contato com fio da rede de telefonia energizado por fios da rede elétrica e solto a altura dos pedestres, é fato decorrente da negligência das concessionárias de serviço público que não observam o risco altíssimo de suas atividades, onde a manutenção e fiscalização das instalações devem ser rotineiras.

4. O artigo 948 do Código Civil c/c Súmula 941 do Supremo Tribunal Federal permite, a título de reparação, a prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

5. O dano moral deve ser fixado de forma proporcional e razoável à extensão do ato ilícito.

6. Recursos conhecidos e desprovidos

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sebastião Coelho da Silva – Relator, Gislene Piniheiro – Revisora, Angelo Passareli – vogal sob a presidência do Desembargador Luciano Vasconcellos. Conhecer. Negar provimento. Maioria. Vencido o Vogal Angelo Passareli.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas por CEB DISTRIBUIÇÃO S/A (ré) e por BRASIL TELECOM S/A (ré) contra a sentença (fls. 290/299), proferida pelo Juízo da Primeira Vara da Fazenda Pública da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF, que JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos. Condenou as apelantes/rés, solidariamente, à indenização por danos morais de R\$ 60.000,00 para cada um dos apelados/autores e ao pagamento de pensão mensal equivalente a 1/3 (um terço) do salário-mínimo, para cada um dos autores, desde 29/12/2009 até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, a partir de quando o valor da pensão deverá ser de 1/6 (um sexto) de salário-mínimo, limitada à data em que ele completaria 65 anos de idade.

A primeira recorrente (CEB) em seu apelo (fls. 304/310) aduz que inexistente responsabilidade objetiva e que as ligações irregulares realizadas por terceiros, sem controle de qualidade, foram determinantes para o desvio de energia elétrica. Pede seja provido o apelo para que a r. sentença seja reformada e a demanda seja julgada improcedente em todos os pedidos. Requer, ainda, diante do princípio da eventualidade, que seja ponderada as condenações impostas.

Preparo realizado à fl. 311.

A segunda apelante/ré (Brasil Telecom) em seu apelo (fls. 313/347) defende a existência de culpa exclusiva da vítima. Ressalta que a responsabilidade civil para o caso é subjetiva por ser a conduta imputada de natureza omissiva. Argumenta que os riscos que a situação representou eram de conhecimento comum e que a vítima assumiu estes. Superadas essas argumentações, em decorrência do princípio da eventualidade, atribui culpa pela omissão à CEB. Pede seja provido o apelo para reformar a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos dos autores, pelo menos em relação à Brasil Telecom. Requer, ainda, diante do princípio da eventualidade, que seja ponderada as condenações impostas.

Preparo realizado à fl. 348.

Contrarrazões dos apelados/autores às fls. 374/388.

Deferida gratuidade de justiça aos apelados/autores à fl. 85.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sebastião Coelho (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos de apelação.

Passo ao exame conjunto dos apelos manejados.

Da preliminar de ilegitimidade passiva.

Ambas as apelantes argüem preliminares de ilegitimidade passiva sob a alegação de que não foram responsáveis pela morte do filho dos apelados/autores e atribuem culpa a terceiros.

Rejeito as preliminares suscitadas pelas apelantes/rés, em razão da aplicação da teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser verificadas com base no que o autor afirma na petição inicial.

Permite-se ao juiz, numa medida de economia processual, a declaração de extinção das ações sem viabilidade jurídica, levando em conta o que foi afirmado na inicial, como, por exemplo, suposta ilegitimidade das partes.

Contudo, a correspondência entre a afirmação das partes e a realidade vertente dos autos seria, pois, questão afeta ao mérito, a ser enfrentada em sede de eventual procedência ou improcedência da pretensão inicial.

Passo ao exame de mérito.

A sentença recorrida deve ser mantida.

Cuida-se de ação de reparação de danos por acidente que matou transeunte após contato direto com fio da rede de telefonia solto à altura dos pedestres e energizado por fios da rede elétrica.

A responsabilidade das concessionárias de serviço público de fornecimento de energia elétrica e de telefonia é objetiva, bastando à configuração denexo causal, ou seja, ato lesivo e causalidade (no caso omissão), conforme prescreve o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37 (...) § 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, ao assumirem a condição de concessionárias prestadoras de serviços públicos, as apelantes/autoras, além de acordarem com os riscos inerentes à exploração da atividade econômica (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), respondem objetivamente pela falha nos serviços prestados, na forma do normativo supramencionado.

O juízo de primeiro grau analisou as provas, principalmente a perícia realizada pela Polícia Civil, que não exclui a responsabilidade das apelantes/rés. Indeferiu a oitiva de testemunhas por inexistir controvérsia a respeito da dinâmica do evento fatal (fl. 285), decisão esta não questionada por nenhuma das partes.

Inicialmente cito trechos do laudo de exame do local realizado pelo Instituto de Criminalística (fls.62/79):

(...) Foi verificado que as ligações elétricas partindo da rede elétrica não seguiam padrão de conexão da concessionária de energia e que as edificações não possuíam padrão consumidor (PC) com medidor de energia. (fl. 65)

(...) Quando do içamento do cabo telefônico, pode-se verificar que havia um ponto de descarga elétrica no cabo-guia, disposto no trecho em que mantinha contato com a estrutura metálica de um avanço (...), indicando que o cabo-guia estivera energizado em período anterior. (fl. 66)

(...) observam os peritos que enquanto forem mantidas a (sic) condições caóticas de interligação elétrica no local, acima descrita, permanecerá elevada a probabilidade de que novos acidentes elétricos possam ocorrer, colocando em risco a vida e o patrimônio das pessoas que por ali circulam e/ou vivem. (fl. 67)

A referida sentença frisa a omissão da concessionária de energia elétrica, onde “sequer há notícias de que a CEB tenha dado ciência daquela prática corriqueira à Polícia Civil ou ao Ministério Público, o que é imperioso, já que se trata, em tese, de crime de furto” (fl. 296).

Complementa o magistrado que “os relatórios às fls. 224/257 se referem a solicitações de clientes da CEB, prejudicados com a instabilidade do fornecimento de energia ou mesmo com cobranças indevidas decorrentes das gambiarras” (fl. 296). São relatórios de irregularidades muito anteriores à data da morte do filho dos apelados/autores. Conclui-se que a primeira apelante/ré não agiu com a urgência que a situação expunha diante do sistema caótica da fiação da rede de telefonia e elétrica.

Além da omissão da companhia de energia, flagra-se que desde 04.11.2009 a empresa concessionária de telefonia por intermédio de seus prepostos conhecia da energização de sua rede, ou seja, quase dois meses antes do acidente (29.12.2009). Conforme o ‘Relatório de Condições Inseguras’ a fl. 194, a fuga de energia possivelmente ocorria em decorrência das ligações irregulares e mesmo assim a apelante Brasil Telecom não tomou as providências cabíveis para solução do problema.

No caso, o fio de telefonia (laudo a fl. 62/79) encontrava-se parcialmente solto, próximo ao solo, à altura dos pedestres, em condição de energização, conforme concluiu a perícia legal (fl. 67). A vítima, menor de idade, era transeunte no cenário e não há nos autos confirmação de culpa exclusiva desta, ou outra causa que exclua sua responsabilidade, como a culpa de terceiro. O fio de telefonia próximo ao solo não representava risco de morte na ótica da vítima. Ademais, este mesmo fio

não estava em local apropriado, pois deveria se localizar a altura mínima do solo, de acordo com as regras de segurança, evitando-se contato com pessoas, automóveis ou outros condutores de energia.

As apelantes/rés são responsáveis de forma objetiva pela omissão de seus prepostos na busca de alguma solução para o problema tão sério, cujo resultado morte é fisicamente irreparável.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma o entendimento desta relatoria:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS PROPOSTA POR FAMÍLIA DE VÍTIMA DE ACIDENTE FATAL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

2. Inviável a análise da negativa de vigência a dispositivo legal que não estava em vigor à época dos fatos.

3. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988 e da entrada em Vigor do Código Civil de 2002, já se reconhecia a responsabilidade objetiva da empresa concessionária de energia elétrica, em virtude do risco da atividade.

4. O risco da atividade de fornecimento de energia elétrica é altíssimo sendo necessária a manutenção e fiscalização rotineira das instalações. Reconhecida, portanto, a responsabilidade objetiva e o dever de indenizar.

5. Conforme a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, sendo incontroverso o óbito, as despesas com o funeral, São presumidas, de modo que é adequada sua fixação limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária.

(...)

(REsp 1095575 / SP. Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 18/12/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 26/03/2013)

As apelantes/rés, de acordo com o princípio da eventualidade, questionam os valores fixados a títulos de danos morais e materiais.

O pensionamento mensal arbitrado pela r. sentença deve ser mantido equivalente a 1/3 (um terço) do salário-mínimo, para cada um dos autores, desde 29/12/2009 até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, a partir de quando o valor da pensão deverá ser de 1/6 (um sexto) de salário-mínimo para cada um dos autores, limitada à data em que ele completaria 65 anos de idade. Observar os cálculos à fl. 297.

A condenação fixada a título de pensão encontra-se razoável diante da inexistência de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e está balizada pela Súmula 941 do Supremo Tribunal Federal, que afirma ser indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado:

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE VEÍCULO – VÍTIMA FATAL MENOR DE IDADE – DANOS MORAIS – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – DANOS MORAIS – JUROS MORATÓRIOS – INCIDÊNCIA – SÚMULA 54/STJ – PENSIONAMENTO – TERMO FINAL – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.

(...)

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que incidem, desde o evento danoso, em casos de responsabilidade extracontratual, hipótese observada no caso em tela.

3. No que se refere ao período de pensionamento, a orientação do STJ é de que os danos materiais são devidos em 2/3 do salário-mínimo até a idade em que o de cujus completaria 25 anos, reduzida para 1/3 a partir de então até a data em que atingiria 65 anos de idade. (EDcl no Ag 1085003/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 22/08/2011). Precedentes.

4. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 294155 / MG. Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 23/04/2013. Data da Publicação/Fonte: 03/05/2013)

Quanto ao valor fixado a título de danos morais este possui tríplice finalidade: compensatória, punitiva e preventiva.

A função compensatória fixa a impossibilidade de restaurar-se a situação anterior ao ato lesivo. Significa que verba compensatória é uma forma de mitigar o sofrimento imposto pela conduta lesiva que gerou violação a direito de personalidade, pois não é possível a mensuração econômica direta.

A função punitiva, dirigida ao ofensor, ao agente causador do dano, tem nítido intuito de punir este, sendo que os limites dessa punição se extremarão justamente no valor compensatório. Esta função punitiva não se confunde com a doutrina dos danos punitivos do direito norte-americano. Aquele pressupõe violação a direito de personalidade, tendo a função punitiva caráter secundário – quando este último pressupõe apenas a violação positiva.

Já o caráter preventivo – também denominado pedagógico por parte da doutrina e jurisprudência – é diretamente ligado à teoria do desestímulo, demonstrando aos ofensores as desvantagens de adotar condutas contrárias ao direito e o dever de aprimorar os serviços ofertados, por exemplo, no mercado de consumo.

O valor fixado a título de danos morais no montante de R\$ 60.000,00 para cada um dos apelados/autores foi baseado no ato ilícito praticado ensejador da morte do filho dos autores e fundamentado pelo disposto nos artigos 186, 947, 948 do Código Civil. A indenização a este título encontra-se proporcional e razoável aos acontecimentos objeto da supramencionada demanda.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO aos apelos.

É como voto.

Desa. Gislene Pinheiro (Revisora) – Acompanho o eminente Relator.

No caso, o laudo pericial da polícia civil afirmou que o cabo da rede telefônica está energizado e exposto à altura dos pedestres. Embora tenha cogitado a possibilidade de ter sido energizado pelas gambiarras existentes no local, não é taxativo quanto a este ponto. Assim, a sentença considerou que não restou demonstrada a influência das ligações clandestinas para o evento danoso. Além disso, como bem fixado na sentença, ambas as rés tinham conhecimento da energização dos cabos de telefonia, tanto que a Brasil Telecom impediu os seus funcionários de realizarem manutenções na rede telefônica da localidade.

Des. Angelo Passareli (Vogal) – Senhor Presidente, é de conhecimento notório que o sistema de telefonia opera em corrente contínua de 12 volts e é de conhecimento notório que 12 volts de corrente contínua não eletrocuta ninguém. O distribuidor de energia, no Distrito Federal, é a CEB Distribuição S/A e, como tal, é ela que coloca a energia nos cabos.

Portanto, a atitude da empresa de telefonia de pedir providência para a correção de determinado cabo energizado exclui totalmente a relação de causalidade com o acontecido. Não há relação de causalidade que envolva a Brasil Telecom S/A no episódio, porque o que ela tinha de fazer foi feito, ou seja, solicitou que a concessionária de energia elétrica tomasse as providências para retirar a corrente irregular que existia em determinado cabo. Nem mesmo os seus técnicos poderiam fazê-lo.

Então, não vejo como estabelecer a relação de causalidade entre o infortúnio e a energização de um cabo telefônico. Se nenhuma atitude tivesse sido adotada, poderíamos ainda questionar a negligência, mas ela tomou a atitude de comunicar ao fornecedor de energia elétrica que havia falha na prestação do serviço, a ponto de energizar os cabos da linha telefônica.

Peço as mais respeitadas vênias à douta maioria para dar provimento à apelação da Brasil Telecom S/A, para reconhecer que o pedido é improcedente, por inexistência de relação de causalidade.

Quanto ao recurso da CEB, a ele nego provimento.

DECISÃO

Recursos conhecidos. Preliminar rejeitada. Recurso da CEB, a que se nega provimento, unânime. Recurso da Brasil Telecom, a que se nega provimento, maioria, vencido o Vogal.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011235278-4

Relator – Des. Arnaldo Camanho de Assis

Quarta Turma Cível

EMENTA

Civil e processual civil. Gratuidade de justiça. Pagamento de dízimos e doações para igreja. Liberalidades que superam o valor das custas e afastam a presunção de pobreza. Indeferimento. Preliminar. Cerceamento de defesa. Rejeição. Apelação recebida apenas no efeito devolutivo (art. 520, inciso, VII, do CPC). Efeito suspensivo. Inviabilidade. Mérito. Imóvel adquirido por meio de licitação realizada pela TERRACAP. Esublho ocorrido durante o processo licitatório. Obrigação de ceder a posse plena ao adquirente. Inexigibilidade da obrigação de pagamento das prestações pelo adquirente. Inteligência do art. 476, do cc. Ocupação indevida do terreno licitado. Dever de indenizar. Valor da indenização a título de danos morais. Critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida.

1. Não obstante as alegações da igreja ré – de que se trata de pessoa jurídica sem fins lucrativos, que vive da ajuda dos fiéis –, não tendo a recorrida comprovado a impossibilidade de arcar com as custas processuais, sendo presumível que as liberalidades (pagamento de dízimos e doações para igreja) superam o valor das custas e afastam a presunção *juris tantum* de pobreza, impõe-se a rejeição do pedido de gratuidade de justiça.

2. A inadmissão da produção da prova testemunhal requerida não culmina em cerceamento de defesa, na medida em que o Juiz não é obrigado a acolher todas as provas requeridas pelas partes, sendo relevante observar que as provas destinam-se ao convencimento do magistrado, cabendo a ele delimitar a produção das mesmas, ou proceder ao julgamento antecipado, quando já possui subsídios suficientes para o deslinde da causa.

3. Consoante farta jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça, a determinação do recebimento do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo decorre de expressa disposição legal – art. 520, inciso VII, do CPC.

4. Tendo a igreja ré ocupado o terreno licitado, durante o processo licitatório, em que a parte autora sagrou-se vencedora, tendo o imóvel sido anunciado como desocupado ou desobstruído, importa reconhecer que a TERRACAP comprometeu-se publicamente a ceder a posse plena ao adquirente, como decorre da própria natureza do contrato de compra e venda. Assim, não se desincumbindo do ônus que lhe cabia, não pode exigir o implemento da obrigação da parte adversa – pagamento das parcelas –, nos termos do art. 476, do CC.

5. A condenação da indenização a título de danos morais decorre da ocupação promovida pela igreja ré, que não pode ser considerada verdadeira posse e nem receber a proteção possessória, tratando-se, na verdade, de mera detenção de bem público. Assim, ante a aquisição do terreno por particular, em procedimento licitatório, a detenção ilegal deve cessar para que haja a legítima imissão na posse do adquirente.

6. Mantém-se o valor da indenização por danos morais, uma vez observada a repercussão do dano na esfera da vítima, que ficou privada do uso de parte do seu imóvel, a sua extensão, tendo em vista que a ocupação perdeu por tempo muito maior do que o razoável e a ré se recusou a desocupar o imóvel, sem justa causa, e o potencial econômico-social da obrigada ao ressarcimento, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o caráter compensatório e inibidor.

7. Recursos improvidos. Sentença mantida.

■ ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Arnaldo Camanho de Assis – Relator, Antoninho Lopes – Revisor, James Eduardo Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Fernando Habibe, em proferir a seguinte decisão: negar provimento aos recursos, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

TERRACAP – Companhia Imobiliária de Brasília – e a Igreja Assembleia de Deus do Planalto interpuseram recursos de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que julgou parcialmente procedentes os pedidos para: i) determinar a imissão do autor na posse da integralidade da área do Lote XX, Conj. "X", Qd. X, SHTQ, Varjão do Torto/DF, mediante a desocupação da área ocupada pela igreja ré; ii) fixar a multa cominatória diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para a hipótese de a Igreja ré voltar a esbulhar a posse do imóvel em questão, após a sua retirada; iii) suspender, até a efetiva desocupação do terreno, a exigibilidade das prestações referentes à venda do imóvel descrito na inicial (alienação 95.147-1), apenas em relação àquelas ainda não pagas, vencidas ou vincendas, devendo o saldo devedor ser reajustado apenas pelo índice de correção monetária pactuado, sem incidência de juros no período de suspensão, bem como para determinar que a ausência de pagamento das prestações não poderá constituir óbice à lavratura da escritura pública, se ainda não formalizada; iv) condenar a igreja ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a ser corrigido monetariamente pelo INPC, a partir da prolação da sentença, acrescido de juros de mora de um por cento (1%) ao mês, a contar da publicação da homologação do resultado da licitação (25/04/2011).

Em suas razões, a TERRACAP alega, em síntese, que a previsão legal da exceção do contrato não cumprido (art. 476, do CC) não se aplica à hipótese, vez que o autor, após sagrar-se vencedor no certame licitatório, imitiu-se imediatamente na posse do imóvel, dando início à construção, não havendo que se falar em suspensão do pagamento das parcelas, até a efetiva desocupação do imóvel, sob este fundamento, sobretudo porque a apelante não deve suportar o ônus decorrente de obrigação a cargo de terceira pessoa. Requer o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença resistida, neste ponto.

Por seu turno, a Igreja Assembleia de Deus do Planalto alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, ante o indeferimento de produção de prova testemunhal.

No mérito, alega que as fotos juntadas às fls. 169, demonstram que, desde o ano de 2005, portanto, muito antes da aquisição do terreno pelo autor, havia uma construção feita pela recorrente no local, sendo certo que não pode prevalecer o fundamento utilizado na sentença resistida – o de que a obra relativa à fotografia de fls. 41 foi realizada às vésperas da aquisição do bem –, sobretudo, ante a inexistência de prova pericial. Acrescenta que o valor fixado a título de indenização por danos morais mostra-se exorbitante, destoando dos valores arbitrados em outros julgados desta Corte de Justiça, em casos semelhantes. Sustenta que o recebimento da apelação, apenas no efeito devolutivo, gera prejuízo à recorrente, e problemas sociais, devendo lhe ser concedido o direito de permanecer no local, até o julgamento final do recurso, máxime considerando-se que o terreno adquirido pelo apelado encontra-se em área residencial, sendo imprópria para instalação de depósito de gás. Requer o provimento do recurso para que seja cassada a sentença resistida, com o deferimento da prova testemunhal requerida. Alternativamente, pleiteia a reforma da sentença vergastada, julgando-se improcedente o pedido de indenização por danos morais. Requer, ainda, o deferimento da gratuidade de justiça.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento dos apelos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Arnaldo Camanho de Assis (Relator) –

1. DO RECURSO DA TERRACAP:

A irrisignação da apelante cinge-se, tão somente, quanto à determinação para que seja suspensa, até a efetiva desocupação do terreno, a exigibilidade das prestações ainda não pagas, vencidas ou vincendas, referentes à alienação do imóvel descrito na inicial ao autor, via processo licitatório.

No ponto, importa transcrever os fundamentos da sentença resistida, que ora se adota como razões de decidir, *in verbis*:

“Quanto ao pedido de suspensão da exigibilidade das prestações pecuniárias assumidas pelo autor perante a ré TERRACAP, também merece ser acolhido, por se tratar a situação versada nos autos de exceção de contrato não cumprido.

Ao disponibilizar os imóveis à venda em licitação, a Terracap se compromete a entregá-los livres e desembaraçados, salvo os imóveis expressamente identificados como ocupados ou obstruídos no edital, para os quais há condições especiais (Capítulo XIII do edital, fl. 123).

No caso, o imóvel adquirido pelo autor não foi anunciado como ocupado ou obstruído, portanto, a Terracap comprometeu-se publicamente a ceder a posse plena ao adquirente, como decorre da própria natureza do contrato de compra e venda.

Como visto, a parte vendedora não assegurou ao comprador a imediata imissão na posse, de forma que, independentemente de se tratar de fato de terceiro, ou de que não tenha havido a culpa da parte da ré Terracap, deve-se considerar não cumprida a sua obrigação, de modo que não poderá exigir da parte contrário o cumprimento das obrigações recíprocas.

Assim, diante da exceção de contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil), deve-se decretar a suspensão da exigibilidade das prestações a cargo do autor, até que obtenha a posse plena do terreno”.

Com efeito, a tese apresentada pela recorrente – a de que a previsão legal da exceção do contrato não cumprido (art. 476, do CC) não se aplica à hipótese, vez que o autor, após sagrar-se vencedor no certame licitatório, emitiu-se imediatamente na posse do imóvel – não merece acolhida.

Verifica-se que o autor, na petição inicial, afirmou que “ainda no transcurso da licitação, ou seja, antes de o autor ter sido investido na posse e domínio do referido imóvel, no aguardo da lavratura da escritura pública de compra e venda (ainda não realizada e assinada, na forma do edital), o imóvel foi esbulhado pela 2ª Ré, em litisconsorte – Igreja Assembleia de Deus do Planalto, sob a direção e iniciativa de seu pastor, Senhor J.F. da S., e construído de pronto no imóvel um barraco de madeirite, e dias depois reconstruído em alvenaria e placas de metal e cercado de

grades de ferro, com placa visível: 'IGREJA ASSEMBLEIA DE DEUS DO PLANALTO', como se constata das fotos juntadas (docs.)".

Corroborando as alegações do autor/apelado, verifica-se que, embora conste dos laudos de vistoria (fls. 89/90), realizados nos dias 28.10.2009 e 26.07.2010, que a área objeto de licitação "encontra-se vaga, sem indícios de construções no local" (fls. 89), bem como que "se encontra sem indícios de construção, porém existe um poste de energia elétrica no terreno", respectivamente, por meio do Ofício 138/2011 – DITEC (fls. 92), datado de 17.02.2011, a própria recorrente, admitindo que a área foi "irregularmente ocupada pela Igreja Assembleia de Deus do Planalto *na vigência do edital do evento licitatório*", requer providências junto ao Secretário de Estado da Ordem Pública e Social – SEOPS, no sentido de agendar operação de desobstrução sobre o imóvel (grifado).

Vale notar que, por meio da Carta 91/2011 CLPI/NUCOM, de 26.04.2011 (fls. 28), a TERRACAP comunicou a homologação do resultado do processo licitatório (item 143, do Edital 08/2010), em favor do autor/apelado, fixando o prazo para o pagamento do valor referente à "entrada inicial", para o período compreendido entre 26.04.2011 a 02.05.2011.

Como se vê, e ao contrário do que a apelante alega, embora o imóvel adquirido pelo autor tenha sido anunciado como desocupado ou desobstruído, a igreja ré ocupou o terreno licitado durante o processo de licitação, não tendo a TERRACAP se desincumbido do ônus de ceder a posse plena ao adquirente, como decorre da própria natureza do contrato de compra e venda, e consoante comprometeu-se publicamente, como bem observou o douto magistrado sentenciante.

Assim, não tendo a ré/apelante se desincumbido do ônus que lhe cabia – ceder a posse plena ao adquirente – não pode exigir o implemento da obrigação da parte adversa – pagamento das parcelas –, nos termos do art. 476, do CC, impondo-se a manutenção da sentença, neste ponto.

2. DO RECURSO DA IGREJA ASSEMBLEIA DE DEUS DO PLANALTO.

Inicialmente, quanto ao pedido de gratuidade de justiça, não obstante as alegações da igreja apelante – de que se trata de pessoa jurídica sem fins lucrativos, que vive da ajuda dos fiéis –, a recorrente não comprovou a impossibilidade de arcar

com as custas processuais, sendo presumível que as liberalidades (pagamento de dízimos e doações para igreja) superam o valor das custas e afastam a presunção *juris tantum* de pobreza, impondo-se a rejeição do seu pedido, na esteira da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça. Confira-se:

"IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PAGAMENTO DE DÍZIMOS E DOAÇÕES PARA IGREJA. LIBERALIDADES QUE SUPERAM O VALOR DAS CUSTAS E AFASTAM A PRESUNÇÃO 'JURIS TANTUM' DE POBREZA.

Tendo sido desconstituída a presunção de miserabilidade decorrente do deferimento do benefício da gratuidade judiciária, impõe-se afastar o beneplácito inicialmente concedido" (Acórdão 572944, 20090110756247APC, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/03/2012, Publicado no DJE: 19/03/2012. Pág.: 149).

De igual modo, importa registrar que a decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo foi objeto de apreciação por este Relator, por ocasião da decisão monocrática proferida no agravo de instrumento (processo 2013.00.2.0057690), que inadmitiu o recurso, com fundamento no art. 557, do CPC. O argumento ali utilizado, que agora se transcreve e se adota como razão de decidir, foi o de que "consoante farta jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça, a determinação do recebimento do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo decorre de expressa disposição legal – art. 520, inciso VII, do CPC".

No que diz respeito à preliminar arguida – cerceamento de defesa –, sob o argumento de que não foi oportunizada a produção de prova testemunhal, não assiste razão à apelante.

Com efeito, a inadmissão da produção da prova requerida não culmina em cerceamento de defesa, na medida em que o Juiz não é obrigado a acolher todas as provas requeridas pelas partes, sendo relevante observar que as provas destinam-se ao convencimento do magistrado, cabendo a ele delimitar a produção das mesmas, ou proceder ao julgamento antecipado, quando já possui subsídios suficientes para o deslinde da causa.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

No mérito, melhor sorte não lhe assiste.

Em que pese o esforço da combativa defesa da apelante, a tese apresentada na contestação, e ora reprisada nas razões de apelação – a de que as fotografias juntadas às fls. 169, demonstram que, desde os anos de 2005/2006, portanto, muito antes da aquisição do terreno pelo autor, a recorrente já havia instalado um barracão no local, tendo sido posteriormente edificada a igreja – não merece acolhida.

Com efeito, e como já dito, os laudos de vistoria (fls. 89/90), realizados nos dias 28.10.2009 e 26.07.2010, indicam que a área objeto de licitação encontrava-se vaga, sem indícios de construções no local.

Registre-se, por oportuno, que, consoante se depreende do Ofício 138/2011 – DITEC (fls. 92), em que a TERRACAP solicita ao Secretário de Estado da Ordem Pública e Social a desobstrução do imóvel, foi ressaltado que “a alegação da ocupante de que o imóvel estaria inserido na relação constante da Lei Complementar 806/2009 (que dispõe sobre a política pública de regularização urbanística e fundiária das unidades imobiliárias ocupadas por entidades religiosas ou de assistência social) foi rechaçada em razão da sua não ocupação até 31.12.2006, conforme previsto na citada lei, conforme parecer jurídico descrito no Expediente 008000/2010, cópia anexa”.

No mais, as circunstâncias em que se deu o esbulho praticado pela igreja ré, bem como a intenção de o autor adquirir o bem para instalação de sua empresa, com *animus domini*, foram bem observadas pelo douto magistrado singular na sentença recorrida, cuja fundamentação ora se transcreve e se adota como razões de decidir, *verbis*:

“Da análise da prova documental carreada aos autos, verifico que assiste razão ao autor. Ele adquiriu imóvel em concorrência pública promovida pela ré Terracap, contudo, foi impedido de obter a posse plena da área em virtude de esbulho praticado pela ré Assembleia de Deus do Planalto.

O autor participou da concorrência pública 8/2010 e apresentou a melhor proposta de compra para o imóvel descrito na inicial (fls. 25/26), que lhe foi adjudicado regularmente (fl. 27). Pagou a entrada inicial (fls. 30/31) e vinha pagando as demais prestações (fls. 33/39).

Porém, o autor foi impedido de obter a posse plena do terreno, em razão de ter sido construída a igreja retratada à fl. 41, de responsabilidade da segunda ré.

Portanto, verifica-se que o autor faz jus à tutela jurisdicional para se imitar na posse da parcela do terreno ocupada pela igreja ré, como consecratório da aquisição regular do terreno perante a legítima proprietária, a Terracap.

Por outro lado, a ocupação promovida pela ré é injusta e de má-fé, eis que não amparada por qualquer ato autorizativo do proprietário ou outro título de qualquer natureza.

Destaco que, até a venda do imóvel em licitação, o bem era pertencente ao domínio público, pertencente ao Distrito Federal e administrado pela empresa pública TERRACAP.

Assim, a ocupação promovida pela igreja ré não pode ser considerada verdadeira posse e nem receber a proteção possessória, tratando-se, na verdade, de mera detenção de bem público. Assim, ante a aquisição do terreno por particular, em procedimento licitatório, a detenção ilegal deve cessar para que haja a legítima imissão na posse do adquirente.

Nesse contexto, é irrelevante perquirir a data de início da ocupação promovida pela igreja ré, pois, tratando-se de mera detenção ilegal do bem público, não pode ser chancelada em detrimento do direito do legítimo adquirente.

Ainda assim, verifico que são muitos os elementos de prova que apontam para o fato de que a obra retratada à fl. 41 foi feita às vésperas da aquisição pelo autor, com o objetivo de se apoderar ilegalmente da área.

Primeiro, as próprias fotos às fls. 41 demonstram se tratar de obra recente, pois as chapas metálicas são novas e há diversos materiais de construção espalhados ao seu redor, como tijolos, areia, brita e revestimento cerâmico.

Segundo, porque as equipes técnicas da TERRACAP vistoriaram o local em 28/10/2009 e 26/7/2010 e registraram que a área encontrava-se 'vaga, sem indício de construções no local', à exceção de um poste de energia elétrica. Por tais razões, o lote foi disponibilizado na licitação pública como vago, como se

vê à fl. 120, em que o item 143 não possui a ressalva assinalada por asterisco, que indicaria a existência de obstrução.

Além disso, os expedientes da TERRACAP (fl. 92) noticiam que a ocupação ocorreu na vigência do edital licitatório, e não anteriormente a 31/12/2006, como alegado pela ré.

Por fim, nenhum dos documentos trazidos com a contestação, como o certificado, correspondências e ofícios às fls. 159/162, mencionam que a igreja ré estivesse estabelecida no lote objeto da lide.

De todo modo, ainda que a ocupação fosse antiga, não poderia subsistir, por se tratar de mera detenção irregular de área pública.

Por outro lado, equivoca-se a ré quanto ao alcance das Leis Complementares Distritais 806/09 e 834/11, que tratam da 'política pública de regularização urbanística e fundiária das unidades imobiliárias ocupadas por entidades religiosas ou entidades assistenciais'. O art. 2º da Lei Complementar 806/09 se limitou a estabelecer a preferência das entidades que se já se encontrassem instaladas para a aquisição dos terrenos.

Em tais leis não há – nem poderia haver – qualquer disposição que assegure às entidades religiosas a doação dos terrenos, ou a perpetuação da ocupação a qualquer outro título. Somente por licitação pública pode-se dispor sobre os bens imóveis públicos, sendo inconstitucional qualquer iniciativa governamental que buscasse contornar tal exigência.

Portanto, a segunda ré poderia gozar, no máximo, de preferência no procedimento licitatório, desde que tivesse comprovado, previamente à licitação, que atendia aos requisitos da Lei Complementar 806/09, o que não foi feito.

Além de não preencher os requisitos para obter o direito de preferência, a igreja ré sequer participou da licitação pública. Não foi alegado na contestação e nem há qualquer documentos nos autos que indique que a ré participou da licitação na qual o autor sagrou-se vencedor, única oportunidade em que o eventual direito de preferência poderia ser reivindicado.

Ao não participar da licitação, a ré demonstra que pretendia, na verdade, esbulhar a área e se apoderar em definitivo dela sem nada pagar, o que não encontra respaldo jurídico, nem moral.

Ademais, não socorrem à ré as alegações de que o imóvel não seria destinado à construção de depósito de gás e de que o estabelecimento não seria dotado de alvará de funcionamento. O edital da licitação indicou que o bem é destinado a 'uso coletivo' e não a fins exclusivamente residenciais (fl. 24), e a parte ré, que alegou a irregularidade, não trouxe aos autos a NGB adotada pela Administração Regional para disciplinar o uso do imóvel.

Em especial, destaco que o pedido deduzido pelo autor se limita à imissão na posse, com a retirada da igreja da área por ele adquirida. As questões relativas à regularidade da atividade econômica ali exercida são alheias à presente ação e tais fatos, ainda que sejam verdadeiros – o que não foi comprovado –, não garantiriam à ré permanecer ocupando terreno alheio.

Sendo assim, a pretensão do autor merece ser acolhida, a fim de garantir a sua imissão na posse. Cabível, também, a fixação de multa para coibir a reiteração do ilícito, conforme previsto no art. 921, inc. II, do Código de Processo Civil”.

Por fim, quanto ao valor fixado a título de danos morais – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), verifica-se que o douto magistrado singular bem observou a repercussão do dano na esfera da vítima, que ficou privada do uso de parte do seu imóvel, a sua extensão, tendo em vista que a ocupação perdurou por tempo muito maior do que o razoável e a ré se recusou a desocupar o imóvel, sem justa causa, e o potencial econômico-social da obrigada ao ressarcimento, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o caráter compensatório e inibidor, não merecendo qualquer reparo o *decisum*, neste ponto.

Nesse sentido:

“CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DÍVIDA QUITADA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.

1. A instituição financeira que negligencia o cômputo do pagamento da obrigação por parte do devedor, e contra este ajuíza ação de reintegração de posse, deve responder pelos danos morais impingidos ao autor.

2. 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.

3. A fixação de honorários advocatícios na forma do Art. 20, §4º, do CPC, deve observar os critérios previstos nas alíneas do §3º do mesmo dispositivo legal, o que ocorreu no caso dos autos.

4. Recurso não provido" (20110112166427APC, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/12/2012, Publicado no DJE: 10/01/2013. Pág.: 376)

Dessa forma, nego provimento aos recursos, mantendo na íntegra a sentença resistida.

É como voto.

Des. Antoninho Lopes (Revisor) – Com o Relator.

Des. James Eduardo Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento aos recursos, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011235321-5

Relatora – Des. Nídia Corrêa Lima

Terceira Turma Cível

EMENTA

Civil e processual civil. Ação de indenização. Preliminar de cerceamento de defesa. Rejeição. Mérito: ingestão de medicamento. Superdosagem causada por falha no processo de embalagem do produto. Efeito colateral. Comportamento agressivo com professores e colegas de escola. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Dano moral caracterizado. *Quantum* indenizatório. Manutenção.

1. Verificado que a prova pericial requerida pela parte não se mostra necessária para a solução do litígio, o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa.

2. A relação jurídica existente entre o usuário de medicamento e as empresas farmacêuticas responsáveis pela sua fabricação e embalagem encontra-se subordinada às normas do Código de Defesa do Consumidor.

3. A condição de hipossuficiência do usuário do medicamento e a verossimilhança de suas alegações acerca da falha na produção, autorizam a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

4. Deixando as empresas farmacêuticas de demonstrarem a inoccorrência de falha no processo de embalagem do medicamento, que levou o autor a ingerir comprimidos em dosagem superior à que lhe foi prescrita, passando a apresentar comportamento agressivo perante professores e colegas de escola, tem-se por configurados danos morais passíveis de indenização.

5. Para a fixação do *quantum* devido a título de indenização por danos morais, deve o magistrado levar em consideração as condições pessoais das partes, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa dos réus para a ocorrência

do evento, não se justificando a redução do valor arbitrado quando devidamente observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

6. Apelações Cíveis conhecidas. Preliminar rejeitada. No mérito, recursos não providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Nídia Corrêa Lima – Relatora, Getúlio de Moraes Oliveira – Revisor, Mário-Zam Belmiro – 1º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Mário-Zam Belmiro, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Preliminares rejeitadas. Negar provimento aos recursos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelações Cíveis interpostas por BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA. e por VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA., contra a r. sentença de fls. 475/486, cujo relatório transcrevo, *verbis*:

R.D.P.R., menor impúbere, representado por seu genitor, D.D.P., devidamente qualificado nos autos, propõe pela via da tutela cognitiva, a presente ação de compensação por danos extrapatrimoniais, em desfavor de VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA., BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA. E BLANVER FARMOQUÍMICA LTDA., partes igualmente qualificadas no processo, pretendendo o recebimento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Alega o autor, em apertada síntese, que faz uso do medicamento “melleril” de 25 mg, sendo certo que no dia 20/08/2011 adquiriu duas caixas do referido medicamento na Drogeria Sanfarma Ltda. localizada no Cruzeiro Novo/DF.

Narra que após passar a fazer uso da medicação adquirida naquele dia, passou a apresentar diferenças comportamentais, como conduta agressiva e desafiadora, agredindo professores, coordenadores e colegas na escola onde estuda.

Esclarece que após apresentar essas alterações, seus pais passaram a verificar qual poderia ser a causa, percebendo que estava sendo ministrada uma superdosagem, porquanto embora estivesse constando na caixa dos medicamentos a dosagem de 25 mg, as drágeas eram de 100 mg, conforme faz juntar aos autos. Arremata que até perceberem o problema, o autor fez uso de 16 comprimidos. Reporta-se aos efeitos da superdosagem.

Elenca o direito que entende aplicável à hipótese.

Requer os benefícios da gratuidade judiciária e a inversão dos ônus da prova. Pretendem seja a ANVISA notificada sobre possíveis equívocos no lote do medicamento e busca compensação pecuniária em torno de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelos danos morais enfrentados.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 10/21.

Determinada a comprovação da miserabilidade jurídica e emenda quanto à necessária intervenção do Ministério Público (fls. 23/24), sobreveio petição a fls. 25/27 com os documentos de fls. 28/48.

Os réus foram regularmente citados (fls. 51-v, 52-v e 53-v), remetendo-se ofício à ANVISA para ciência da demanda (fls. 54).

Certificada a inércia dos réus em ofertar resposta (fls. 56), os autos foram ao Ministério Público que se manifestou pela procedência do pedido, nos moldes do parecer de fls. 60/65. Observado o prazo em dobro conferido aos requeridos, nos termos do art. 191 do Código de Processo Civil, foram acostadas as contestações.

A ré VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA. apresentou contestação a fls. 67/89 pugnando pela improcedência do pedido ao argumento inicial de que há severas diferenças no fluxo de fabricação dos medicamentos de 25 mg e 100 mg, inclusive com diversidade na sua apresentação, sendo certo que aquele contém cartucho com um blister de 20 drágeas, e a caixa deste último

tem cartucho com dois blísteres de 10 drágeas cada. Informa que a ré Blanver fabrica e embala apenas o medicamento de 200 mg.

Narra acerca da supervisão exercida pela ANVISA e sobre todos os procedimentos preventivos utilizados para fabricação do medicamento, esclarecendo que as drágeas de 25 mg têm coloração marrom e os comprimidos de 100 mg, verde acinzentada. Impugna as receitas apresentadas pelo autor, para dizer que quando da compra do medicamento objeto do litígio não havia receita válida no que tange à data de validade do receituário e à quantidade de caixas prescritas/adquiridas.

Passa, então, a relatar os fatos envolvendo o contato mantido pelo SAC com o genitor do autor, para dizer da não observância, pelos pais do requerente, das prescrições médicas. Sustenta não haver responsabilidade da requerida, porquanto inexistente ato ilícito que lhe seja imputável, tampouco há nexo de causalidade ou dano comprovado. Insurge-se contra o “quantum” pretendido à guisa de compensação pelos alegados danos morais e sustenta ser impossível a adoção do regime de solidariedade passiva na condenação. Impugna a pretensa inversão do ônus da prova. Junta os documentos de fls. 91/148. No mais, a contestação e seus respectivos documentos são repetidos nos autos por via fax (fls. 149/175).

A ré BLANVER FARMOQUÍMICA LTDA. ofertou contestação a fls. 179/180 para requerer sua exclusão do polo passivo da lide, eis que não fabrica o medicamento adquirido pelo autor, embora mantenha contrato com a empresa Valeant Farmacêutica do Brasil Ltda. para fabricação de vários outros produtos. Acosta os documentos de fls. 181/202.

A requerida BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA. apresentou contestação a fls. 203/223 pretendendo a improcedência do pedido. Insurge-se, a princípio, contra a pretendida inversão dos ônus probatórios, com o argumento de que não se fazem presentes os elementos legais. Aduz não haver o autor demonstrado o fato ensejador do alegado dano moral, repisando a tese de incompatibilidade entre os receituários apresentados e o cupom fiscal utilizado como prova da aquisição do medicamento. A seguir, relata o procedimento de fabricação/embalagem do medicamento, para re-

portar-se à investigação por si levada a efeito, que culminou com a conclusão de que o lote das drágeas de 100 mg encerrou-se sete dias antes do início do processamento do lote da caixa de medicamento com dosagem de 25 mg, o que inviabiliza a tese da “contaminação cruzada”. Salienta, assim, que o autor não demonstrou que a cartela acostada a fls. 18 estivesse na caixa também juntada a fls. 18; contrariamente, diz haver comprovado o contrário, o que elide sua responsabilidade, uma vez provado que o defeito inexistia.

Afirma, ainda, que o autor não comprovou haver ingerido o medicamento com dosagem de 100 mg, impugnando o documento de fls. 21 que seria apócrifo. Salienta a ausência dos elementos configuradores da responsabilidade civil, uma vez que inexistia nexo causal e tampouco há demonstração do alegado dano. Insurge-se contra o valor pretendido a título de compensação pecuniária. Junta os documentos de fls. 225/290.

O autor manifestou-se em réplica a fls. 295/303 refutando os argumentos expendidos pelas requeridas. Na oportunidade, juntou o documento de fls. 304.

A segunda ré manifestou-se a fls. 305/306 pretendendo a produção de prova oral e pericial, bem assim o depoimento dos genitores do requerente e expedição de ofício à ANVISA.

A primeira ré, igualmente, requereu a produção de provas testemunhal e pericial, reportando-se, ainda, à prova documental (fls. 312/313). A primeira demandada voltou, ainda, aos autos a fls. 324/325 para impugnar a juntada de documento pelo autor com a réplica, por não se tratar de documento novo.

Foi juntada a fls. 327/329 resposta de ofício encaminhado por este Juízo, mencionando arquivamento de procedimento administrativo, no âmbito daquela agência, relacionado a eventual irregularidade na fabricação/embalagem do lote de medicamento que teria sido utilizado pelo autor.

A terceira requerida não se manifestou sobre produção de provas (fls. 333), e o Ministério Público sinalizou não ter interesse na produção de outras provas (fls. 335).

Pela decisão saneadora de fls. 336/337 a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela terceira ré foi apreciada e rejeitada. Foi, ainda, deferida a pro-

dução de prova testemunhal e o pedido de tomada de depoimento pessoal dos genitores do autor. Foi, ademais, indeferido pleito de ofício à ANVISA, haja vista a providência anteriormente tomada, já com resposta da agência, e descartado o valor probante do documento de fls. 304 por não se subsumir ao conceito jurídico-material do art. 397 do Código de Processo Civil. A princípio, foi registrada a desnecessidade da produção da prova pericial, reservando-se o Juízo o direito de rever o posicionamento após a produção da prova oral.

A referida decisão foi alvo de agravo de instrumento interposto pela ré BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA., conforme se extrai de fls. 343/359, ao qual foi negado seguimento (fls. 457/468).

Designada audiência de conciliação, instrução e julgamento, a solenidade transcorreu na forma dos termos de fls. 387/394 pelos quais se vê que a tentativa conciliatória restou frustrada, sendo tomado o depoimento pessoal dos genitores do autor e ouvida a testemunha por ele arrolada. Determinou-se o aguardo da resposta da precatória para oitiva de duas testemunhas em São Paulo e, após, dada vista às partes e ao Ministério Público para alegações finais e parecer meritório, respectivamente.

A primeira ré veio aos autos a fls. 401/402 requerer expedição de ofícios à drogaria onde teria havido a compra do medicamento, ante os depoimentos prestados em audiência.

A carta precatória pela qual foram ouvidas duas testemunhas arroladas por uma das rés foi juntada a fls. 405/425.

O autor manifestou-se em alegações finais a fls. 432/434 reiterando os termos da inicial. A requerida VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA. ofertou suas alegações finais a fls. 438/445 repisando os argumentos de sua defesa. A demandada BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA. veio em alegações finais a fls. 447/455 insistindo na produção da prova pericial e ratificando os termos de sua contestação. A terceira ré não se manifestou em alegações finais (fls. 474).

O Ministério Público ratificou o parecer de fls. 60/65, produzido antes da oferta de defesas e da produção probatória.

Acrescento que a MMª Juíza sentenciante julgou procedente o pedido inicial em relação às réas BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA. e por VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA., para condená-las ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem como ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Quanto à re BLANVER FARMOQUÍMICA LTDA. o pedido inicial foi julgado improcedente o pedido e o autor condenado ao pagamento de honorários de sucumbência no importe de R\$ 800,00 (oitocentos reais), cuja exigibilidade ficou suspensa, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50.

Irresignada, a ré BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA. interpôs recurso de apelação (fls. 492/509), suscitando preliminar de cerceamento de defesa, em face da necessidade de produção de prova pericial. No mérito, pugnou pelo afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais, dada a ausência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Ademais, alegou que houve culpa exclusiva dos genitores do autor, ao ministrarem o medicamento na dosagem errada. Pleiteou, assim, a reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial. Sucessivamente, pleiteou a redução do valor da indenização por danos morais.

Preparo regular (fl. 510).

Por sua vez, a ré VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA. interpôs recurso de apelação (fls. 512/522), defendendo a tese de impossibilidade de troca dos medicamentos, em razão dos procedimentos adotados na linha de produção. Alegou, também, que não houve dano moral, em face da ausência de ato ilícito e nexa causal. Insurgiu-se contra a inversão do ônus da prova, em face da ausência de verossimilhança das alegações do autor/apelado. Ao final, pugnou pela reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial. Sucessivamente, pleiteou a redução do valor da indenização por danos morais.

Preparo regular (fl. 523)

Contrarrazões ofertadas às fls. 534/548.

A d. Procuradoria de Justiça, às fls. 555/565, oficiou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nídia Corrêa Lima (Relatora) – Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de Apelações Cíveis interpostas por BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA. e por VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA., contra a r. sentença de fls. 475/486.

Consoante relatado, R.D.P.R. representado por seu genitor D.D.P. ajuizou Ação de Indenização em desfavor das ora apelantes e de BLANVER FARMOQUÍMICA LTDA., alegando que comprou o medicamento que utiliza regularmente, (Melleril 25mg) e no interior das caixas de 25mg, havia, na verdade, cápsulas com 100mg. Destacou que, após a utilização de 16 (dezesesseis) comprimidos com dosagem mais elevada, apresentou conduta agressiva com professores, alunos e coordenadores da escola em que estuda. Em razão do ocorrido, pugnou pela reparação dos danos morais experimentados, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A d. Magistrada sentenciante julgou procedente o pedido inicial em relação às rés BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA. e por VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA., e improcedente em relação à ré BLANVER FARMOQUÍMICA LTDA., nos seguintes termos, *verbis*:

Pelas razões expendidas, julgo PROCEDENTE o pedido em relação às rés VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA. e BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA. para condená-las, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 15.000,00 ao autor, devidamente atualizada pelos índices oficiais, a partir desta data (Súmula 362/STJ) e juros de 1% ao mês, da data do evento danoso (20/08/2011) (Súmula 54/STJ). E julgo IMPROCEDENTE o pedido em relação à ré BLANVER FARMOQUÍMICA LTDA. Resolvo o mérito com arrimo no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ante a sucumbência, condeno, ainda, as duas primeiras ré s ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que, com força no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, arbitro em 10% sobre o valor da condenação. Condeno o autor ao pagamento de honorários fixados em R\$ 800,00 em favor do Patrono da terceira ré, ficando sua cobrança sobrestada na forma do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em suas razões de apelo, a ré BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA. suscitou preliminar de cerceamento de defesa e, quanto ao mérito, sustentou que não se encontram evidenciados nos autos elementos de prova suficientes para demonstrar o ato ilícito passível de dar ensejo aos danos morais alegados. Sustentou, ainda, que houve culpa exclusiva dos genitores do autor, ao ministrarem medicamento com dosagem errada. Sucessivamente, pleiteou a redução da indenização por danos morais.

A ré VALEANT FARMACÊUTICA DO BRASIL LTDA., no recurso de apelação interposto, afirmou que não há possibilidade de que tenha havido troca dos medicamentos, em face da natureza do processo de sua embalagem, bem como da diferença entre as cápsulas de 100mg e de 25mg e da quantidade distinta de cartelas contidas em cada caixa dos remédios. Sustentou que não ficou evidenciada a prática de ato ilícito a justificar a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Asseverou, ainda, que não se encontram configurados os pressupostos para a inversão do ônus da prova e pleiteou, em caráter sucessivo, a redução do valor da indenização por danos morais.

É a suma dos fatos.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

A ré BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA. suscitou preliminar de cerceamento de defesa, sob o fundamento de que se faz necessária a produção de prova pericial, a fim de se averiguar as características do medicamento, sua utilização e efeitos colaterais decorrentes de uma superdosagem.

Entretanto, da análise dos autos, observa-se a desnecessidade de produção de novas provas, razão pela qual a preliminar suscitada não merece prosperar.

É cediço que o processo civil brasileiro adotou como sistema de valoração das provas o da persuasão racional, também chamado sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado é livre para formar seu convencimento, exigindo-se apenas que apresente os fundamentos de fato e de direito no *decisum*.

Com efeito, cabe ao julgador, na condição de destinatário final, analisar a necessidade, ou não, da dilação probatória, apreciando se os fatos que se pretende demonstrar são capazes de influir na decisão da causa.

Neste sentido, o Código de Processo Civil, em seu artigo 130, dispõe que “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”.

No caso em apreço, as provas colacionadas aos autos se mostram suficientes para que seja dirimida a questão, uma vez que seria inútil o exame clínico do autor, uma vez que não mais se encontra submetido aos efeitos da superdosagem do medicamento. Além disso, as características do produto e as consequência de eventual superdosagem já se encontram descritas na bula do medicamento, não se fazendo necessária a realização de perícia para este fim.

Pelas razões expostas, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

■ MÉRITO

No mérito, observa-se, inicialmente, que o negócio jurídico havido entre o autor, usuário de medicamento, e as empresas responsáveis pela sua fabricação e embalagem, se caracteriza como relação de consumo, estando sujeita, por via de consequência, às regras do Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, uma vez comprovada a hipossuficiência do consumidor, em face da supracitada relação de consumo entabulada entre as partes, bem como a verossimilhança das alegações do autor apelado, dada a plausibilidade de sua tese, no sentido de ter ingerido medicamento em dose superior à prescrita, em decorrência de equívoco no processo de embalagem, mostra-se cabível a inversão do ônus da prova, na forma prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC.

Da análise dos autos, observa-se que a conduta lesiva do agente restou devidamente caracterizada.

O autor/apelado sustentou que ingeriu por certo período o medicamento Melleril 100mg, quando na verdade necessitava apenas de 25mg do remédio, para o seu tratamento de saúde, porque adquiriu caixa com a informação de que as cápsulas seriam de 25mg, mas que no seu interior continha, na verdade, medicamentos na dosagem de 100mg.

A fim de comprovar suas alegações, o autor juntou aos autos a caixa de 25mg do medicamento e a cartela de comprimidos de 100mg (fl. 18), além da receita médica que prescrevia o uso do medicamento na dosagem de 25mg (fl. 15). Por outro lado, tendo em vista a inversão do ônus da prova, necessária para hipóteses como a ora delineada, consoante fundamentação supramencionada, observa-se que os réus/apelantes não lograram êxito em comprovar a inexistência de equívoco no processo de embalagem e distribuição do produto.

Por certo, não se pode afastar a responsabilidade das apelantes, com base na tese de infalibilidade do processo de embalagem do produto, porquanto qualquer sistema mecânico, por mais preciso que seja, pode estar sujeito a falhas.

Também não merece amparo a tese de que a diferença de data de processamento dos medicamentos de 25mg e 100mg inviabilizaria sua troca, porquanto os ora apelantes não trouxeram provas a respeito das referidas datas, contidas, segundo informam, em livros registrais. Ademais, mesmo que fosse comprovada a diferença entre os dias de processamento dos lotes, ainda assim não haveria prova cabal de que não houve a troca de medicamentos.

Outrossim, não deve ser afastada a responsabilidade das ora apelantes sob o fundamento de que a cor, formato e número de comprimidos por cartela dos medicamentos de 25 e 100mg são distintos, porquanto, não se pode exigir de uma pessoa, com nível intelectual médio, que perceba que no interior de uma caixa lacrada, com a informação de que as cápsulas são de 25mg, contenha comprimidos de 100mg, ainda que o formato, coloração e cartela das drágeas sejam diferentes dos medicamentos anteriormente utilizados.

Deste modo, não tendo as apelantes obtido êxito em comprovar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, o reconhecimento da prática de ato ilícito é medida que se impõe.

De igual modo, o argumento de que houve culpa exclusiva de terceiros nos termos do artigo 14, § 3º, inciso II, do CDC, não merece guarida.

Ora, não há culpa exclusiva dos genitores do autor, em hipóteses como a delineada nos autos, porquanto munidos da receita médica, adquiriram caixa de medicamento lacrado, que contém a informação da dosagem indicada para o tratamento de saúde do filho e ministraram a medicação consoante prescrito no referido receituário.

O nexa causal também está devidamente comprovado, pois, foi no exato período de ingestão dos medicamentos com superdosagem, que o autor apresentou mudança de comportamento, consoante se extrai do relato de sua professora, colacionado à fl. 20.

O dano moral está devidamente caracterizado, porquanto se mostram evidentes os constrangimentos sofridos pelo autor que, após ingerir superdosagem de medicamentos, apresentou comportamento agressivo e desafiador, com professores, alunos e coordenadores, em seu ambiente de estudo.

Portanto, tenho por configurada a prática de ato ilícito, passível de justificar a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais.

As rés/apelantes pleitearam a redução do valor da indenização por danos morais.

A d. Magistrada sentenciante fixou a indenização em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Conforme cediço, não há regra legal que norteie o cálculo do *quantum debeatur* a título de danos morais. Assim, cabe ao magistrado pautar sua avaliação observando a capacidade patrimonial das partes, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa dos réus para a ocorrência do evento.

Vale ressaltar que, ao se fixar o valor da indenização, deve ser observado o princípio da razoabilidade, de modo que o montante não seja exorbitante a ponto de ser

converter em fonte de enriquecimento indevido, nem tão diminuto, que se torne inexpressivo para o ofensor.

Neste sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira em sua obra Responsabilidade Civil, 9ª edição, editora Forense, pág. 60:

(...) a vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes 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.

Com efeito “a indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa”. (TJSP – 2ª C., Rel. Cezar Peluso, j. 21.12.93 – RJTJSP 156/94 e RT 706/67)”¹

No caso em apreço, o autor, em virtude da falha na embalagem do medicamento que lhe foi prescrito, ingeriu quantidade superior a recomendada, passando a apresentar alteração de comportamento social, que o expôs perante os professores e colegas de escola.

As rés, por se tratarem de empresas de grande porte, possuindo um elevado poder econômico e capacidade de afetar inúmeras pessoas por eventuais falhas na produção de medicamentos, devendo a indenização ser fixada em montante apto a desestimular a reincidência na prática de atos ilícitos semelhantes.

Assim, atenta às peculiaridades do caso concreto, em especial a conduta dos réus, às condições pessoais das partes envolvidas, à repercussão dos fatos e a natureza do direito subjetivo fundamental violado, avalio como correto o valor arbitrado pelo d. Magistrado sentenciante, eis que observados os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

1 In: Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Rui Stoco, Ed. RT, pág. 755.

Com estas considerações, REJEITO A PRELIMINAR E NEGÓ PROVIMENTO AOS RECURSOS DE APELAÇÃO, mantendo íntegra a r. sentença.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer. Preliminares rejeitadas. Negar provimento aos recursos. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2012011025337-3

Relator – Des. Antoninho Lopes

Quarta Turma Cível

EMENTA

Direito e processo civil e constitucional. Nulidade da sentença. Juiz natural. Não configuração. Publicação de matéria jornalística. Agente público. Erro na informação. Danos morais. Configuração.

1. Não tendo sido colhida prova oral em audiência, desaparece o princípio do juiz natural, podendo qualquer outro proferir sentença.
2. A matéria jornalística que contém erro na informação divulgada causando dano à imagem e honra da ofendida, gera dano moral indenizável.
3. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Antoninho Lopes – Relator, James Eduardo Oliveira e Cruz Macedo – Vogais, sob a presidência do Desembargador Cruz Macedo, em dar parcial provimento ao recurso, por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

1. C.L.H. propôs a presente ação buscando o pagamento de indenização por danos morais e direito de resposta com a publicação da sentença ao CORREIO BRA-

SILIENSE S/A decorrente da veiculação de seu nome em matéria jornalística de cunho ofensivo (fls. 02/49).

A sentença de fls. 111/118 julgou improcedente o pedido formulado na inicial, bem como condenou a autora no pagamento das custas do processo e honorários do advogado fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

O recurso da autora requereu a anulação da sentença ao argumento de que houve violação ao princípio do juiz natural ou, a sua reforma para que fossem julgados procedentes os pedidos formulados na inicial. Sustentou que a matéria divulgou que a pasta gerida pela autora recebeu verba na ordem de R\$ 168.000,00 e que não foram prestadas as respectivas contas. Porém, deixou a condução da Secretaria dois dias depois da assinatura do convênio, o que foi omitido pela reportagem. Ainda, que as verbas só foram repassadas muito tempo depois de deixar a pasta. Alternativamente, pediu a redução da verba honorária fixada em R\$ 2.000,00 na sentença recorrida (fls. 132/156).

VOTOS

Des. Antoninho Lopes (Relator) –

2. De início, vale fixar que não prospera o argumento de nulidade da sentença ante a não observância ao princípio da identidade física do juiz.

Não foi procedida a colheita de prova oral e, nessa hipótese, “caso não haja essa colheita de prova oral, não há a vinculação do juiz para proferir sentença” (cf. Nelson Nery Junior, Código de Processo Civil Comentado. 7ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003/pg. 533).

3. Alega a autora que teve a sua imagem e dignidade atingidas por reiteradas reportagens de cunho calunioso, apontando-a como responsável pela suposta inadimplência do Governo do Distrito Federal, por não haver prestado contas de recursos repassados pela União através do Ministério da Cultura à Secretaria da Juventude, por ela administrada e M. de L.A., à época da assinatura do convênio, para aplicação no Projeto Capital Jovem Isso lhe causou danos morais que quer indenizados.

4. Na lição do Professor ANTONINO SCALISE, “a informação jornalística é legítima se preencher três requisitos: o interesse social da notícia, a verdade do fato narrado e a continência da narração. Atende ao interesse social se assegura aquela informação social que é indispensável ao exercício efetivo da soberania popular; é verdadeira se representa fielmente fato perceptível diretamente pelo cronista ou quando ele o recebe por interposta pessoa, e as condições demonstram credibilidade da informação recebida; é continente a narrativa quando a exposição do fato e sua valorização não integram os extremos de uma agressão moral, mas é expressão de uma harmônica fusão do dado objetivo de percepção e do pensamento de quem recebe, além de um justo temperamento do momento histórico e do momento crítico da notícia.” (cf. Revista de Direito do Trib. de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 51, abril-junho/2002, pág.38).

É certo que não se há permitir, sob o pálio do direito de expressão, ou mesmo da liberdade de imprensa, ataque à honra pessoal de quem quer que seja.

No caso, a reportagem divulgou que “o governo à época sob o comando de M. A., recebeu quase 170 mil do Ministério da Cultura para investir no projeto Capital Jovem. A pasta, que tinha como titular a hoje distrital C.L., desperdiçou a verba e, claro, deixou de fazer o que até síndico de prédio sabe que tem de fazer – prestar contas”, e que, “a deputada faz a recapitulação da história que o dinheiro entrou na Secretaria de Juventude 48 horas antes de ela deixar o posto”.

Os documentos apresentados nos autos comprovam que o dinheiro só foi repassado à pasta em 10/02/2009 (fls.96) e que a autora deixou a Secretaria em 31/12/2006 (fls. 34). Antes disso houve apenas a assinatura do Convênio 590/2006 em 28/12/2006 (fls.107).

A reportagem ainda traz que “o Governo à época desperdiçou os recursos e deixou de prestar contas da verba” (fls. 31), aludindo ao fato de que o dinheiro restou depositado sem que fosse utilizado pela Secretaria, o que obrigava a sua devolução à União; vincula a desídia ao nome da autora.

Em que pese o evidente interesse público e a relevância da matéria publicada, que cumpre com o seu dever de informar aspectos relacionados à má gestão das verbas pelo Poder Público, houve erro ao informar o nome da autora, relacionando-o equivocadamente à Secretaria e assim, atribuindo a ela desídia no trato com o

dinheiro público, desconsiderando que ela estava exonerada da pasta há mais de 02 anos.

O teor da matéria leva o leitor a tal interpretação, o que se vê refletido nas manifestações de repúdio dos leitores informadas a fls. 10/13. Diante disto, o equívoco, proposital ou não, ocasionou danos à imagem e a honra da autora, passíveis de indenização.

A autora é pessoa pública, que exerce atividade política e, nesse contexto, sua sujeição à mídia e às críticas é justificável. No entanto, deve a ré prezar pela veracidade dos fatos que divulga a fim de não ultrapassar os limites do direito à informação.

O Superior Tribunal de Justiça já fixou que “a liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.” (cf. Acórdão da 3ª Turma, de 23/04/2013, no REsp 1297567/RJ, Ministra Nancy Andrighi, *in* DJe 02/05/2013).

5. A sentença a fls. 111/118, que julgou improcedente o pedido formulado na peça inicial, será reformada.

Mas, não se há cogitar de publicação do decidido no mesmo espaço em que foi publicada a matéria jornalística, porque a antiga Lei de Imprensa, que previa essa possibilidade, foi revogada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF 130, em 30 de abril de 2009. Por isso, a reparação dos danos fica restrita à esfera pecuniária.

Nessa esteira, levando em conta o grau de culpa, as condições pessoais da autora, a intensidade da ofensa, a sua gravidade, a natureza e repercussão no âmbito social da ofendida, entendo que o valor da condenação, estará bem fixado em R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

6. Dou provimento parcial ao recurso para condenar o réu a pagar R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização por danos morais, atualizados monetaria-

mente desta data (Súm. 362/STJ) e acrescidos de juros de mora da citação (fls. 61). Responde, ainda, pelas custas do processo e honorários do advogado, à razão de 10% (dez por cento) do valor da condenação.

É como voto.

Des. James Eduardo Oliveira (Vogal) – Senhor Presidente, nos termos em que foi grafada, a reportagem realmente dá a entender que a então titular da pasta esteve, de alguma forma, envolvida nos fatos noticiados. Assim, vislumbro, tal qual o eminente Relator, a imprecisão que desborda dos limites da liberdade de informação e ocasiona o dano moral reconhecido.

Acompanho o eminente Relator.

Des. Cruz Macedo (Vogal) – Eminentíssimos Desembargadores, da leitura que ouvi da matéria apontada como violadora do direito que reclama a autora, não vislumbro, com a devida vênia, a ofensa capaz de autorizar a indenização, porquanto vejo que faz referência a:

Uma pendência de R\$ 168.253,20 (cento e sessenta e oito mil, duzentos e cinquenta e três reais e vinte centavos) da Secretaria de Juventude, quando o Distrito Federal era administrado por M. de L.A. do PSDB.

Impede o atual Governo de captar financiamentos de qualquer espécie com a União. O dinheiro foi repassado à pasta que tinha como titular a hoje Deputada Distrital C.L. do PMN, pelo Ministério da Cultura para investimento no projeto Capital Jovem.

O Governo, à época, desperdiçou recursos e deixou de prestar contas da verba. Como resultado, o Distrito Federal foi incluído na lista nacional de inadimplentes e está com o nome sujo na praça e, até que devolva a verba com juros e correção monetária, ficará impedido de pegar empréstimos, inclusive com instituições internacionais de fomento.

A matéria traz uma constatação: o Distrito Federal está inadimplente, porque não aplicou os recursos que foram destinados à pasta. A referência à Deputada Distrital titular da pasta atual, não me parece, com a devida vênia, ofensiva à apelada, porquanto se trata de uma matéria de interesse público. Nesse caso, sopesando o

princípio da intimidade e da vida privada e também o da garantia constitucional de livre expressão, penso que deve prevalecer o direito de informar.

Anoto que constam dos autos, examinando a inicial, diversos comentários sobre a matéria. Esses comentários, sim, são desairosos sobre a parlamentar. Mas, no caso, esses comentários não são de responsabilidade do órgão de imprensa, no caso, o réu Correio Braziliense, mas, sim, comentários de pessoas, algumas anônimas e outras que indicam nomes que não se podem identificar. Essas manifestações que ocorrem diariamente na internet, que são de difícil controle, nem podem ser objeto do presente julgamento.

O certo é que não vejo como a matéria tenha desbordado a razoabilidade.

De fato a intimidade, a vida privada e a imagem foram erigidas, pela Constituição Federal de 1988, ao **status** de direitos fundamentais da personalidade. Sua violação dá ensejo à reparação por danos morais e patrimoniais, nos exatos termos do artigo 5º, inciso X, da Carta Magna.

Em contrapartida, reconhece-se o direito de a imprensa informar à coletividade os acontecimentos e ideias, assim como o direito dessa coletividade à informação – também garantido constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso XIV: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Entretanto, surgindo, eventualmente, colisão desses direitos fundamentais. A solução é encontrada a partir da análise dos princípios concorrentes no caso concreto, avaliando-o sob o critério da razoabilidade e da proporcionalidade.

Só haverá responsabilidade se o informante desbordar dessa pauta estabelecida.

Compulsando os autos, especialmente as publicações atacadas, observo que foram legítimas, porquanto apoiada na simples constatação de que o Governo do Distrito Federal, a época, por desperdiçar recursos e deixar de prestar contas, foi incluído em lista de inadimplentes e impedido de obter empréstimos com instituições internacionais de fomento. De outro lado, pessoas que exercem determinados cargos públicos e de relevância são alvo constante de investigações e desconfianças, que, muitas vezes, expõem a sua figura à opinião pública.

Por esta razão, essas informações jornalísticas revestem-se de peculiar caráter público e são importantes para a formação de opinião da sociedade. Sua divulgação torna-se direito-dever da empresa jornalística e do público, dentro do contexto de que a informação tem mais valia para a sociedade do que a preservação absoluta dos direitos individuais.

É claro que o jornalismo frio e sem ética deve ser coibido, cedendo espaço para aquele revestido do caráter sério e formador de crítica. Uma nova concepção, de perfil coletivo, vem trazendo o entendimento de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação de uma opinião pública plural e vital para a eficácia de qualquer regime democrático.

Em sua obra *Colisão de Direitos. A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Edilson Pereira de Farias defende a excepcionalidade das restrições ao direito fundamental à liberdade de imprensa:

Para solucionar a colisão entre os direitos da personalidade em epígrafe e a liberdade de expressão e informação, com o sacrifício mínimo dos direitos contrapostos, a jurisprudência realiza uma necessária e casuística ponderação dos bens envolvidos no caso particular. Nessa tarefa, uma vez que não existe um critério dogmático a priori, a jurisprudência guia-se, principalmente, pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, articulados pela doutrina...

Na verdade, em geral, os tribunais constitucionais têm adotado o critério formulado pela Supreme Court dos Estados Unidos da América do Norte da preferred position em abstrato da liberdade de expressão e informação, quando em pugna com os aludidos direitos da personalidade, em razão da valoração dessa liberdade como condição indispensável para funcionamento de uma sociedade aberta.

[...]

Foi com a famosa sentença New York Times v. Sullivan de 1964 que a Supreme Court iniciou o assentamento de critérios que provocaram uma significativa mudança na forma de dirimir a colisão de liberdade de expressão, de uma parte, e os direitos da personalidade, de outra. A partir da sentença, estabeleceu-

-se a doutrina de que *as pessoas públicas ou personalidades vinculadas a fatos de interesse geral, quando demandarem por difamação contra os meios de comunicação social, terão que comprovar que estes agiram com actual malice, isto é, com manifesto desprezo pela verdade ou consciência da falsidade da notícia veiculada...* (FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. Atualizada. Porto Alegre: SAFE, 2000. p. 175-179)

As notícias em torno de supostas irregularidades na gestão de recursos públicos inserem-se na órbita do dever de informar à sociedade, para que esta possa se proteger, cobrar soluções dos poderes públicos, educar-se.

Portanto, tenho que não houve em nenhum momento extrapolação da matéria e tampouco o *animus difamandi* e *injuriandi* aptos a configuração da prática de ato ilícito, requisitos indispensáveis para a ocorrência do dano moral, o que afasta, no caso, a possibilidade de indenização.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, com a devida vênia.

DECISÃO

Deu-se provimento parcial ao recurso, por maioria.

APELAÇÃO CÍVEL

2012011036468-0

Relator – Des. José Divino de Oliveira

Sexta Turma Cível

EMENTA

Civil. Responsabilidade civil. Disponibilização de vídeo na internet. Direito de imagem. Ausência de autorização. Dano moral. Configuração. Site de busca. Responsabilidade pelo resultado da pesquisa. Ausência.

1. A autorização envolvendo o direito de imagem, atributo da personalidade, interpreta-se restritivamente. Portanto, pressupõe-se que a autorização limita-se aos termos declarados pelo titular do direito, salvo prova em contrário.

2. O site de busca oferece ferramenta para pesquisa de informações disponibilizadas por centenas de milhares de outros provedores da internet, as quais são livremente inseridas pelos usuários da rede mundial de computadores, sendo crível a alegação quanto à impossibilidade técnica do sistema de fazer prévia análise quanto ao que é ofensivo ou não a determinada pessoa e suspender a divulgação do resultado encontrado.

3. A fixação do valor da compensação por danos morais deve ser informada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas; a natureza e a extensão do dano etc. Nesse contexto, a indenização não pode ser tão grande a ponto de traduzir enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

4. Deu-se provimento aos recursos da autora e da Google Brasil Internet Ltda. Negou-se provimento à apelação da Igreja Universal do Reino de Deus.

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 Andri-ghi – Revisora, Esdras Neves – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Jair Soares, em proferir a seguinte decisão: conhecidos. Provido o recurso da autora e da terceira ré. Desprovido o recurso da segunda ré. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento subordinada ao procedimento comum de rito ordinário proposta por V. L. P. DE S. M. em face de F. P. L.; I. U. DO R. DE D. e G. B. I. L.

A autora alega que, por dez anos, foi participante, dizimista e fiel da instituição religiosa Igreja Universal do Reino de Deus e que, ao longo desse tempo, por diversas vezes, recebeu pedidos insistentes para que desse testemunhos públicos a respeito de sua vida, por intermédio da gravação de vídeos. Aduz que nos últimos anos passou por situações de dificuldade envolvendo sua separação do ex-marido, diagnóstico de depressão e síndrome do pânico, circunstâncias que a levaram a tentar o suicídio em novembro de 2006. Assevera que, após intenso assédio, concordou em gravar o vídeo com seu testemunho, concedendo autorização para que fosse exibido uma única vez no programa “Nosso tempo”. Contudo, sem autorização da autora, os dois primeiros réus postaram o vídeo no sítio eletrônico “you tube”, sob o título “Escapou da morte por um milagre – V. P.”, contendo a seguinte descrição: “Sofreu com depressão profunda, chegou a ficar trancada vários dias em um quarto escuro” e “suicídio com veneno”, “depressão”, “V. P. – síndrome do pânico”. Afirma que, além disso, ao efetuar pesquisa com seu nome no Google, as dez primeiras ocorrências diziam respeito ao vídeo em questão. Salienta que pediu a pessoas ligadas à instituição religiosa que providenciassem a retirada do vídeo, e, após várias tentativas, este foi removido, no entanto, as marcações e links contendo mensagens relacionando seu nome às expressões “suicídio”, “veneno”, “depressão”, “síndrome do pânico”, dentre outras, permaneceram. Aduz que teve

sua imagem violada e que o vídeo foi postado com o objetivo de divulgar e promover a instituição religiosa. Expõe que o vídeo foi editado de forma a demonstrar que foi curada por um milagre promovido pelos pastores da organização religiosa, o que não condiz com a realidade. Pede antecipação de tutela para determinar que os dois primeiros réus sejam impedidos de exibir ou divulgar o vídeo e para determinar à terceira ré que remova da internet qualquer tag ou vinculação entre seu nome, o vídeo e expressões que denigram sua imagem, sob pena de multa diária. Ao final, pede a confirmação da antecipação de tutela e a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 50.000,00.

A antecipação de tutela foi deferida (fls. 150).

Devidamente citadas, as rés apresentaram contestação.

Os dois primeiros réus suscitam preliminares de ausência de interesse processual, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva. No mérito, alegam que a autora aceitou gravar seu depoimento em vídeo de livre e espontânea vontade, que tinha conhecimento de que o vídeo seria divulgado e que houve autorização tácita para divulgação de sua imagem, sendo vedado o *venire contra factum proprium*. Aduzem que o conteúdo do vídeo não é depreciativo ou pejorativo. Asseveram que a exibição somente ocorre no canal televisionado e que não postaram o vídeo na internet. Sustentam que não ficou demonstrada a responsabilidade civil.

A terceira ré suscita preliminar de ausência de interesse de agir. No mérito, alega a impossibilidade técnica de controlar o conteúdo das pesquisas realizadas em sua página. Sustenta que não tem ingerência sobre o conteúdo postado na internet, apenas direciona o usuário ao sítio no qual o conteúdo se encontra. Aduz que o youtube é um provedor de serviços de hospedagem de vídeos e comentários na internet no qual não há controle prévio de conteúdo, que seria fática e tecnicamente impossível. Sustenta que o controle se dá a *posteriori*, mediante informações de violação aos Termos de Uso, privacidade e direitos autorais, momento no qual o vídeo pode ser removido pelos administradores do sistema. Afirma que é impossível a fiscalização, monitoramento e varredura de conteúdo disponibilizado no Google search ou you tube a fim de verificar e bloquear eventuais páginas relacionadas à autora, diante da imensa quantidade de dados inseridos a todo momento pelos usuários. Aduz que, caso determinada a exclusão, esta dependerá da

indicação precisa do endereço da página (URL), não podendo a remoção ser feita tão somente com a retirada de todo e qualquer conteúdo com menção ao nome da autora, sob pena de ofensa a direitos e garantias constitucionais. Sustenta que não está caracterizada sua responsabilidade civil.

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar os dois primeiros réus a pagar a quantia de R\$ 5.000,00 a título de compensação pelos danos morais; determinar a todos os réus que se abstenham de divulgar sons e imagens da autora que tenham relação com os fatos narrados na inicial; e determinar a terceira ré que suspenda a divulgação por meio de seus serviços de internet de qualquer informação que vincule o nome da autora aos fatos narrados na inicial, ambas sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 100.000,00.

Inconformadas, as partes recorrem ao Tribunal.

A autora insurge-se contra o valor fixado a título de danos morais, pretendendo sua majoração.

A terceira ré insurge-se contra a determinação para que suspenda a divulgação por meio de seus serviços de internet de qualquer informação que vincule o nome da autora aos fatos narrados na inicial. Alega que não veicula matérias e conteúdos, mas apenas indica ao usuário as páginas da internet que possam conter o conteúdo pesquisado e que a obrigação que lhe foi imposta é impossível. Afirma que houve violação ao acórdão proferido no agravo de instrumento 2012.00.2.019098-2. Aduz que não lhe é possível controlar ou remover páginas de terceiros, assim como não é o único site de busca disponível, podendo o conteúdo ser encontrado por intermédio de outros sites. Afirma que a remoção dos links resultado das pesquisas necessita da indicação das respectivas URLs.

A segunda ré apelou adesivamente, reiterando os termos da contestação. Afirma que a autora, como frequentadora da organização religiosa há mais de dez anos, tinha conhecimento de que os vídeos eram divulgados na TV e internet. Sustenta que não há qualquer prova de que ela ou o segundo réu tenham sido os responsáveis pela inserção do vídeo na IURD TV e do período de tempo da exibição. Assevera que sequer existe prova de que o vídeo tenha sido exibido.

Os recursos foram regularmente preparados.

Os apelos foram contrariados (fls. 620/629, 646/653, 663/667).

É o relatório.

VOTOS

Des. José Divino de Oliveira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar os dois primeiros réus a pagar a quantia de R\$ 5.000,00 a título de compensação pelos danos morais; determinar a todos os réus que se abstenham de divulgar sons e imagens da autora que tenham relação com os fatos narrados na inicial; e determinar à terceira ré que suspenda a divulgação por meio de seus serviços de internet de qualquer informação que vincule o nome da autora aos fatos narrados na inicial, ambas sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 100.000,00.

A autora insurge-se contra o valor fixado a título de danos morais, pretendendo sua majoração.

A segunda ré reitera os termos da contestação. Afirma que a autora, como frequentadora da organização religiosa há mais de dez anos, tinha conhecimento de que os vídeos eram divulgados na TV e internet. Sustenta que não há qualquer prova de que ela ou o primeiro réu tenham sido os responsáveis pela inserção do vídeo na IURD TV, do período de tempo da exibição, inexistindo prova de que o vídeo sequer tenha sido exibido.

Inicialmente, cumpre consignar que a existência do vídeo e sua inclusão no sítio You Tube pelo primeiro réu, preposto da segunda ré, são incontroversas, pois comprovadas pelos documentos de fls. 69/87 e 419.

A autora afirma haver autorizado a exibição do vídeo com seu depoimento apenas uma única vez no programa televisivo “Nosso tempo” veiculado na emissora da segunda ré. Sustenta que não autorizou a inclusão do vídeo na internet.

Cumpra destacar, primeiramente, que o fato da autora haver gravado seu depoimento em vídeo e estar ciente da sua exibição em programa de televisão não conduz à conclusão de que tenha autorizado seu uso irrestrito. A autorização envolvendo o direito de imagem, atributo da personalidade, interpreta-se restritivamente. Portanto, pressupõe-se que a autorização dada pela autora limitava-se aos termos por ela declarados, salvo prova em contrário.

Assim, sendo impossível à autora a prova do fato negativo, qual seja, a ausência de autorização, incumbia aos dois primeiros réus demonstrar que a inserção do vídeo no sítio do You Tube deu-se com a permissão da autora, ônus do qual não se desincumbiram. Houve, portanto, a utilização da imagem da autora de forma indevida e com fins econômicos ou comerciais. A respeito, dispõe a Súmula 403 do STJ que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fim econômico ou comerciais”.

Conforme bem destacado na sentença, em que pese tratar-se a segunda ré de uma organização religiosa sem fins lucrativos, fato é que a divulgação do vídeo com o depoimento da autora deu-se com o intuito de propagar suas atividades e angariar mais fiéis, o que, certamente, tem reflexos patrimoniais. A respeito, pede-se vênica para transcrever o trecho pertinente da sentença, *verbis*:

“Ocorre, entretanto, que a veiculação da imagem da autora objetivou divulgar os trabalhos da Segunda Ré, angariando, desta forma fiéis. Há o deliberado intuito de aumento da Igreja, com repercussão inequivocamente patrimonial. Logo, a conquista de aumento de fiéis, em virtude da imagem de outrem, sem sua autorização, representa, sem sombra de dúvidas, enriquecimento sem causa da entidade sem fins lucrativos, o que não se admite.

Com efeito, se presente a referida autorização, a promoção da Igreja, segunda Ré, mostrar-se-ia legítima, configurando exercício do direito constitucional da liberdade de credo da fiel (artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal).

Ausente, contudo, a mencionada autorização, o que se verifica é abuso de direito (ato ilícito) da Igreja Segunda Ré, que sob o pretenso argumento de liberdade religiosa, utilizara indevidamente a imagem de uma fiel.

Nem se olvide, ainda, que a Autora, por mais de uma década, contribuiu para o crescimento da Igreja, recolhendo, por uma década, o dízimo. Isto é incontroverso nos autos, uma vez não contestado pelos Réus.

Tenho para mim, portanto, que os Réus cometeram ato ilícito, consistente na divulgação indevida da imagem de outrem, com fins econômicos, havendo, portanto, o dever de indenizar (artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro).

Dispõe o artigo 186 do CCB que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito”, ficando o agente, conseqüentemente, obrigado a reparar o dano, nos termos do art. 927 do CCB. Nesse sentido, para a caracterização da responsabilidade civil extracontratual, devem estar plenamente comprovados nos autos, a ação ou omissão do agente, o dolo ou culpa, o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, requisitos que se encontram presentes no caso em exame.

Destaca-se que, apesar de não ser exigível no caso a prova do efetivo prejuízo, nos termos da Súmula 403 do STJ, anteriormente citada, está demonstrado que o dano se efetivou. Basta observar que estava disponível para quem pesquisasse a associação do nome da autora com expressões como “suicídio com veneno”, “depressão”, “síndrome do pânico”, “chegou a ficar vários dias trancada em um quarto”, em franca e irrestrita exposição de sua intimidade e com mácula à sua imagem, causando-lhe sentimento de constrangimento.

Nesses termos, escoreita a condenação dos dois primeiros réus a indenizar a autora pelos danos causados.

No que diz respeito ao valor da compensação por danos morais, a sua fixação deve ser informada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas; a natureza e a extensão do dano etc. Nesse contexto, 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 algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos poder 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”.¹

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, a verba condenatória, fixada na sentença em R\$5.000,00 (cinco mil reais), deve ser majorada para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A terceira ré insurgiu-se contra a determinação para que suspenda a divulgação por meio de seus serviços de internet de qualquer informação que vincule o nome da autora aos fatos narrados na inicial. Alega que não veicula matérias e conteúdos, mas apenas indica ao usuário as páginas da internet que possam veicular o conteúdo pesquisado e que o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta é impossível. Afirma que houve violação ao acórdão proferido no agravo de instrumento 2012.00.2.019098-2. Aduz que não lhe é possível controlar ou remover páginas de terceiros, assim como não é o único site de busca disponível, podendo o conteúdo ser encontrado por intermédio de outros sites. Afirma que a remoção dos links resultado das pesquisas necessita da indicação das respectivas URLs.

Na decisão interlocutória de fls. 150 foi concedida antecipação de tutela para determinar aos três réus que se abstivessem de divulgar sons e imagens da autora que tenham relação com os fatos narrados na inicial e à terceira ré que, adicionalmente, suspendesse a divulgação por meio de serviços de internet de qualquer informação que vinculasse o nome da autora aos fatos narrados na inicial.

A terceira ré interpôs agravo de instrumento ao qual foi dado provimento para, reformando em parte a decisão agravada, afastar as determinações anteriores. O acórdão correspondente, de nº 635.454, apresenta a seguinte ementa:

1 “Responsabilidade Civil”, Editora Forense, 9. ed., pág. 60.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CONHECIMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIMITES. REQUISITOS. AUSÊNCIA. SITE DE BUSCA.

I – Deve ser reformada a liminar que extrapola os limites do pedido da parte autora, tanto em relação à antecipação de tutela quanto ao mérito da ação.

II – O site de busca Google oferece uma ferramenta (Google Search) para busca de informações disponibilizadas por centenas de milhares de outros provedores da internet, as quais são livremente inseridas pelos usuários da rede mundial de computadores, se mostrando verossímil a alegação quanto à impossibilidade técnica do sistema de busca fazer análise crítica prévia quanto ao que é ofensivo ou não à autora.

III – Afastada a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca quanto à eventual responsabilidade da agravante pela divulgação do vídeo ensejador da presente ação, a decisão antecipatória de tutela deve ser reformada quanto à parte que impôs a obrigação de não fazer, sob pena de multa diária.

IV – Deu-se provimento ao recurso."²

Ao examinar a questão verificou-se que o site de busca Google oferece uma ferramenta (Google Search) para busca de informações disponibilizadas por centenas de milhares de outros provedores da internet, as quais são livremente inseridas pelos usuários da rede mundial de computadores, se mostrando crível a alegação quanto à impossibilidade técnica do sistema de busca de fazer análise crítica prévia quanto ao que é ofensivo ou não à autora.

A situação apresentada pela autora, em suas contrarrazões, quanto ao caso da atriz P.G. é diferente da discutida nos autos. No caso mencionado, o próprio site sugeria o nome de uma personalidade famosa ("Experimente também: P.G.") quando era feita uma busca por "atriz" e "gorda". Conforme evidenciado pelos documentos que instruíram a inicial, tal situação ocorria devido à manobra de internautas para influenciar a classificação de certas páginas nos resultados, chamada de "Google Bomb".

2 Acórdão 635454, 20120020190982AG1, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/11/2012, Publicado no DJE: 27/11/2012. Pág.: 269.

No presente caso, contudo, a pretensão da autora não era relativa à sugestão de pesquisa feita pelo site da Google, mas pela associação “de qualquer tag ou vinculação entre o nome da Autora, o vídeo objeto da presente lide, e expressões que denigram sua imagem, sob pena de multa diária”.

Também em relação aos precedentes mencionados pela autora em suas contrarrazões, verifica-se que se referem a provedores de conteúdo que mantêm sites com informações ditas ofensivas e que podem ser responsabilizados civilmente pelas suas condutas.

Entretanto, consoante já explicitado, tratando-se de ferramenta de busca e não de provedor de conteúdo, não se mostra pertinente a responsabilização da terceira ré por conteúdos disponibilizados em outros provedores, sendo certo que há plausibilidade na alegação quanto à impossibilidade técnica de o sistema fazer crítica prévia dos conteúdos que retornam de suas pesquisas. Da mesma forma, não se afigura plausível impor a terceira ré a obrigação de suspender a divulgação, por meio de seus serviços de internet, de qualquer informação que vincule o nome da autora aos fatos narrados na inicial. A respeito colaciona-se o REsp 1.316.921/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi³, assim ementado:

“CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3 REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem

motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

9. Recurso especial provido.”⁴

Pede-se vênia para transcrever alguns trechos do minucioso voto, que apresenta esclarecimentos sobre os aspectos técnicos que envolvem a questão e demonstra a inviabilidade do cumprimento da obrigação imposta à terceira ré na sentença, *verbis*:

“Cinge-se a lide a determinar os limites da responsabilidade de site de pesquisa via Internet pelo conteúdo dos respectivos resultados. (...)

(ii) A natureza jurídica do serviço de pesquisa via Internet.

Inicialmente, é preciso determinar a natureza jurídica dos provedores de serviços de Internet, em especial do sites de busca, pois somente assim será possível definir os limites de sua responsabilidade.

A world wide web (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na Internet, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (webpages).

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela.

Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) pro-

4 REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012

vedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Na hipótese específica dos sites de busca, verifica-se a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas onde a informação pode ser localizada.

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

(iii) Os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa.

Não obstante a indiscutível existência de relação de consumo no serviço prestado pelos sites de busca via Internet, a sua responsabilidade deve ficar restrita à natureza da atividade por eles desenvolvida que, como visto linhas acima, corresponde à típica provedoria de pesquisa, facilitando a localização de informações na web.

Assim, os provedores de pesquisa devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema.

No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

Conforme anota Rui Stocco, quando o provedor de Internet age “como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros” (Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 901).

Por outro lado, há de se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante a subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo.

Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores.

Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor de pesquisa por danos decorrentes do conteúdo das buscas realizadas por usuários. Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/02.

Transpondo a regra para o universo virtual, não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de pesquisa. A esse respeito Erica Brandini Barbagalo anota que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são “de risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial” (Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da Internet. In Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg, Conflitos sobre nomes de domínio. São Paulo: RT, 2003, p. 361).

Conclui-se, portanto, ser ilegítima a responsabilização dos provedores de pesquisa pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários.

(...)

Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor de pesquisa, do conteúdo de cada página a compor a sua base de dados de busca elimina-

ria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da Internet, que é a disponibilização de dados em tempo real.

Como bem descreve a recorrente na inicial do agravo de instrumento, o mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 03 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela web identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado. (...)

Essa circunstância, aliada ao fato de que a identificação de conteúdos ilícitos ou ofensivos não pode ser automatizada, torna impraticável o controle prévio por parte dos provedores de pesquisa da cada página nova ou alterada, sob pena, inclusive, de seus resultados serem totalmente desatualizados.

Portanto, inexistente a suposta facilidade dos provedores de informação de individualizar as páginas na Internet com conteúdo ofensivo, de sorte que o argumento não serve de justificativa para lhes impor esse ônus.(...)

Ocorre que, no caso específico dos sites de rede social, o próprio provedor disponibiliza um serviço de denúncia contra conteúdo ilícito ou ofensivo, rogando-se, nos termos de uso a que adere cada usuário, o direito de suprimir a respectiva página. Há, portanto, um acordo particular que autoriza o provedor a exercer esse juízo discricionário, circunstância ausente nos sites de pesquisa, cuja utilização sequer exige o cadastramento do usuário.

Indispensável, pois, que o pedido de exclusão dos resultados de pesquisa de um texto ou imagem específica seja formulado judicialmente. (...)

Diante disso, até para assegurar o direito ao devido processo legal e à ampla defesa daquele a quem se imputa a autoria do fato ilícito, caberá ao interessado agir diretamente contra essas pessoas, o que torna absolutamente dispensável a imposição de qualquer obrigação ao provedor de busca, pois, uma vez obtida a supressão da página de conteúdo ofensivo, ela será automaticamente excluída dos resultados de pesquisa.

Dessa forma, verifica-se ser incabível impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

Em suma, pois, tem-se que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. (...)

Não bastasse isso, verificou-se neste julgado, de uma forma mais ampla, o descabimento de se impor aos provedores de pesquisa qualquer restrição nos resultados das buscas realizadas por seus sistemas, sob pena de afronta ao direito constitucional de informação.”

Ademais, em pesquisa realizada nesta data (10/07/2013), no sítio da terceira ré, usando como expressões de busca o nome da autora e as expressões indicadas, constatou-se que não houve resultados relativos aos fatos narrados na inicial, provavelmente consequência da exclusão das informações das páginas que a hospedavam.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo da Igreja Universal do Reino de Deus e DOU PROVIMENTO aos recursos da autora e da Google Brasil Internet Ltda. para, reformando em parte a respeitável sentença, majorar o valor da condenação a título de danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e excluir a obrigação imposta à Google Brasil Internet Ltda. de suspender a divulgação por meio de seus serviços de internet de qualquer informação que vincule o nome da autora aos fatos narrados na inicial.

Em face da sucumbência, condeno a autora a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios em relação a terceira ré, cuja verba arbitro em R\$ 1.000,00, suspendendo-se, contudo, a exigibilidade dessas verbas, a teor do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Desa. Vera Andrighi (Revisora) – Conheço das apelações, porque presentes os pressupostos de admissibilidade. Passo ao julgamento simultâneo.

Insurgem-se a autora, vítima de divulgação de sua imagem na rede mundial de computadores, o provedor de busca de informações eletrônicas e a Igreja-ré contra a r. sentença (fls. 547/9-v), que julgou procedentes, em parte, os pedidos iniciais, nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...] Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos da autora, para condenar o primeiro e o segundo réus a pagarem a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a inserção do vídeo no Youtube (Súmula 54 do STJ) e correção monetária desde esta data (Súmula 362 do e. STJ). Confirmo, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional acima deferida para determinar aos réus que se abstenham de divulgar sons e imagens da Autora que tenham relação com os fatos narrados na inicial. A terceira ré fica intimada, ainda, a suspender a divulgação por meio de seus serviços de internet de qualquer informação que vincule o nome da Autora aos fatos narrados na inicial" (fl. 549).

A autora postula a majoração da indenização arbitrada, ao passo que a Igreja requer a improcedência dos pedidos iniciais e a Google defende a anulação do dever de suspender a divulgação, diante de impossibilidade técnica, já reconhecida, inclusive, no julgamento do agravo de instrumento interposto da decisão que antecipou a tutela.

Com a adoção da teoria do risco-proveito, idealizada no Direito Francês, o exercício de atividade empresarial que gera proveito econômico não exonera as entidades, participantes do sistema, do dever de indenizar, quando presentes os elementos da responsabilidade civil.

Todavia, observada a matéria submetida pelo efeito devolutivo à apreciação do Tribunal, é certo que não há, nessa fase processual, controvérsia quanto à responsabilidade do Google pelo dano descrito na inicial. A r. sentença estabelece que "[...] razão jurídica assiste ao terceiro réu" (fl. 548-v) quando sustenta "[...] que não tem responsabilidade sobre os vídeos nele postados" (fl. 548-v). A autora, em apela-

ção (fls. 569), não se insurge quanto ao tema, o que consolida a irresponsabilidade civil.

Em relação à obrigação de suspender a divulgação de qualquer informação que vincule o nome da autora aos fatos narrados, o pedido formulado pela Google em apelação deve ser acolhido.

A r. sentença, apesar de reconhecer que não podem ser imputados ao *site* de buscas “[...] *quaisquer ilícitos*” (fl. 549), e a despeito de declarar que não se pode “[...] *exigir da Terceira Ré que restringisse a veiculação do vídeo*” (fl. 549), considera que o Google deve suspender “[...] *a divulgação por meio de seus serviços de internet de qualquer informação que vincule o nome da Autora aos fatos narrados na inicial*” (fl. 549).

Para fixar a devida correlação de premissas, ou a empresa deve restringir a veiculação do vídeo e suspender qualquer informação vinculada, ou bem a empresa, exonerada da missão de impedir a veiculação do vídeo, igualmente, por paralelismo, deve ser destituída do encargo de bloquear todos os conteúdos relacionados aos fatos lesivos.

Há incompatibilidade lógica entre a desnecessidade de restringir a divulgação do vídeo e o dever de suspender informações a ele vinculadas.

Em complemento, é essencial destacar que atribuir ao Google o dever de fiscalizar o ambiente virtual gera manifesta desproporção entre a finalidade da atividade desempenhada e o ônus imposto. Ademais, o dano em análise nos autos decorre de veiculação de vídeo específico, produzido pela Igreja-ré. Logo, não há, em tese, evidências de que os demais sujeitos que utilizam a rede possam produzir resultados semelhantes.

Não se trata, frise-se, de provedor de conteúdo, diante da obrigação de retirar informações hospedadas sob o seu suporte técnico, mas, diferentemente, de imputação ao *site* de buscas da obrigação de bloqueio de conteúdo gerado e disponibilizado por terceiros. A toda evidência, cuida-se de dever que extrapola a intervenção da requerida na presente controvérsia, bem como desborda da responsabilidade direta e imediata do *site*, que não produziu tampouco lançou tais divulgações na *internet*.

Como ressalta a r. sentença (fl. 549), a liminar que determinou a retirada do testemunho prestado pela autora foi atendida, o que denota o excesso da obrigação imposta ao provedor de pesquisa, que se limita a disponibilizar ferramentas de busca ao usuário-internauta.

No tocante à alegação da Igreja Universal de que houve autorização tácita, é importante destacar que tal versão não é compatível com a desproporção entre a visibilidade e exposição da divulgação autorizada, em mídia restrita, e a repercussão alcançada com a postagem na rede mundial de computadores.

Ao contestar, a Igreja alega que o vídeo foi exibido apenas na rede interna (fl. 342), afirmando que “[...] ocorre a situação de outras pessoas gravarem os programas exibidos e reproduzi-los na internet sem autorização e conhecimento da entidade” (fl. 342).

Conforme apurado (fls. 72 e 302/3), todavia, o vídeo foi postado por Pastor que integra a Igreja, fato que desnatura a alegada ausência denexo causal.

Em relação ao valor da indenização, observa-se que assiste razão à autora quando sustenta a insuficiência da reparação fixada em R\$ 5.000,00 (fl. 549).

A exposição desautorizada de fatos sensíveis da vida da autora, notadamente relacionados à crise pessoal, enseja melhor dimensionamento valorativo.

Veja-se precedente que indica a dissonância do valor de R\$ 5.000,00 em hipótese de dano na *internet*:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO DA AGRAVANTE EM EXCLUIR PERFIL FALSO DO ORKUT EM QUE PUBLICADO MATERIAL OFENSIVO A RESPEITO DA AGRAVADA. CONCLUSÃO DO COLEGIADO ESTADUAL FIRMADA COM BASE NA ANÁLISE DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATORIO CONSTANTE NOS AUTOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE.

No caso concreto, foi colocado no Orkut, rede social mantida pela Google, material de conteúdo ofensivo, consistente na publicação de fotografia da Agravada associada a expressões injuriosas [...]

Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para a demora na retirada de publicação de material ofensivo em perfil falso no Orkut foi fixado, em 01.06.2010, o valor da indenização em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de dano moral, consideradas as forças econômicas da autora da lesão.

Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 231.883/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013).

O valor deferido para a situação de falsidade não deve ser transposto, na mesma medida valorativa, para a hipótese analisada, que cuida de divulgação verídica de forma desautorizada.

Isso posto, conheço da apelação da Igreja-ré e nego provimento.

Conheço da apelação da Google e dou provimento para reformar a r. sentença e excluir a obrigação de fazer determinada na parte dispositiva (fl. 549).

Conheço da apelação da autora e dou provimento para elevar a indenização ao valor de R\$ 20.000,00.

Mantenho íntegra, no mais, a r. sentença, especialmente as formas de correção e os ônus de sucumbência.

É o voto.

Des. Esdras Neves (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecidos. Provido o recurso da autora e da terceira ré. Desprovido o recurso da segunda ré. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2012011065933-7

Relator – Des. Angelo Canducci Passareli

Quinta Turma Cível

EMENTA

Direito comercial e processual civil. Apelação cível. Irregularidade formal. Preliminar rejeitada. Contrato de locação e de coparticipação em *shopping center*. Rescisão dos contratos. Onerosidade excessiva. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Pagamento da *res sperata*. Possibilidade. *Pacta sunt servanda*. Obrigatoriedade de cumprimento do contrato. Aluguel de área comum, aluguel em dobro, retenção de benfeitorias. Nulidade de cláusulas. Inocorrência. Lucros cessantes. Danos morais. Não configuração. Cessão de contrato. Faculdade do locador. Previsão contratual. Sucumbência mínima. Honorários. Pagamento exclusivo por uma das partes. Sentença parcialmente reformada.

1. Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso por irregularidade formal haja vista que se encontram suficientemente impugnados os fundamentos da sentença.

2. O empreendimento *shopping center* é constituído após estudos acirrados de aspectos mercadológicos, considerando que seu sucesso está ligado não apenas ao fato de satisfazer necessidades imediatas de consumo, mas de manter o planejamento integrado feito inicialmente, promovendo sua imagem junto ao público-alvo e, assim, a *res sperata*, corresponde à "*importância paga pelo lojista como retribuição pelos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor do shopping center, envolvendo pesquisas de mercado, estudos de viabilidade econômica, de projetos e de alocação do tenant mix, garantia de reserva de espaço e direito de participar da estrutura organizacional do shopping center*" (Fernando Albino A. de Oliveira, *in* RDT 45/169), não havendo ilegalidade na sua cobrança pelo período em que viger o contrato.

3. A onerosidade excessiva hábil a autorizar a aplicação da Teoria da Imprevisão como fundamento para a resolução do contrato deve decorrer de evento imprevi-

sível e extraordinário, circunstância que não se verifica nas hipóteses de empreendimento comercial, no qual o risco apresenta-se como elemento inerente às atividades desenvolvidas.

4. Existindo expressa previsão contratual e não sobressaindo ilegalidade dos termos pactuados em avença de locação de unidade comercial, deve ser prestigiado o princípio da obrigatoriedade do contrato, *pacta sunt servanda*, não subsistindo a pretensão de declaração de nulidade das cláusulas impugnadas.

5. Peculiaridades do caso concreto em que as cobranças realizadas (aluguel de área comum, aluguel percentual, aluguel em dobro no mês de dezembro) e a concretização dos demais termos expressamente estabelecidos na avença (v.g. retenção de benfeitorias) não se apresentam vedados pelo ordenamento jurídico.

6. Não se verifica o direito à indenização em razão da negativa do locador em aceitar a cessão do contrato a terceiro se a avença previu expressamente a necessidade do seu consentimento para a concretização do ato, configurando-se a concordância em faculdade do locador, máxime quando a aventada recusa injustificada não resultou demonstrada nos autos.

7. Verificado que a responsabilidade pelos eventos que conduziram à insuficiência de recursos dos Autores e, por conseguinte, ao desfazimento do contrato de locação, não pode ser atribuída aos Réus, afasta-se a pretensão de indenização por danos morais e lucros cessantes.

8. Havendo sucumbência mínima de uma das partes, incide na espécie a regra constante do parágrafo único do art. 21 do CPC, devendo a outra arcar com o pagamento da integralidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios.

Apelação Cível dos Autores desprovida.

Apelação Cível dos réus 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, João Eg-

mont – Revisor, Sebastião Coelho – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Sebastião Coelho, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento ao recurso dos autores. Dar parcial provimento ao recurso dos réus. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença recorrida de fls. 1.740/1.755, *in verbis*:

“R. de S.G.F., devidamente qualificado nos autos, propõe pela via da tutela cognitiva, com pedido de antecipação de seus efeitos, a presente ação de rescisão contratual em desfavor de ADMINISTRADORA SHOPPING CENTERS REUNIDOS NO BRASIL LTDA., CONDOMÍNIO CIVIL DO SHOPPING CENTER IGUATEMI BRASÍLIA e PAULO OCTÁVIO INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., partes igualmente qualificadas no processo.

Alega o autor, em apertada síntese, que em 02/12/2008, devidamente afiançado, celebrou com as rés instrumento particular de contrato de coparticipação pelo valor de R\$ 187.500,00, representado por notas promissórias, o que lhe garantira a locação da loja n. 167 localizada no Shopping Center Iguatemi Brasília. Argumenta que as demandadas lhe asseguraram que o imóvel locado gerar-lhe-ia os lucros esperados, posto que havia inúmeras lojas ‘âncoras’ naquele complexo de lojas, bem assim lojas ‘satélites’ previamente selecionadas dentre as melhores dos diversos ramos empresariais. Salienta que as requeridas ressaltaram que as empresas já haviam celebrado contrato de luvas. Menciona que, com base na divulgação levada a efeito pelas suplicadas, convenceu-se de que ingressaria em um empreendimento rentável, confiando na capacidade administrativa apresentada previamente pelas rés. Diz que, do contrário, não teria firmado contrato de adesão locatício, ou seja, contrato de locação durante o ininterrupto período de 5 anos, com início em 01/10/2009 e término previsto para 30/09/2014.

Segue dizendo que o embrionário contrato não correspondera à verdade fática prometida pelas requeridas quando da assinatura do ato de pagamento das

luvas, haja vista que a loja não foi entregue no prazo acordado, além de haver sido aberta ao público com obras ainda em andamento, o que ensejou redução em seu fluxo de clientes, notadamente à vista das características da área nobre em que localizado o shopping. Argumenta, ainda, que as suplicadas exigiram-lhe reforma da loja locada, o que redundou em despesas de R\$ 213.802,78.

Aduz que o contrato de locação está eivado por onerosidade excessiva, porquanto estabelece aluguel mínimo de R\$ 7.707,65, com acréscimos contratuais de 22,22% (outubro/2010); 9,99% (outubro/2011); 8,33% (outubro/2013), sem isenção de correção monetária incidente mensalmente. Salienta que há previsão de aluguel complementar na quantia de R\$ 4.050,00, aluguel participação de 6% sobre faturamento bruto, fundo de promoção em R\$ 1.584,86, alugueres e fundo de promoção dobrados em janeiro, taxa condominial de R\$ 825,00 mais acréscimo de R\$ 6.519,97, sem contar os impostos, taxas, contribuições e demais tributos incidentes sobre o imóvel locado.

Sustenta que, em contrapartida, as rés não adotaram medidas administrativas necessárias ao aumento do seu fluxo de clientes, gerando severos prejuízos para o autor. Argumenta que investiu R\$ 74.080,74 em publicidade, ante a omissão das rés, que desenvolvem má administração do shopping, ao lado de cobrarem altos encargos. Alude ao valor mensal de R\$ 25.841,32, além do sinal de R\$ 401.302,78. Assinala que seu produto é bem aceito no mercado, com vasta procura pelos clientes, sendo os prejuízos suportados pelo requerente imputados à administração do shopping Iguatemi.

Reporta-se ao valor pago de R\$ 9.000,00 para garantia da publicidade, o que permitiria concorrência igualitária entre as empresas. Assevera que durante o transcurso do pacto contratual suas finanças foram atingidas pela má administração do shopping, eis que o local onde se encontra sua loja é ermo, com 8 lojas fechadas por tapumes de madeirite, o que afasta a clientela. Diz, também, que há falta de fluxo de clientes em todo o shopping, o que se agrega aos altos encargos cobrados pelas requeridas, culminando com assinatura de confissão de dívida do autor em 03/11/2011. Acresce que não tem conseguido vender seu fundo de comércio, dados os empecilhos opostos pelas demandadas, sendo certo que logrou êxito em negociar a cessão do negócio à empresa MMartan, que preenche os requisitos necessários, mas tal empreendimento foi

obstado pelas requeridas, que também vêm dificultando a transferência do ponto a terceiros.

Elenca o direito que entende aplicável à hipótese em tela.

Requer, em antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, seja autorizado a entregar em Juízo as chaves do imóvel locado, nomeando-se Corretor responsável para intermediar a cessão a terceiros; na hipótese de não ser atingido o resultado prático almejado, pretende a conversão da medida em perdas e danos. Oferece como caução o depósito de R\$ 82.035,43, apontando a natureza do depósito como purgação da mora e medida a evitar seja arguida a exceção do contrato não cumprido. Busca, ainda, seja decretada a rescisão do contrato por onerosidade excessiva e aferição superior de lucro permitido nos negócios. Pretende, ademais, a resilição indireta do ajuste por inadimplemento contratual das requeridas, revertendo-se em favor do autor a multa de R\$ 265.691,72; a devolução da quantia de R\$ 187.500,00 paga a título de luvas; devolução do valor de R\$ 213.802,78 pelas benfeitorias realizadas por imposição das rés; seja declarada a nulidade da Cláusula 24 do contrato locatício por violação de preceito legal, notadamente em relação às benfeitorias voluptuárias; o ressarcimento da quantia de R\$ 253.701,02 correspondente aos valores excessivos pagos a título de fundo de promoção, condomínio e alugueres de janeiro pagos em dobro; a nulidade das Cláusulas 83 a 86 por serem abusivas e desproporcionais; a nulidade das Cláusulas 63 a 73 por violarem o art. 54, § 1º, da lei do inquilinato; o arbitramento da cota condominial em R\$ 825,00; a nulidade da Cláusula 12 do contrato locatício por violação do princípio da bilateralidade dos contratos cumulativos, da proporcionalidade e do equilíbrio econômico; o ressarcimento de R\$ 9.000,00 por indevido aluguel de áreas comuns; a nulidade da Cláusula 23 do contrato locatício ante a condicionante de cessão de contratos ao pagamento de seis alugueres; o reconhecimento da má administração das rés, bem como de sua conduta culposa no que tange ao trato de assuntos de interesse do autor e relacionados ao shopping Iguatemi; a condenação das rés em R\$ 74.080,74 pelos prejuízos sofridos em decorrência da má administração; a condenação ao pagamento da quantia de R\$ 500.000,00 pela perda de uma chance de haver negociado a cessão de seu contrato; a condenação das rés ao pagamento de R\$ 50.078,00 pelos gastos com a contratação dos

Advogados; a condenação das rés ao pagamento de lucros cessantes no montante de R\$ 1.500.000,00 pela frustração de expectativa de faturamento; a condenação no valor de R\$ 200.000,00 por danos morais suportados, além dos consectários legais.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 43/591, bem assim da guia de custas de fls. 592 e da guia de depósito da quantia de R\$ 82.053,43 de fls. 593.

O autor, espontaneamente, ofertou emenda a fls. 595/596 para pugnar pela inclusão no polo ativo da empresa RIVASA COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.-ME.

Pela decisão de fls. 598/600 foi recebida a emenda à inicial e deferido em parte o pedido antecipatório para autorizar os autores a depositarem Juízo as chaves do imóvel.

Os autores voltaram aos autos pela petição de fls. 603/605 informando que estariam sendo obstado de retirar seus pertences do interior da loja, pretendendo provimento jurisdicional de autorização para tanto, bem assim fosse providenciado lacre judicial para evitar a retirada das benfeitorias realizadas, o que foi parcialmente deferido pela decisão de fls. 608/610.

As chaves foram depositadas neste Juízo (fls. 625/626).

Regularmente citadas, as rés apresentaram contestação a fls. 690/713 pugnando pela improcedência do pedido, argumentando que o insucesso comercial dos autores não lhes pode ser imputável, eis que não praticaram qualquer ato ilícito e tampouco existe nexa causal entre qualquer conduta sua e os prejuízos alegados pelos autores. Mencionam o tipo de financiamento do negócio – operação por capital de terceiros – afirmando haver grave risco gerado pelos próprios requerentes. Elencam as despesas iniciais a serem assumidas pelos autores, ao lado de registrarem que as benfeitorias realizadas na loja foram exigidas pela franqueadora, o que, ao lado das demais exigências decorrentes da franquia, importou gasto próximo a R\$ 500.000,00. Reportam-se aos empréstimos contraídos para os autores honrarem os pagamentos iniciais, chegando os autores a um passivo superior a R\$ 1.200.000,00. Dizem, assim, que

essas as razões pelas quais os autores, em menos de 2 anos, sucumbiram ao endividamento.

Nesse quadrante, argumentam que o desempenho de vendas da empresa foi muito bom, havendo aumento de mais de 100% de 2010 para 2011. Sustentam que a franqueadora disponibilizou assessoramento para viabilidade do negócio, deixando entrever que o retorno do investimento ocorreria após transcorridos de 24 a 36 meses, sendo certo que o malogro do empreendimento deu-se pelas diversas dívidas contraídas pelos postulantes.

Asseveram que os próprios autores trouxeram ao Poder Judiciário verdadeira confissão da quebra, comparecendo a pretensão indenizatória como litigância de má-fé. Sustentam que não houve qualquer promessa de resultado. Reportam-se aos gastos despendidos para a promoção do shopping Iguatemi. Impugnam as fotografias encartadas nos autos pelos autores. Salientam a aplicabilidade do art. 54 da Lei 8.245/91 e a incidência dos princípios da autonomia da vontade e do pacta sunt servanda.

Aduzem que o investimento feito pelos autores em publicidade destinou-se exclusivamente à promoção de seus produtos, ao lado de afirmar jamais haver a MMartan manifestado às rés sua intenção em aceder à assunção de locação, mas apenas de alteração do contrato de locação, com mudança de local, o que não pode ser imposto às requeridas. Insurgem-se contra a pretensão autoral de definição do aluguel em R\$ 825,00, porquanto 825 é o Coeficiente de Rateio nas Despesas de Custeio do Shopping Center, infirmando a pretensão dos requerentes de aplicação dos dispositivos legais mencionados na exordial. Por fim, argumentam que não praticaram qualquer ato ilícito, sendo descabida a pretensão indenizatória.

A peça de defesa veio acompanhada dos documentos de fls. 646/686 e 719/1702.

Os autores ofertaram réplica a fls. 1705/1727 sustentando a irregular representação das rés e, no mérito, reiterando os argumentos da inicial e refutando aqueles desenvolvidos na contestação.

As partes sinalizaram, tácita e explicitamente, para o julgamento antecipado do pedido (1705/1727 e 1730/1731)."

Acrescento que a MM. Magistrada julgou parcialmente procedente o pedido, para "condenar as réis a restituírem aos autores a quantia de R\$ 187.500,00 (cento e oitenta e sete mil e quinhentos reais), devidamente atualizada pelos índices oficiais e acrescida de juros de 1% ao mês, da data do desembolso; e, confirmando a decisão deferitória do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (CPC, art. 273), autorizar os autores a promoverem o depósito judicial das chaves do imóvel objeto da locação." (fl. 1.754). Ademais, condenou as partes ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixou em 10% sobre o valor da condenação, estabelecendo um percentual de 70% para os Autores e 30% para os Réus.

Contra a sentença, os Réus e os Autores manejaram Embargos de Declaração (fls. 1.757/1.760 e 1.761/1.766, respectivamente), os quais foram rejeitados (fls. 1.768/1.770).

Inconformados, os Réus interpõem recurso de Apelação (fls. 1.772/1.786), sustentando, em síntese, que na sentença objurgada houve equívoco na parte em que se julgou procedente a pretensão dos Autores – devolução da quantia de R\$ 187.500,00, referente à coparticipação nas despesas de implantação do empreendimento comercial – e entendendo haver violação ao artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal e ao artigo 54, *caput*, da Lei 8.245/91.

Afirmam, de início, que, "das despesas abrangidas pelo valor cobrado, apenas a de paisagismo vem incluída na vedação contida na letra 'b' do § 1º do artigo 54 da Lei 8245/9. As demais não!" (fl. 1.775 – grafado conforme o original), o que significaria que o *decisum* estendeu a vedação legal à situação fática não prevista na legislação. Assim, defendem que, se houver de prevalecer a procedência de tal pedido, a devolução deve se dar somente quanto ao valor referente ao paisagismo, mantendo-se a validade da cobrança quanto aos demais pontos.

Ademais, dizem que, de toda sorte, nada obstaria a que cobrassem dos Apelados a referida quantia como condição para celebração do contrato de locação, porquanto o artigo 54 da Lei 8.245/91 consagra a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*. Nesse tocante, asseveram que a coparticipação configurou um ajuste

contratual preliminar, autônomo e independente da relação locatícia, e que ela se destinava a “pagar despesas tipicamente pré-operacionais (...), algumas das quais de interesse fundamental dos apelados, como, por exemplo, a adaptação dos sistemas elétricos e hidráulicos ao *lay out* da loja imposto pela franqueadora e não pelos autores” (fl. 1.776).

Colacionam jurisprudência que entendem abonar sua tese.

Obtemperam que, se não havia locação vigente e, portanto, o valor em questão não foi cobrado a título de despesas extraordinárias, não existe razão para que se aplique o artigo 54, letra “b”, da Lei 8.245/91, e que, dessa forma, a sentença violou o princípio constitucional da legalidade.

Por fim, afirmam que o critério de fixação da verba honorária de sucumbência adotado pela Magistrada sentenciante violou o artigo 21, parágrafo único, e o artigo 23, § 3º, ambos do Código de Processo Civil, tendo em vista que sucumbiram somente em valor correspondente a 4,80% do pedido formulado, resultando desproporcional o percentual estabelecido na sentença.

Esgrimem, quanto ao ponto, que deveria ser aplicado o artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, de modo que os Autores respondam integralmente pela verba de sucumbência, ou, ainda, que deveria ser observada a exata quantificação da sucumbência dos Autores/Apelados que, conforme calcula, resultaria em R\$ 3.717.125,10.

Pleiteiam, pois, a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados integralmente improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, e, subsidiariamente, que seja determinado “que os honorários advocatícios de 10% incidam sobre os valores da sucumbência de cada uma das partes, sendo a dos autores R\$ 3.717.125,10 e a dos réus R\$ 187.500,00, operando-se, em seguida, a compensação, na forma do disposto na Súmula 306 do STJ” (fl. 1.786).

Preparo regular (fl. 1.799).

Contrarrazões dos Autores às fls. 1.805/1.814, nas quais refutam a argumentação recursal e pedem o desprovimento do recurso.

Adesivamente, os Autores interpõem recurso de Apelação (fls. 1.815/1.866, re-primando a argumentação contida na peça de ingresso. Assim, afirmam que "A r. sentença reconhece a violação da obrigação jurídica preexistente imposta aos Apelados por força do art. 54, § 1º, 'B' da Lei de Locações (8.245/91)" (fl. 1.821), e que, por tal razão, deveria ter declarado a nulidade de todos os seus aditivos contratuais em face da sua conectividade com o nulo pacto originário, máxime porque se trata de matéria de ordem pública, cognoscível, até mesmo, de ofício.

Tecem considerações acerca da responsabilidade civil, afirmando que a sentença guerreada não observou que o alto endividamento que experimentaram – o qual os conduziu a processo de autofalência – se deu por culpa dos Réus/Apelados, uma vez que, "se os Apelantes não tivessem pagado as ilícitas luvas e os desnecessários encargos, como se mostrará adiante, não teria realmente razão de se propor a presente demanda contra os Apelados, pois daí **não teriam nexo com o dano ocasionado** pelo endividamento" (fl. 1.825 – grafado conforme o original).

Arguem que houve equívoco quanto à aplicação da Teoria da Imprevisão, porque foram cobradas quantias não previstas, às quais denomina de "não permitidas" (fl. 1.827), o que teria gerado fato extraordinário ("ilícito contratual" – fl. 1.827), o qual desequilibrou o contrato firmado entre as partes, aduzindo que ao tempo da contratação não existiam condições de se delimitar os fatores relacionados à onerosidade excessiva.

Asseveram que colacionaram aos autos todas as provas necessárias à demonstração da verossimilhança de seu direito, e que, por outro lado, os Réus/Apelados não conseguiram infirmar, por meio de documentos, as argumentações lançadas na inicial. Ainda nesse tocante, alegam também que houve erro no julgamento das provas e na apreciação do pedido de declaração de má administração por parte dos Réus.

Reiteram a abusividade dos valores pagos a título de fundo de promoção, previsto na cláusula 84 do instrumento contratual, das taxas cobradas a título de condomínio (cláusulas 63 a 73 do contrato) e dos valores vertidos com as despesas extraordinárias, assim consideradas aquelas que excederam o valor de R\$ 825,00. Impugnam, ademais, os encargos cobrados em dobro no mês de janeiro (cláusula

12), as quantias referentes à manutenção e uso das áreas comuns e do fundo de propaganda.

Defendem que possuem o direito de cessão do ponto comercial a terceiros, e, por conseguinte, à indenização relativa ao fundo de comércio ali constituído como condição para a devolução das chaves do imóvel. Asseveram ser nula a cláusula 23, a qual condiciona a cessão do contrato ao pagamento de seis aluguéis.

Reprisam a tese de que a falência de seu empreendimento se deveu a ato ilícito dos Réus, o qual lhes gerou danos de ordem patrimonial e, ainda, prejuízos quanto a seus investimentos de marketing (R\$ 74.080,74).

No que tange aos honorários advocatícios, afirmam que a Magistrada sentenciante não observou as regras de direito civil e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que é nítida a prática de ato ilícito perpetrado pelos Réus, razão pela qual devem ser ressarcidos dos gastos com honorários contratuais, no montante de 350 URH's.

Demais disso, dizem que devem ser indenizados pelos lucros cessantes, porque "o fluxo de caixa dos Apelantes (fls. 296-591) não alcançou patamar expressivo ao esperado para o empreendimento das Apeladas, diga-se, passageiramente, que este é um dos maiores *Shopping Center* de Brasília" (fl. 1.853 – grafado conforme o original), e também deve ser reparado o dano moral, o qual decorreria da "efetiva diminuição do conceito dos Apelantes junto s (sic) clientes e a sua franqueadora, gerando-lhe, com isso, sua morte dentre o cenário empresarial brasileiro" (fl. 1.855).

Sustentam que devem ser indenizadas as benfeitorias realizadas no imóvel, as quais perfizeram o valor de R\$ 213.802,78, impugnando, assim, a cláusula 24 do contrato, e que fazem jus à multa contratual decorrente da ilegal cobrança de valores referentes às "luvas", que, *in casu*, deve ser revertida a seu favor.

Pedem a reforma da sentença, a fim de que sejam reconhecidas a nulidade das cláusulas ora impugnadas e a resolução do contrato em virtude de inadimplemento contratual, pleiteando, ainda, a condenação dos Réus ao ressarcimento das parcelas excessivamente pagas, à indenização por lucros cessantes, benfeitorias úteis, danos extrapatrimoniais e contratação de causídicos, a conversão, em per-

das e danos, da impossibilidade de cessão do contrato, a inversão do valor da multa cobrada, a declaração de má administração dos Réus e a inversão dos ônus da sucumbência.

Preparo regular (fl. 1.867).

Contrarrrazões da dos Réus às fls. 1.873/1.896, nas quais pedem o não conhecimento do recurso dos Autores, em virtude de fundamentação deficiente e, assim, violação ao artigo 515 do Código de Processo Civil, e, no mérito, o seu desprovimento.

À fl. 1.871, a MM. Magistrada de Primeira Instância indeferiu o pedido de entrega das chaves referentes ao imóvel, formulado às fls. 1.868/1.869. Contra a referida decisão, os Réus interpuseram recurso de Agravo de Instrumento (Feito nº 2012.00.2.027526-0), o qual foi provido.

Às fls. 1.939/1.940, os Autores pleitearam o levantamento da caução referente aos aluguéis atrasados, realizada com o propósito de deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, pleito indeferido às fls. 1.941/1.942.

Formulado pedido de reconsideração (fls. 1.949/1.951), a decisão foi mantida à fl. 1.953.

É o relatório.

VOTOS

Des. Angelo Canducci Passareli (Relator) – Registro, de início, que não se cuida de hipótese de não conhecimento do recurso em virtude de suposta irregularidade formal (ausência de impugnação específica), conforme pretendem os Réus em suas contrarrrazões, uma vez que o recurso dos Autores apresenta argumentação voltada a atacar o fundamento principal da sentença objurgada, a saber, a validade das cláusulas contratuais impugnadas e a responsabilidade dos Réus por ato ilícito que teria culminado no insucesso das operações comerciais dos Autores.

Presentes, pois, os pressupostos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

Cuida-se de recursos de Apelação Cível, manejados de parte a parte, contra a r. sentença de fls. 1.740/1.755, por meio da qual a MM. Juíza singular julgou par-

cialmente procedente o pedido, para “condenar as réis a restituírem aos autores a quantia de R\$ 187.500,00 (cento e oitenta e sete mil e quinhentos reais), devidamente atualizada pelos índices oficiais e acrescida de juros de 1% ao mês, da data do desembolso; e, confirmando a decisão deferitória do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (CPC, art. 273), autorizar os autores a promoverem o depósito judicial das chaves do imóvel objeto da locação.” (fl. 1.754). Ademais, condenou as partes ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixou em 10% sobre o valor da condenação, estabelecendo um percentual de 70% para os Autores e 30% para os Réus.

Insurgem-se os Autores com suporte, em síntese, nos mesmos argumentos lançados na peça de ingresso, a saber, a invalidade de diversas cláusulas do contrato de locação que estabeleceram com os Réus, e, ainda, sob a alegação de responsabilidade destes pela não materialização das expectativas de lucro geradas para a atividade estabelecida no ponto comercial que alugaram.

Ainda, requerem o reconhecimento da confissão ficta dos Réus, argumentando que estes não lograram refutar, documentalmente, as assertivas contidas na peça inicial, o que, a toda evidência, não se verifica na hipótese, porquanto, a par da contra-argumentação trazida pelos Réus, o acervo probatório que colacionaram também empresta subsídios para o deslinde da controvérsia ora posta.

A irresignação dos Réus, por seu turno, consubstancia-se na aventada impossibilidade de aplicação da Lei do Inquilinato ao contrato autônomo de coparticipação, o qual não guardaria correlação com o contrato de locação celebrado de forma independente. Impugnam, ainda, os critérios de distribuição dos ônus da sucumbência.

Princípio pela análise da alegação dos Réus concernente à inexistência do direito dos Autores ao ressarcimento dos valores pagos a título de coparticipação.

O contrato intitulado “Instrumento Particular de Contrato de Coparticipação” (fls. 76/79) consiste, em verdade, na cobrança antecipada da importância correspondente à *res sperata*.

Em regra, o empreendimento *shopping center* é constituído após estudos acirrados de aspectos mercadológicos, considerando que seu sucesso está ligado não apenas ao fato de satisfazer necessidades imediatas de consumo, mas de manter

o planejamento integrado feito inicialmente, promovendo sua imagem perante o público-alvo. Essa promoção inclui itens como segurança, estacionamento, concentração de produtos e serviços, serviço médico, atenção aos portadores de necessidades especiais, etc.

A doutrina acerca do tema chama esse esforço planejado de *customer assistance* – assistência ao cliente (*apud*: Lewinson – Mamede, Gladston. *In Contrato de Locação em Shopping Center*).

O estudioso do assunto, Gladston Mamede, disserta acerca do planejamento mercadológico necessário ao sucesso dos *shoppings centers*, citando Paulo Ricardo dos Santos e Filipe Campelo Xavier Meira:

“Meira e Costa o [customer assistance] demonstram destacando que ‘alguns serviços podem não ser diretamente úteis ou utilizados pela grande maioria dos usuários, mas colaboram para a formação de uma boa imagem do empreendimento’. Exemplificam com as ‘instalações especiais para deficientes’, que denotam ‘a preocupação da população de ser cliente de um shopping center que se apresente como uma empresa eticamente responsável e socialmente consciente. O mesmo, dizem, dá-se com o ‘apoio a eventos e campanhas comunitárias’, ou iniciativas tais como ‘empréstimo de cadeiras de rodas e manutenção de serviço médico’. Os autores chegam a citar iniciativas de shoppings norte-americanos que, desejando atrair consumidores da terceira idade, oferecem ‘facilidades, tais como um atendente para estacionar os carros dos clientes, e salas de estar com serviços diversos’” (MAMEDE, GLADSTON. Contrato de locação em shopping Center: abusos e ilegalidades, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 130).

Fazendo um aparte no exame do mérito e no intuito de dissipar quaisquer dúvidas acerca do tema, teço breves considerações acerca da responsabilidade que pode ser atribuída ao empreendedor/Réu. A administração do *shopping* foi delegada a terceiro, mediante contrato, fazendo com que houvesse a interposição de uma outra parte no negócio jurídico celebrado entre o empreendedor e o lojista.

Aliás, é o que deriva do próprio contrato de coparticipação nas despesas, o qual traz consignada a seguinte redação: “CONDOMÍNIO CIVIL DO SHOPPING CENTER IGUATEMI BRASÍLIA, (...), **neste ato representado por sua administradora, SHOP-**

PING CENTERS REUNIDOS DO BRASIL LTDA., com sede na Capital do Estado de São Paulo (...)” (fl. 76 – grifei).

Ensina José Augusto Basílio que “na verdade, a administradora funcionará como uma mandatária do empreendedor, que lhe confere amplos poderes de administração, controle, gestão e fiscalização do empreendimento, incluindo ainda a gestão das partes destinadas ao estacionamento de veículos, podendo, também, ser administradora responsável pela gestão do ‘fundo de promoções.” (in *Shopping Centers*, p. 53. Ed. Renovar).

O papel do empreendedor, portanto, em lição da doutrina mais abalizada, não se esgota com a implantação do *shopping center*. Como organizador do complexo varejista, ele continua a atuar na administração do empreendimento e no impulsionamento de sua expansão, depois de implantado, mesmo porque tem interesse no faturamento bruto em razão do aluguel apurado com base neste. Tem, portanto, máximo interesse em que haja a maximização da produtividade individual dos lojistas reunidos sob o espaço físico que construiu, de modo que dessa convergência mercadológica derive a atração de consumidores em potencial.

Assim sendo, apesar de não administrar diretamente o fundo de promoção, a empreendedora tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda e responder por eventuais descumprimentos das cláusulas contratuais, mesmo que tenha terceirizado a administração do complexo comercial.

Acerca do tema, afigura-se pertinente o importante escólio doutrinário de Sílvio Venosa, a seguir transcrito:

“Outro aspecto que deve ser notado é que o shopping center surge antes mesmo de ultimado seu espaço físico. Os comerciantes interessados aderem previamente a um contrato preliminar de reserva de espaço que se ultimar posteriormente com o contrato definitivo, o qual conterá normas de locação e normas próprias desses centros comerciais. A adesão inicial ainda não constitui locação, mas, em síntese, mera reserva de espaço localizado e promessa de contratar. Trata-se, na realidade, de contrato que tem por objeto coisa futura (res sperata).”

Ponto importante a destacar é o fato de que, em vista da particularidade desses empreendimentos, todos os espaços, boxes, lojas etc. são destinados exclusivamente à locação e exploração individual por comerciantes e prestadores de serviço, não se amoldando à espécie os princípios do direito de preferência na aquisição do imóvel, salvo se o local completo é todo alienado pelo empreendedor ou administrador.

Tratando do shopping center como modalidade de condomínio toda especial, a lei proíbe sejam cobradas do locatário as despesas das letras a, b e d do parágrafo único do art. 22. Ora, nesse dispositivo temos o que a lei entende por despesas extraordinárias de condomínio. Na verdade, e por exceção, a lei está permitindo que algumas dessas despesas extraordinárias possam ser cobradas do locatário. Excluindo-se aquelas mencionadas, podem, a contrario sensu, ser cobradas do locatário lojista ou assemelhado as despesas referentes a obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício (letra c), de instalação de equipamentos de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer (letra e), de decoração e paisagismo nas partes de uso comum (letra f) e para constituição do fundo de reserva (letra g). Não é boa a técnica da lei em se expressar pela negativa desse dispositivo. Deveria deixar absolutamente claro que se cuidam de exceções aplicadas à regra geral das locações condominiais, referindo-se às hipóteses que podem ser cobradas e não as que não podem, que já estão na regra geral. Por outro lado, justifica-se a cobrança do lojista nesse caso, considerando-se os objetivos comerciais do instituto.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática. 11.ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 244-245)

A princípio, mister consignar que não existiria amparo legal para que a *res sperata* fosse cobrada antecipadamente, sem que o empreendimento já estivesse muniado com todas as despesas que envolvem estudos técnicos, tanto mercadológicos quanto estruturais, procedidos pelo empreendedor.

A definição de *res sperata*, elaborada por Fernando Albino A. de Oliveira (in RDT 45/169) diz que “se trata da importância paga pelo lojista **como retribuição** pelos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor do *shopping center*, envolvendo pesquisas de mercado, estudos de viabilidade econômica, de projetos e de

alocação do *tenant mix*, garantia de reserva de espaço e direito de participar da estrutura organizacional do *shopping center*". (grifei).

A Ação de Conhecimento ajuizada em desfavor do empreendimento pelo lojista, que objetiva, dentre outros, a declaração de rescisão contratual, tem data de protocolo de 08/05/2012 (fl. 02). O contrato de locação da unidade comercial foi celebrado em 02/12/2008 (fl. 125). Durante mais de três anos, portanto, os Autores permaneceram com seu comércio devidamente instalado na unidade locada, usufruindo das instalações do empreendimento comercial.

Por tal razão, considero lícita a cobrança da *res sperata*.

Sob outro prisma, é preciso salientar que no contrato de coparticipação nas despesas referentes ao empreendimento, consta a cláusula quarta, segundo a qual "Resolvido o CONTRATO DE LOCAÇÃO, resolver-se-á automaticamente o presente, com o vencimento antecipado de eventuais parcelas vincendas, as quais passarão a ser exigidas de imediato." (fl. 78 – grafado conforme o original).

A conexão entre ambas as avenças é cristalina, resultando imperioso reconhecer-se que o contrato de coparticipação nas despesas referentes ao empreendimento são contratos coligados.

Repito a opinião do jurisperito Rubens Requião acerca dos contratos firmados por conta de locação em *shopping center*: "Os contratos a ele relativos não se fundem, mantendo unidade apenas econômica, sem vir a constituir nova categoria jurídica. Daí por que o centro de compras não chega a ser um contrato, mas apenas uma organização fundada em vários contratos. Assim, vejo no centro comercial não uma figura modelada por um contrato, mas apenas a coordenação ou coligação de vários contratos, que estruturam juridicamente a organização e atividade" (*in Shopping Centers – Aspectos Jurídicos*, p. 130).

Rescindido, pois, o contrato de locação – fato que se deu por ocasião da prolação da sentença –, desnecessário o provimento jurisdicional para rescindir o contrato de coparticipação nas despesas referentes ao empreendimento, máxime porque este último previa tal consequência em sua cláusula quarta (fl. 78), sendo imprescindível a tutela judicial, neste momento, para estabelecer a culpa na rescisão,

quando controvertida, e as consequências do inadimplemento ou dos efeitos da rescisão antecipada do contrato de locação sobre o contrato de coparticipação.

Traçado tal quadrante, prossigo na apreciação do tema, iniciando, aqui, também a análise das razões recursais apresentadas pelos Autores.

Uma das alegações aventadas na Apelação Cível dos Autores é de que o valor em questão, pago a título de “luvas”, deveria ser restituído em razão da responsabilidade dos Réus pelo inadimplemento contratual. Lastreia seus argumentos, sinteticamente, na ausência do retorno financeiro supostamente prometido pelos Réus.

Alegam, em resumo, que, “se os Apelantes não tivessem pagado as ilícitas luvas e os desnecessários encargos, como se mostrará adiante, não teria realmente razão de se propor a presente demanda contra os Apelados, pois daí **não teriam nexo com o dano ocasionado** pelo endividamento” (fl. 1.825 – grafado conforme o original).

Vê-se que o cerne da argumentação dos Autores integra a *res sperata*, consubstanciando-se fundamentalmente na ausência do retorno financeiro supostamente prometido pelos Réus, circunstância que, associada às obrigações assumidas contratualmente, os teria conduzido à situação de total insolvência.

Compulsando os autos, da análise dos inúmeros documentos acostados, muitos dos quais repetidos na formação dos volumes, verifica-se que, além dos encargos assumidos por meio da celebração do contrato primeiro de locação da unidade comercial, ínsitos a tal espécie contratual (aluguel percentual, aluguel mínimo mensal reajustável, aluguel complementar, coeficiente de rateio nas despesas do shopping e fundo de promoção – fls. 109/122), houve celebração, pelos Autores, de contratos outros de locação para veiculação de propaganda (fls. 149/150, 160/161). Demais disso, os Autores realizaram outras despesas com publicidade por sua própria iniciativa (fls. 229/284)

A publicidade do empreendimento, ações de captação de público e divulgação de eventos encontram-se sobejamente provadas nos autos, pois os carreados pelos Réus ao Feito, dos volumes V ao IX (fls. 864/1.671) são, praticamente, todos destinados a tal prova.

Para além de tais constatações, e sobretudo, observa-se inexistir nos autos qualquer disposição contratual por meio da qual os Réus se obriguem a garantir a

lucratividade da atividade comercial dos Autores. Nesse descortino, exsurge evidente que os Réus não se posicionaram como garantidores do retorno financeiro que esperavam os Autores, cumprindo sobrelevar que o ramo empresarial que estes desenvolvem se lastreia em meras expectativas de lucro, de sorte que o risco é elemento inerente ao sistema de comércio.

Nessa contextura, tendo em vista que o valor cobrado, antecipadamente, deveria ser utilizado para o cumprimento das obrigações previstas no contrato de coparticipação, e que o empreendimento já se encontrava, por ocasião do ajuizamento da demanda, em pleno funcionamento, é de se reputar que os valores ali consignados já foram utilizados para o cumprimento das obrigações previstas naquela avença.

Registre-se que o mesmo fundamento resolve a alegação de invalidade de cobrança do fundo de promoção. Assim, destaco que o chamado Fundo Promocional ou Fundo de Promoção de Publicidade nada mais é que a constituição de reserva financeira, por lojistas e administração do empreendimento, para atender àquelas necessidades publicitárias e garantir o monopólio espacial do mercado em relação a outros centros comerciais.

Como se vê, os Autores usufruíram da publicidade, dos eventos, do sistema de som e imagem contratados, e das demais facilidades de integrar um complexo comercial.

Apesar de recente, em relação aos demais *shopping centers* do Distrito Federal, já que iniciou suas atividades em data relativamente próxima (março de 2010 – fl. 700), os documentos constantes dos autos noticiam inúmeros eventos de publicidade e captação de público havidos no decorrer dos anos que se seguiram à inauguração.

Destarte, ao que tudo indica, o insucesso comercial dos Apelantes não se deu em razão de qualquer comportamento negligente ou não diligente dos Réus, os quais, registre-se, possuem idêntica motivação de captação de público, mas por motivos atinentes ao próprio ramo de negócio escolhido e à sua administração comercial.

Colaciono jurisprudência acerca do tema:

"RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO E COPARTICIPAÇÃO DE LOJA EM SHOPPING CENTER. ELEVADOS PREJUÍZOS. APELAÇÃO DO AUTOR E DA RÉ.

DEVOLUÇÃO DE TODAS AS QUANTIAS PAGAS E APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. IMPROCEDÊNCIA. CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO. PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES POSTERIORES À RESCISÃO CONTRATUAL. IMPROCEDÊNCIA.

1 – Celebração de contrato de locação de loja em que, apesar de grande publicidade, não se revela bom negócio, acarretando prejuízo para a parte não pode ser considerado como propaganda enganosa, eis que o insucesso do empreendimento é um risco criado pela própria natureza da atividade.

2 – Nas relações que envolvem locação em shopping center devem ser consideradas as relações pactuadas entre as partes e não as regras relativas ao Código de Defesa do Consumidor.

3 – No contrato de trato sucessivo a obrigação é devida até a ocorrência de uma causa extintiva (como a rescisão contratual), devendo a cobrança de obrigações futuras ser considerada como enriquecimento ilícito.

Recursos improcedentes.” (APC 20020110147966, Relator eminente Desembargador NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Cível, julgado em 09/05/2005, DJ 16/06/2005 p. 39).

Não é demais repisar: o empreendedor, *in casu*, os Réus, tem interesse em todas as etapas de implementação do *shopping*, considerado o investimento inicial que foi exclusivamente seu. Para recuperá-lo, precisa que haja aceitação do empreendimento pelo público consumidor, impulsionando a produtividade dos lojistas, quer reunidos quer individualmente considerados.

Como pontifica João Augusto Basílio, “na qualidade de responsável direto pela manutenção e pelo desenvolvimento do *tenant mix*, o empreendedor terá necessariamente que acompanhar de perto o dia-a-dia do *shopping*.” (op.cit. p. 53). De tudo isto depende seu lucro direto, quer advenha de aluguel sobre o faturamento bruto quer de um mínimo reajustável, fixado ou não o 13º aluguel, o retorno do capital investido está direta e inexoravelmente vinculado ao sucesso do empreendimento.

Entretanto, é firme a orientação jurisprudencial que, celebrado o contrato adjeto em razão do pacto locatício e, rescindido este último, a importância paga pelo lojista para o fundo promocional e para a restituição dos valores empregados pelo

empreendedor nos estudos mercadológicos e na organização estrutural do *shopping – res sperata* – deve ser devolvida ao locatário, proporcionalmente ao prazo referente à locação que não foi usufruído.

Transcrevo:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL – LOJA INSTALADA EM SHOPPING CENTER – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS – CONTRATO DE COPARTICIPAÇÃO – CONCEITO – RESTITUIÇÃO – TÉRMINO DA LOCAÇÃO.

AO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL DE LOJA INSTALADA EM SHOPPING CENTER APLICA-SE A LEI 8.245/91. REFERIDO TÍTULO, QUANDO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL, AFIGURA-SE HÁBIL A APARELHAR AÇÃO DE EXECUÇÃO.

CONTRATO DE COPARTICIPAÇÃO É AQUELE PELO QUAL O RESPONSÁVEL PELA EDIFICAÇÃO DO SHOPPING CENTER, A FIM DE REALIZAR OS ESTUDOS E OBRAS QUE ANTECEDEM A SUA INAUGURAÇÃO E GARANTIR A VIABILIDADE ECONÔMICA DO EMPREENDIMENTO, RESERVA AO FUTURO LOJISTA, MEDIANTE CERTA CONTRAPRESTAÇÃO EM DINHEIRO, O LOCAL EM QUE SERÁ INSTALADO O SEU ESTABELECIMENTO, VINDO A GOZAR DE TODA A ESTRUTURA DO CENTRO COMERCIAL DURANTE A VIGÊNCIA DA LOCAÇÃO.

LOGO, O CONTRATO DE COPARTICIPAÇÃO MANTÉM PERTINÊNCIA COM O PRAZO DE DURAÇÃO DA RELAÇÃO LOCATÍCIA, POIS TEM COMO CONTRAPRESTAÇÃO A UTILIZAÇÃO DA ESTRUTURA DO SHOPPING CENTER EM QUE SE LOCALIZA O ESTABELECIMENTO COMERCIAL.

FINDA A LOCAÇÃO EM FACE DA INADIMPLÊNCIA DO LOJISTA, ESTE DEVE RECEBER, EM RESTITUIÇÃO, O MONTANTE PAGO EM VIRTUDE DO CONTRATO DE CO-PARTICIPAÇÃO, PROPORCIONALMENTE AO PERÍODO NÃO CUMPRIDO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO.” (APELAÇÃO CÍVEL 19980110454906 RELATOR eminente Desembargador SÉRGIO BITTENCOURT)

“EMBARGOS DO DEVEDOR – CONTRATOS DE PROMESSA DE CESSÃO DO DIREITO DE INTEGRAR A ESTRUTURA TÉCNICA DE SHOPPING CENTER E DE SUBLOCAÇÃO PARCIAL DE LOJA – DESEJO DOS EMBARGANTES DE QUE AS OBRIGAÇÕES

ASSUMIDAS NO SEGUNDO SEJAM AS ÚNICAS A CUMPRIR – ERRO SUBSTANCIAL E SIMULAÇÃO – PRESENCAS NÃO DETECTADAS AO TEMPO DA CELEBRAÇÃO DO PRIMEIRO AJUSTE – RES SPERATA.

- Conceitua-se a res sperata como sendo a importância paga pelo lojista como retribuição pelos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor do shopping center, envolvendo pesquisa de mercado, estudos de viabilidade econômica, de projetos e de alocação do tenant mix, garantia de reserva de espaço e direito de participar da estrutura organizacional do shopping center.

- Cuida-se, em verdade, de pagamento pelo direito de reserva do imóvel a ser locado, que se justifica nos shopping centers, dada a sua natureza especial, em que um conjunto de providências antecedentes são adotadas pelo empreendedor, nada havendo de ilícito no respectivo repasse do custo ao locatário.

- Não se admite que comerciantes desconheçam a finalidade de tais pagamentos, representados por notas promissórias, a ponto de pretenderem a declaração de nulidade do contrato, firmes em que haveria discordância entre as vontades interna e declarada.

- Não sendo desconstituído o título embasador da execução, quanto à liquidez, certeza e exigibilidade, a improcedência dos embargos à execução é inafastável.” (Acórdão : 0393797-3 Apelação Cível Ano: 2003 Comarca: Belo Horizonte/Siscon. Órgão Julg.: Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Juíza Beatriz Pinheiro Caíres.)

Como se vê, o prazo de locação estabelecido no contrato foi de 60 meses (fl. 109) – item 5 do quadro resumo – iniciado em 01 de setembro de 2009.

A data de rescisão do contrato de locação, para efeitos do cálculo proporcional da devolução, deve ser considerada como sendo a data do depósito das chaves do imóvel em juízo (18 de maio de 2012 – fls. 625/626).

A aritmética é a seguinte: conversão dos 60 meses em dias, seguida da divisão do valor de R\$ 187.500,00 pelo resultado da primeira operação, que resulta em uma dízima periódica de R\$ 104,16 por dia. A Apelante ocupou o imóvel por 977 dias, contados da data do início de vigência do contrato até a data de efetiva entrega das chaves do imóvel. Tantos dias multiplicados por R\$ 104,16 equivalem ao valor

da dízima periódica da R\$ 101.770,83. Tal valor, subtraído de R\$ 187.500,00, resulta em R\$ 85.729,16, o qual deverá ser ressarcido aos Autores.

Registre-se, no que se refere aos pleitos dos Autores, que, nos termos do anteriormente alinhavado, a responsabilidade civil dos Réus quanto aos eventos que culminaram na resolução do contrato não resultou configurada, assim como tampouco se verificou prática de má administração por parte destes últimos, circunstâncias hábeis a evidenciar que os pedidos de indenização por prejuízos de *marketing*, de contratação de advogados, de lucros cessantes, e, por fim, de danos morais, afiguram-se prejudicados, porquanto o seu reconhecimento decorreria logicamente da responsabilização civil dos Réus.

Ademais, carece de substrato jurídico o pleito de reconhecimento de confissão ficta dos Réus, sob o argumento de que os documentos juntados por estes não teriam o condão de infirmar as alegações trazidas na peça de ingresso, uma vez que o acervo probatório colacionado conferiu efetivos subsídios para a resolução da controvérsia.

Quanto aos demais pleitos deduzidos pelos Autores em sua peça recursal, reputo salutar a consignação do seguinte escólio doutrinário, o qual trata da obrigatoriedade de observância dos termos contratados, quando incidente a Lei do Inquilinato, em prestígio ao *pacta sunt servanda*. Confira-se:

“Quem obtém a posição de ‘contratante’ em um negócio jurídico alcança um bem de vida economicamente avaliável. Na locação predial, uma vez firmado o contrato, tanto o locador como o locatário contam com esse bem de vida dentro do seu patrimônio: o locador para auferir a renda, o locatário para usar e gozar da coisa locada. Tanto é avaliável economicamente a posição contratual, não fosse somente seu aspecto sociológico, que se permite a cessão dessa posição, cujo instituto possui características próprias.

Entre os princípios que norteiam os contratos em geral, sobreleva o primeiro e mais saliente: pacta sunt servanda. As convenções devem ser cumpridas.

Desse modo, não só na locação, como nos contratos em geral, fixado o prazo para um prazo determinado, ambas as partes contam com o exaurimento desse prazo, no mínimo, pois assim foi convencionado. A quebra antecipada

do contrato, antes do decurso do prazo, toma de surpresa o outro contratante e lhe ocasiona prejuízos e contratempos. (...)" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 38/39)

Com efeito, a incidência do referido primado às relações regidas pela Lei do Inquilinato encontra ressonância, de forma tranquila, na jurisprudência pátria. É o que se depreende do seguinte julgado emanado do Tribunal da Cidadania, *in verbis*:

"LOCAÇÃO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. CLÁUSULA CONTRATUAL RESOLUTIVA. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. ALUGUERES. DESCUMPRIMENTO PELA LOCATÁRIA. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. súmula 283/STF. INCIDÊNCIA.

1. O locatário, durante o prazo determinado, poderá devolver o imóvel alugado mediante o pagamento da multa pactuada, ex vi do disposto no art. 4º da Lei 8.245/91. Por sua vez, o art. 56 da referida norma legal, dispõe que 'o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, findo prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso'.

2. Havendo previsão contratual de liberação de eventuais ônus da rescisão em face da natureza do negócio avençado, este deve ser respeitado, em homenagem ao princípio pacta sunt servanda.

3. Embora o Tribunal estadual tenha consignado que, durante a vigência do contrato, houve descumprimento da cláusula quarta pela recorrente, esta deixou de enfrentar o tema em suas razões.

Incidência da súmula 283/STF.

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no Ag 1277790/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 13/12/2010)

Pois bem, consignada tal asserção, passo à análise das cláusulas impugnadas pelos Autores, fazendo-o à luz do princípio da obrigatoriedade quanto ao conteúdo estipulado na avença. Para tanto, faço transcrever, abaixo, os excertos pertinentes, *ipsis litteris*:

"QUADRO RESUMO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS DO SHOPPING CENTER IGUATEMI BRASÍLIA

(...)

06 – ALUGUEL PERCENTUAL: 6% (seis por cento) do faturamento bruto.

06.01 – ALUGUEL MÍNIMO REAJUSTÁVEL: Em Agosto/2008 – R\$ 6.750,00 (seis mil, setecentos e cinquenta reais), que será corrigido mensalmente de acordo com a variação do IPC/FGV – Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Getúlio Vargas, adotando-se como base o índice do mês de Julho/2008.

06.02 – ALUGUEL COMPLEMENTAR: R\$ 4.050,00 (quatro mil e cinquenta reais).

(...)

08 – COEFICIENTE DE RATEIO NAS DESPESAS DE CUSTEIO DO SHOPPING CENTER (CRD): 825,00. (fls. 109/110)

(...)

11 – OBSERVAÇÕES

11.1. Considerando que o ALUGUEL MÍNIMO MENSAL REAJUSTÁVEL foi fixado com redução, no quinquênio locativo de sua vigência, ele sofrerá os seguintes acréscimos: a) no segundo ano de locação, ou seja, no período previsto para iniciar em 01 de Outubro 2010, um acréscimo percentual de 22,22% (vinte e dois vírgula vinte e dois por cento), b) no terceiro ano de locação, ou seja, no período previsto para iniciar em 01 de Outubro de 2011, um acréscimo percentual de 9,09% (nove vírgula zero nove por cento) e, c) no quinto ano de locação, ou seja, no período previsto para iniciar em 01 de Outubro 2013, um acréscimo percentual de 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento).

(...)

11.2.2. Caso o LOCATÁRIO, vencido o prazo supra, não cumpra o mencionado no caput desta cláusula, salvo caso fortuito ou força maior, incorrerá ela (sic) na multa moratória diária de R\$ 100,00 (cem reais), valor esse que será corrigido pelo IPC/FGV (Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Getúlio

Vargas), desde a data da assinatura deste contrato até a do efetivo pagamento. (...) *(fl. 111).*”

“INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS DO SHOPPING CENTER IGUATEMI BRASÍLIA

(...)

CLÁUSULA 12: No mês de dezembro de cada ano, o ALUGUEL MÍNIMO MENSAL REAJUSTÁVEL será devido em dobro.

(...)

CLÁUSULA 14: Sempre que o ALUGUEL PERCENTUAL for superior ao ALUGUEL MÍNIMO MENSAL REAJUSTÁVEL, a LOCATÁRIA pagará ao LOCADOR a respectiva diferença, até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao vencido, observada, quando for o caso, a prorrogação a que se refere a cláusula anterior.

CLÁUSULA 15: Sem prejuízo do pagamento do ALUGUEL MÍNIMO ou do ALUGUEL PERCENTUAL e de quaisquer outras prestações pecuniárias que lhe couberem na forma deste contrato, a cada vez que a inflação acumulada em um Período de Reajuste variar ou entremear a variação de 10 (dez) pontos percentuais, a LOCATÁRIA pagará ao LOCADOR um ALUGUEL COMPLEMENTAR indicado no nº 06.02 do QUADRO RESUMO, que será calculado através da multiplicação do que ora se denomina por ALUGUEL COMPLEMENTAR PADRÃO, que equivale a 60% do valor do aluguel mínimo mensal devido no(s) respectivo(s) Período(s) de Reajuste, pelo número de vezes que a inflação reproduzir a variação descrita nesta cláusula. *(fl. 119)*

(...)

VIII – DOS DEMAIS ENCARGOS

CLÁUSULA 19: Juntamente com o ALUGUEL MÍNIMO MENSAL REAJUSTÁVEL, a LOCATÁRIA pagará ao LOCADOR:

(...)

d) o Fundo de Promoção 20% (vinte por cento) do seu ALUGUEL MÍNIMO MENSAL REAJUSTÁVEL. *(fl. 122)*

IX – DA CESSÃO, TRANSFERÊNCIA OU SUBLOCAÇÃO DO CONTRATO

CLÁUSULA 22: A LOCATÁRIA não poderá ceder ou transferir o presente contrato, por sublocação ou qualquer outra forma e não poderá dar a LOJA em comodato, sem o prévio consentimento escrito do LOCADOR.

(...)

CLÁUSULA 23: Na hipótese da cláusula anterior, caso o LOCADOR concorde com a cessão ou transferência, fará ele jus a uma taxa de transferência, equivalente ao valor de 6 (seis) ALUGUÉIS MÍNIMOS MENSAIS REAJUSTÁVEIS, devidos no último mês pela LOCATÁRIA, atualizados até a data de pagamento, pelo critério da Cláusula 11.

X – DA INCORPORAÇÃO DAS BENFEITORIAS, DA INDENIZAÇÃO E DO DIREITO DE RETENÇÃO

CLÁUSULA 24: Todas as instalações e benfeitorias que forem feitas na LOJA pela LOCATÁRIA a ela serão incorporadas, para todos os efeitos contratuais, inclusive para efeito de avaliação, no caso de renovação da locação.

CLÁUSULA 25: Ao final da locação, a LOCATÁRIA não terá direito a indenização por quaisquer benfeitorias realizadas; não terá direito de retenção pelo valor das benfeitorias e poderá levantar, exclusivamente, as voluptuárias se, pela remoção, não causar dano à LOJA.” (fl. 123)

“INSTRUMENTO PARTICULAR DE CLÁUSULAS COMUNS DAS LOCAÇÕES DO SHOPPING CENTER IGUATEMI BRASÍLIA

(...)

I – DISPOSIÇÕES GERAIS

(...)

4ª A LOCATÁRIA declara aceitar que o TENANT-MIX seja exercido, em caráter irrevogável, pelo LOCADOR e/ou ADMINISTRADORA, os quais, em razão dessa titularidade, poderão estabelecer critérios de distribuição das atividades a se-

rem desenvolvidas nas UNIDADES do SHOPPING CENTER, adaptando-se aquelas e variando estas, competindo-lhes:

(...)

b) elaborar os projetos de construção e suas modificações;

(...)

m) criar, modificar e /ou extinguir vitrines, boxes, stands, balcões, extensões, barracas, tablados, palcos, carrocinhas, quiosques, locais para exposições, espaços promocionais e destinados a merchandising, em qualquer das partes do SHOPPING CENTER, explorando-as comercialmente pelo tempo e modo que lhes aprover. (...) (fl. 128)

VII – DAS DESPESAS DE CUSTEIO E DO RATEIO

63. Todas e quaisquer despesas de custeio do SHOPPING CENTER, após deduzidos de seu valor global os valores pagos a esse título pelas lojas âncoras e/ou Unidades Comerciais com área superior a 500 m² serão assumidas pelas LOCATÁRIAS, inclusive as despesas relativas a eventuais vacâncias, limitadas a 3% (três por cento) do total das unidades, após rateadas na forma estabelecida pela Cláusula 67. (fl. 136)

X – DO FUNDO DE PROMOÇÃO

83. O SHOPPING CENTER terá um Fundo de Promoção, destinado à propagação e à publicidade de forma permanente e continuada, ou ainda a campanhas de incentivo das vendas, bem como ao próprio desenvolvimento dele SHOPPING CENTER.

84. O Fundo de Promoção será constituído pela contribuição dos LOCATÁRIOS no valor equivalente a 20% (vinte por cento) do seu aluguel mínimo mensal.

§ 1º As UNIDADES COMERCIAIS constituídas pela reunião de partes de mais de uma UNIDADE COMERCIAL justapostas ou agrupadas terão sua contribuição calculada pela área total resultante do somatório das áreas originais que as compuserem.

§ 2º O LOCADOR contribuirá para o Fundo de Promoção com valor até 10% (dez por cento) da contribuição total dos lojistas no mês em questão. (fl. 139)

(...)

XIV – DAS PENALIDADES

92. Se a LOCATÁRIA descumprir quaisquer das obrigações estabelecidas pela normatividade do SHOPPING CENTER, dando causa à resolução do contrato de locação e dos instrumentos que compõem sua normatividade, ficará sujeita ao pagamento de multa resolutória, de caráter compensatório, no valor correspondente a 80% (oitenta por cento) dos valores dos aluguéis vincendos até o término do contrato, sem prejuízo da indenização devida pelas perdas e danos a que der causa, além das multas específicas cominadas a cada infração cometida e do pagamento do aluguel vencido, encargos e de outras obrigações contratuais. (...)” (fl. 140)

No que se refere aos contratos de locação tendo como parte os shopping centers, em brilhante preleção doutrinária, VENOSA ensina que:

“O contrato celebrado entre o empresário do shopping e o lojista é, sem dúvida, uma figura nova no direito brasileiro, a aguçar os espíritos dos estudiosos. Nessa relação existe um cunho locacional, o qual, no entanto, não é o único, e nem sempre o preponderante. Essa situação levou o mestre Alfredo Buzaid a concluir que esse negócio jurídico não se subsume a nenhuma lei de locação (in *Shopping Centers: Questões Jurídicas*, coletânea organizada por Wilson Renault Pinto e Fernando Albino de Oliveira, 1991:15). Nessa referida obra, recente e atual, colhem-se inúmeras opiniões a respeito dessa rica e surpreendente forma de relação negocial. Tucci & Azevedo, por exemplo, concluem também que o contrato é atípico, com elementos que desfiguram a locação, mas, com absoluta propriedade, acrescentam que a legislação da locação deve ser aplicada, por analogia, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: ressalte-se, entretanto, que essa aplicação não deve conflitar com a natureza do contrato ou provocar a quebra da sua unidade (1985:53). Ora, agora legem habemus: o mesmo princípio enunciado pelos autores continua válido, e, como apontamos acima, aplica-se a presente lei em tudo aquilo que se harmonizar e não conflitar com a natureza desse empreendimento comer-

cial. Outra não pode ser a solução, tendo em vista a presença deste artigo e do § 2º do art. 52.

Nos shopping centers, o locador recebe, ordinariamente, três tipos de pagamento: o aluguel propriamente dito, composto de uma parte fixa, mais um aluguel variável, calculado de acordo com o faturamento bruto do lojista, e mais uma quantia que a doutrina denomina de res sperata, coisa esperada ou prometida. Esta última modalidade constitui uma retribuição ao empreendedor pela cessão do fundo de comércio, com toda a estrutura que o acompanha. É o que se chama de 'sobrefundo de comércio', representado pelos bens imateriais de que o empreendimento é detentor, permanentemente. Tem em mira o lucro futuro, cuidando-se de modalidade de venda de coisa futura. Daí por que se considera existir um fundo de comércio no próprio centro comercial em si, cuja parcela é cedida ao lojista. Por essa razão, muitos consideram o contrato do lojista com o empreendedor uma sublocação, quando o próprio locador arrenda todo o empreendimento.

Se, por um lado, tem o inquilino de um centro comercial direito a renovação desta Lei, há que se ter em mira, nessa relação, o empreendimento como um todo. O lojista deve obedecer às normas de administração impostas pelo empreendedor, sob pena de subverter a ordem do negócio e prejudicar o empreendimento: deve obedecer a horários de trabalho, campanhas promocionais, decoração homogênea etc. A estas disposições normativas adere o lojista, as quais ficam fazendo parte integrante da relação jurídica. O desatendimento a essas regras, que regulam essa minicomunidade, constituirá infração contratual, permitindo o despejo (art. 9º, II), e será óbice à renovação (art. 71, II).

A referência do parágrafo segundo à entidade de classe dos lojistas diz respeito, certamente, à associação de lojistas. Trata-se de pessoa jurídica, criada dentro do empreendimento, sujeita a um regulamento, dela participando o empreendedor como membro nato, e os associados lojistas. Zela pelos interesses econômicos do empreendimento e dos lojistas, e tem, no caso, legitimidade para exigir comprovantes das despesas cobradas do locatário.

Nos shopping centers deve ser levado em conta o denominado tenant mix. Essa terminologia inglesa consiste no plano de determinação dos ramos e lo-

calização das lojas e pontos de venda dentro do centro de compras, gravitando em torno das chamadas lojas-âncora, as quais funcionam como ponto magnético da clientela. Esse aspecto pode ter importantes reflexos no exame da relação locatícia nesse empreendimento, uma vez que o lojista não pode livremente mudar de ramo de comércio.” (VENOSA, Silvio de Salvo. Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática. 11.ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 246/247)

Destarte, observa-se, sob tal ótica, que o *tenant mix* e a cobrança do fundo de promoção consubstanciam instituto e prática ínsitos a própria espécie locatícia celebrado por *shopping center*, não havendo que se falar em ilegalidade de sua previsão. Nesses moldes, consoante já exaustivamente explanado, a cobrança, sendo legítima, é devida pelo tempo em que durar a utilização da unidade comercial. *In casu*, observa-se que não houve cobrança antecipada dos referidos haveres (atinentes ao fundo de promoção), mas a sua previsão de recolhimento de forma mensal, não sendo devida, portanto, qualquer devolução.

Demais disso, não avulta da literalidade das disposições contratuais, em especial daquelas que os Autores impugnam e que se transcreveram alhures, qualquer nulidade hábil a inquiná-las, devendo prevalecer, assim, a obrigatoriedade de cumprimento do que fora pactuado, em prestígio ao *pacta sunt servanda*.

A propósito, confira-se:

“Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: pacta sunt servanda. O acordo de vontades faz lei entre as partes, dicção que não pode ser tomada de forma peremptória, aliás, como tudo em Direito. Sempre haverá temperamentos que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica.

Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.

Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato. Ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz, como princípio, intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral. (...) A noção decorre do fato de terem as partes contratado de livre e espontânea vontade e submetido sua vontade à restrição do cumprimento contratual porque tal situação foi desejada.

(...) Nesse diapasão, Messineo (1973, v. 21, t 1:57) diz que o contrato é um produto espiritual. Uma vez livremente pactuado, deve ser seguido, isto é, opera o respeito da palavra dada, na qual se traduz a chamada confiança pública. Esse produto espiritual, porém, não prescinde de conteúdo econômico. Daí a íntima relação do direito contratual com os direitos reais.” (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 344-345)

Inexistindo, pois, vedação legal ao estabelecimento de avença nos moldes em fora pactuado, não há que se falar em nulidade de qualquer das cláusulas avençadas de livre e comum acordo, devendo prevalecer, dessa forma, a consagração da autonomia da vontade.

Quanto à pretensão de indenização pelas benfeitorias realizadas, a questão, para além de estar vedada pelo instrumento contratual, não possui respaldo legal. Confirma-se, por pertinente:

“DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA DE ALUGUERES. RECEBIMENTO DO RECURSO NO EFEITO DEVOLUTIVO. INVIABILIDADE. CONTRATO DE LOCAÇÃO. REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. BENFEITORIAS. EXCLUSÃO DO DIREITO DE RETENÇÃO. VALIDADE. MORA DO INQUILINO CARACTERIZADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO CONTRATUAL E DESPEJO. Inviável o pedido de recebimento do recurso no efeito devolutivo em sede de contrarrazões, porque a matéria restou preclusa. Estando comprovado nos autos da ação de despejo por falta de pagamento que o locatário estava em mora, patente a ocorrência de infração contratual, que acarreta a rescisão contratual e despejo. A multa rescisória prevista no contrato locatício deve ser proporcional ao cumprimento do ajuste entre os litigantes, cabendo ao magistrado adequar o quantum debeatur. Havendo disposição contratual expressa negan-

do indenização por qualquer benfeitoria, bem como o direito de retenção, tal avença é válida. Recurso desprovido.”

(Acórdão 650298, 20121010007025APC, Relator: ESDRAS NEVES, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/01/2013, Publicado no DJE: 06/02/2013. Pág.: 113)

O custeio das despesas ordinárias e extraordinárias (cláusulas 63 a 73 – Instrumento Particular de Cláusulas Comuns das Locações do *Shopping Center Iguatemi Brasília* – fls. 136/137), a seu turno, possuindo previsão contratual de rateio entre os locatários, não padece de qualquer invalidade. É o que se infere do seguinte julgado:

“CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO QUE SE CONVOLA EM PRAZO INDETERMINADO. CLÁUSULA QUE PRORROGA A FIANÇA ATÉ A EFETIVA DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL. ANUÊNCIA EXPRESSA DO FIADOR. INTERPRETAÇÃO DO ENUNCIADO DE súmula 214 DO STJ. COBRANÇA DE EVENTUAIS ENCARGOS DECORRENTES DO CONTRATO, QUE NÃO DEPENDAM DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE.

O entendimento mais recente esposado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que havendo no contrato de locação cláusula expressa de que há responsabilidade dos fiadores até a efetiva devolução do imóvel, essa perdurará ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado.

Nesses casos, querendo o fiador exonerar-se da fiança, após o transcurso do prazo inicial do contrato, deverá fazê-lo de forma expressa, nos moldes do art. 835 do CC/02.

O art. 23 da Lei das Locações estabelece que é obrigação do locatário, dentre outras, efetuar o pagamento das despesas ordinárias do condomínio, incluídas aí todas as despesas necessárias à administração respectiva (art. 23, XII, § 1º). Nesse sentido, havendo disposição expressa de que o locatário deverá arcar com essas despesas, a ação de execução se mostra adequada ao desiderato pretendido, em razão da liquidez e certeza de que se reveste o título.

Recurso conhecido e não provido.”

(Acórdão 350201, 20040111195428APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 01/04/2009, Publicado no DJE: 15/04/2009. Pág.: 102).

Da mesma sorte, a possibilidade de cobrança de aluguel em virtude de uso da área comum, aluguéis percentual, mínimo mensal reajustável e complementar, encontrando previsão contratual e não sendo obstada pela legislação, deve prevalecer nos termos pactuados. Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ALUGUEL VARIÁVEL- PERCENTUAL SOBRE A VENDA BRUTA – SHOPPING CENTER – PREVISÃO CONTRATUAL.

- 1. Estando prevista em contrato a forma de apuração do aluguel variável, é cabível a execução da diferença do valor não pago.*
- 2. Deu-se provimento ao apelo do exequente/embargado para julgar improcedente o pedido dos embargos à execução."*

(Acórdão 545531, 20100111580495APC, Relator: SÉRGIO ROCHA, Revisor: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/10/2011, Publicado no DJE: 03/11/2011. Pág.: 105)

"AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO. DECRETAÇÃO DA REVELIA. AGRAVO RECIDADO NÃO PROVIDO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. PREJUDICIAL DE MÉRITO DE DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ALUGUEL FIXADO COM BASE EM PERCENTUAL SOBRE O FATURAMENTO BRUTO. RAZOABILIDADE.

- 1. A alegação de que a ré foi induzida a erro pelo sistema eletrônico de andamento processual desta Corte de Justiça não convence, notadamente por ter a recorrente pedido vista dos autos dois dias depois da juntada do AR de sua citação, além de ter feito carga dos autos cinco dias após a aludida juntada.*
- 2. Diante das circunstâncias que envolveram a efetiva juntada do AR de citação da ré, de modo especial o fato de o patrono ter feito carga dos autos cinco dias após a referida juntada, não há como atribuir seu equívoco ao sistema eletrônico de andamento processual desta Corte de Justiça.*

3. Não ocorre cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide quando há nos autos elementos suficientes para a formação do convencimento do juiz.

4. O autor constituiu seu direito público subjetivo de ação no prazo legal, razão pela qual não há que se falar em perecimento do direito decorrente de decadência. Inteligência do art. 51, § 5º, da Lei de Locação.

5. Conquanto tenha sido decretada a revelia, constata-se que o valor do aluguel foi arbitrado a partir do mesmo percentual fixado no contrato originário, guardando relação com o valor de mercado e com a intenção das partes por ocasião da primeira avença.

6. Rejeitadas a preliminar e a prejudicial de mérito. Recursos conhecidos. Agravo Retido e Apelação não providos.”

(Acórdão 315948, 20070110768683APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Revisor: FERNANDO HABIBE, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/07/2008, Publicado no DJE: 05/08/2008. Pág.: 51)

Quanto à pretensão de devolução do aluguel pago em dobro, referente ao mês de dezembro, inexistente respaldo jurídico para tal pleito, devendo prevalecer os termos da avença. Esse é o entendimento esposado por esta Casa de Justiça, *in verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL EM SHOPPING CENTER. MÊS DE DEZEMBRO. ALUGUEL EM DOBRO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 54 DA LEI 8245/91. PACTA SUNT SERVANDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXADOS SOB O PÁLIO LEGAL. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. O aluguel em dobro, referentemente ao mês de dezembro, desde que validamente pactuado entre as partes, não pode ser utilizado como argumento para justificar o desequilíbrio contratual, até porque, nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecem as condições livremente pactuadas. O valor arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios, se encontra sob o pálio legal, eis que fixado por apreciação equitativa do juiz, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da

causa, bem como o trabalho realizado e tempo exigido para o serviço, não merecendo, pois, qualquer censura.”

(Acórdão 343530, 20050110004860APC, Relator: LÉCIO RESENDE, Revisor: NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/02/2009, Publicado no DJE: 02/03/2009. Pág.: 53)

Também a Teoria da Imprevisão, ventilada pelos Autores como supedâneo para o seu intuito de demonstração da superveniente onerosidade excessiva, não pode ser aplicada à hipótese. Quanto ao tema, a doutrina ensina que:

“O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades mezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre a uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade. Vemos, portanto, que é fenômeno dos contratos que se protraem no tempo em seu cumprimento, e é inapropriada para os contratos de execução imediata.

Desse modo, questões meramente subjetivas do contratante não podem nunca servir de pano de fundo para pretender uma revisão nos contratos. A imprevisão deve ser um fenômeno global, que atinja a sociedade em geral, ou um segmento palpável de toda essa sociedade. É a guerra, a revolução, o golpe de Estado, totalmente imprevistos.

(...)

Em sede de revisão e intervenção judicial, estas se justificam quando surge uma circunstância superveniente ao contratado, imprevista e imprevisível, alterando-lhe totalmente o estágio fático. Há uma consciência média da sociedade que deve ser preservada.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 430-432)

Como se vê, é indevido aos Autores invocar a ocorrência de evento extraordinário superveniente como forma de justificar a revisão das cláusulas que livremente

pactuaram, sobretudo porque o risco é elemento inerente e comum à atividade desenvolvida por eles, não havendo que se falar em imprevisibilidade ou surpresa quanto à não percepção de lucro em determinada parcela de tempo.

Acerca do assunto, afiguram-se esclarecedores os julgados a seguir transcritos:

“PROCESSUAL. AÇÃO MONITÓRIA. PRELIMINARES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL.

1. A previsão de procedimento sumário não exclui a possibilidade da propositura da ação monitoria, uma vez preenchidos os requisitos do artigo 1.102, 'a', do Código de Processo Civil.

2. Vislumbra-se o interesse processual quando há necessidade de se propor a demanda para a obtenção de alguma utilidade do ponto de vista prático.

3. A ação monitoria tem como objetivo proporcionar ao credor, munido de documento escrito sem eficácia de título executivo, pagamento em dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel.

4. A conjuntura econômica desfavorável não caracteriza força maior, capaz de justificar a adoção da teoria da imprevisão, tratando-se no caso de risco inerente a todo negócio comercial.

5. Recurso não provido. Unânime.”

(Acórdão 216171, 20020110438395APC, Relator: JOÃO MARIOSI, Revisor: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/04/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 07/06/2005. Pág.: 182)

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. CONTRATO QUE TAMBÉM TRAZ BENEFÍCIO AO AGRICULTOR. FERRUGEM ASIÁTICA. DOENÇA QUE ACOMETE AS LAVOURAS DE SOJA DO BRASIL DESDE 2001, PASSÍVEL DE CONTROLE PELO AGRICULTOR. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA. IMPOSSIBILIDADE. OSCILAÇÃO DE PREÇO DA 'COMMODITY'. PREVISIBILIDADE NO PANORAMA CONTRATUAL.

1. A prévia fixação de preço da soja em contrato de compra e venda futura, ainda que com emissão de cédula de produto rural, traz também benefícios ao agricultor, ficando a salvo de oscilações excessivas de preço, garantindo o lucro e resguardando-se, com considerável segurança, quanto ao cumprimento de despesas referentes aos custos de produção, investimentos ou financiamentos.
2. A 'ferrugem asiática' na lavoura não é fato extraordinário e imprevisível, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível o seu controle pelo agricultor. Precedentes.
3. A resolução contratual pela onerosidade excessiva reclama superveniência de evento extraordinário, impossível às partes antever, não sendo suficiente alterações que se inserem nos riscos ordinários. Precedentes.
4. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a sentença de improcedência."

(REsp 945.166/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012).

Ainda nesse tocante, registro a bem lançada fundamentação da sentença (fls. 1.746/1.747):

"(...) No caso em análise, não vislumbro evento extraordinário, porquanto o superendividamento dos autores não se deu pela execução do contrato em si, mas pelo comprometimento da receita dos postulantes com o pagamento de empréstimos contraídos para viabilização do negócio e, sobretudo, pela incapacidade mesma de arcarem os autores com os ônus da grandeza do empreendimento. É cediço que o shopping Iguatemi, sobre restar localizado em área nobre de Brasília, volta-se ao abrigo de lojas que exigem de seus empreendedores aportes altíssimos, de molde a ajustar-se ao padrão a que se propôs o shopping.

Nessa toada, não podem os autores trazer à baila a alegação de que foram surpreendidos com os necessários gastos para manutenção do negócio, haja vista que, ao contrário do que alegam, eram previsíveis os altíssimos investimentos que se exigiam e se exigem dos lojistas que operam no Iguatemi. Ademais e por

essas mesmas circunstâncias, não se pode afirmar que os autores não tinham possibilidade de antever, quando da contratação, os necessários investimentos a serem feitos, notadamente nos primeiros anos, para sedimentação do empreendimento, mesmo porque tais investimentos já vinham estipulados no próprio contrato de coparticipação. De outro lado, mas ainda em relação a esse tópico, milita em desfavor da tese autoral, no que concerne à imprevisibilidade, o fato de que os autores também operam (ou operavam) em outro shopping de grande porte de Brasília. Não houve alteração do projeto, e as alegações de expectativas frustradas, a exemplo de promessas não cumpridas, como a instalação de âncoras que não vieram para o Shopping, estão desprovidas de qualquer respaldo probatório (CPC, art. 333, inciso I). (...)”

O mesmo raciocínio se aplica à pretensão de indenização pela não concretização da cessão do ponto comercial a terceiros, o que teria sido obstado injustificadamente. Além disso, os Autores não lograram demonstrar a efetiva viabilidade da cessão e a recusa injustificada dos Réus, cumprindo registrar que a autorização para o referido negócio consubstanciava faculdade destes, consoante se depreende das cláusulas 22 e 23 do instrumento contratual, o qual previu, ainda, de forma expressa, o pagamento de valor concernente a taxa de transferência.

Esta Casa de Justiça já se manifestou sobre o tema, perfilhando a seguinte orientação, *in verbis*:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. SHOPPING CENTER. COBRANÇA DE ALUGUÉIS NÃO PAGOS PELA EMBARGANTE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELO IMPEDIMENTO DA TRANSFERÊNCIA DO PONTO COMERCIAL A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DA IMPREVISÃO NÃO APLICÁVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Em se cuidando de contrato de locação em shopping center, não se afigura cabível a condenação da locadora ao pagamento de indenização à locatária em face do impedimento de que esta transferisse o ponto comercial a terceiros, havendo previsão de tal restrição na avença.

Não tendo a devedora indicado concretamente os fatos que alega haverem tornado a obrigação excessivamente onerosa, não se revela aplicável a teoria da imprevisão à hipótese.

Nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, quando não houver condenação, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do § 3º, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.”

(Acórdão 518392, 20080111232994APC, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/07/2011, Publicado no DJE: 08/07/2011. Pág.: 102)

Nesse descortino, diante de todas as considerações anteriores, verifica-se que, encontrando-se devidamente previstas nos instrumentos contratuais livremente subscritos pelos Autores, o que conduz à conclusão de que também não houve vício de vontade por ocasião da celebração das avenças, não se afiguram ilícitas as cobranças levadas a efeito pelos Réus, e, assim, não há que se falar em nulidade das cláusulas contratuais impugnadas, à exceção daquela prevista no Contrato de Coparticipação, cujos termos ora se revisam.

Consigne-se também que, afastada a responsabilidade dos Réus pelos prejuízos financeiros suportados pelos Autores, não há que se falar em configuração de danos morais ou pretensão de indenização por lucros cessantes e, ainda, em ressarcimento pelas despesas havidas com a contratação de causídico para o patrocínio da demanda, máxime porque os Autores sucumbiram na quase totalidade dos pedidos.

No que se refere ao pedido de resolução do contrato, verifica-se que a resilição já se operou com a entrega das chaves por parte dos Autores, consoante registrou a MM. Magistrada de Primeira Instância em seu *decisum* (fl. 1.747).

Por fim, reputo que a insurgência dos Réus quanto à distribuição dos ônus da sucumbência afigura-se legítima e encontra guarida na contextura ora apresentada.

Destarte, verifica-se que os Autores lograram êxito apenas quanto à determinação de devolução parcial (porcentagem referente ao período efetivamente utilizado) dos valores vertidos em virtude do Contrato de Coparticipação, decaindo em todos os demais pedidos deduzidos (declaração de nulidade de cláusulas diversas,

indenizações por danos morais e lucros cessantes, entre outros). Portanto, não de suportar, na íntegra, o pagamento dos honorários de sucumbência.

Em face de tal fato, houve sucumbência mínima dos Réus, o que dá lugar à incidência na espécie da regra constante no parágrafo único do art. 21 do CPC, devendo os Autores arcar com o pagamento da integralidade dos honorários de sucumbência, os quais, registre-se, devem ter como base de cálculo o valor efetivo da condenação.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso dos Autores e dou parcial provimento ao recurso dos Réus para, reformando parcialmente a sentença, determinar que a devolução dos valores pagos a título das despesas previstas no Contrato de Coparticipação, estabelecida na sentença objurgada, seja realizada de forma proporcional ao período de efetiva vigência do contrato, nos termos consignados no presente voto (cuja operação resulta na quantia de R\$ 85.729,16, a ser ressarcida aos Autores), com incidência de correção monetária e juros de mora nos termos fixados na sentença.

Diante da sucumbência mínima dos Réus, há de ser aplicado o disposto no artigo 21, parágrafo único, do CPC, equiparando-se a natureza do ato decisório, para tal finalidade, a uma sentença declaratória, pelo que condeno os Autores ao pagamento integral das despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, os quais fixo na importância de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), observado o disposto nos §§ 4º e 3º, ambos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Des. João Egmont (Revisor) – Cuida-se de apelação interposta pelos réus, *SHOPPING CENTERS REUNIDOS DO BRASIL S/A*, CONDOMÍNIO CIVIL DO *SHOPPING CENTER IGUATEMI BRASÍLIA* e *PAULO OCTÁVIO INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA* e recurso adesivo interposto pelas autoras, *R. DE S.G.F. e RIVASA COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.-ME*, no bojo da ação de conhecimento que tramite perante a Vigésima Terceira Vara Cível de Brasília.

Na inicial, as autoras postularam, em síntese, a rescisão do contrato de locação de uma loja no *shopping Iguatemi*, bem como indenização por danos materiais e morais. Indicaram a existência de cláusulas abusivas, porque autorizam a cobrança

de encargos excessivamente onerosos. Pediram a devolução do que foi pago a título de luvas, no importe de R\$ 187.500,00, acordado por meio de instrumento particular de contrato de coparticipação (fls. 2/42).

Na sentença, a pretensão autoral foi julgada parcialmente procedente, para condenar os réus a restituírem às autoras "*a quantia de R\$ 187.500,00 (cento e oitenta e sete mil e quinhentos reais), devidamente atualizada pelos índices oficiais e acrescida de juros de 1% ao mês, da data do desembolso; e, confirmando a decisão deferitória do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (CPC, art. 273), autorizar as autoras a promoverem o depósito judicial das chaves do imóvel objeto da locação*". Ante a sucumbência recíproca das partes (CPC, art. 21), condenou os litigantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, "*sendo 70% a cargo das autoras e 30% sob responsabilidade das rés, compensando-se (Enunciado 306 da Súmula do STJ)*" (fls. 1.740/1.755).

Em apelação, os réus sustentam a legalidade da cobrança dos R\$ 187.500,00 pagos a título de coparticipação. Evocam, em suma, os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. Eventualmente, aduzem que "*somente o valor relativo ao paisagismo pode ser devolvido aos apelados*", já que o art. 54, § 1º, "b", da Lei 8.245/91 efetivamente proíbe o empreendedor de cobrar do locatário em *shopping center* despesas com obras de paisagismo nas partes de uso comum. Por fim, pedem que "*os honorários advocatícios de 10% incidam sobre os valores da sucumbência de cada uma das partes, sendo a das autoras R\$ 3.717.125,10 e a dos réus R\$ 187.500,00, operando-se, em seguida, a compensação, na forma do disposto na Súmula 306 do STJ*" (fls. 1.772/1.786).

As autoras apresentaram contrarrazões às fls. 1.805/1.814 e recurso adesivo às fls. 1.815/1.866. Requereram a reforma da sentença, para que sejam julgados totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Os réus ofereceram contrarrazões ao apelo adesivo às fls. 1.873/1.896, com preliminar de não conhecimento do recurso, porque não impugnados os fundamentos da sentença.

Pontue-se, de início, que não merece acolhida a preliminar de não conhecimento do recurso, pois as autoras impugnaram os fundamentos da sentença, sendo irrelevante se utilizaram os mesmos fundamentos lançados na peça de ingresso.

As autoras celebraram com os réus um contrato de locação de imóvel comercial no *shopping Iguatemi*, por prazo de sessenta meses, contados a partir de 1/9/2009 (fl. 109).

Paralelamente a este ajuste, as partes celebraram contrato de coparticipação nas despesas referentes ao empreendimento, tendo as autoras desembolsado a quantia de R\$ 187.500,00, a título de luvas, como retribuição pelos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor do *shopping center*, como pesquisas de mercado, estudos de viabilidade econômica, garantia de reserva de espaço, direito de participar da estrutura organizacional do *shopping center*, etc.

Em 8/5/2012, quando já transcorridos mais de três anos da assinatura do contrato de locação, período durante o qual as autoras usufruíram das instalações do empreendimento comercial, as demandantes ajuizaram a presente ação, noticiando, em síntese, que não obtiveram a margem de lucro prometida pela locadora, que, em razão da má administração do *shopping*, teria frustrado a expectativa de ganhos gerada no momento da celebração da avença. Imputaram aos réus a responsabilidade pelos prejuízos causados e postularam a rescisão do contrato, bem como o pagamento de indenizações por danos materiais e morais.

O contrato de locação foi rescindido por meio da sentença recorrida e, por conseguinte, o pacto adjeto de coparticipação também o foi. A julgadora de origem condenou os requeridos a devolverem integralmente o que foi pago pelas requerentes a título de coparticipação. Nesse ponto, a decisão recorrida merece reparos, porquanto, uma vez operada a rescisão do contrato adjeto, a importância paga ao empreendedor deve ser devolvida ao lojista, devendo ser levado em consideração o número de dias em que este usufruiu do imóvel.

Assim, considerando-se que o contrato tinha vigência de 60 meses (1.800 dias), e que a lojista dispôs da coisa pelo período de 977 dias (desde a vigência do contrato de locação até o ajuizamento da presente ação), chega-se à conclusão de que ela possui o direito de receber de volta R\$ 85.729,16, pelo período em que pagou as despesas de coparticipação, mas não usufruiu do imóvel.

Quanto à alegada abusividade de cláusulas contratuais, não prosperam os argumentos declinados no apelo, devendo prevalecer a autonomia da vontade das partes.

No tocante à pretensão de responsabilização dos réus pelos danos materiais e morais causados às autoras, mostra-se incensurável a r. sentença que julgou improcedentes tais pedidos, porque não demonstrada a prática de qualquer ato ilícito cometido pelos requeridos.

Por fim, assiste razão aos demandados, quando postulam a redistribuição dos ônus sucumbenciais. Isso porque as autoras lograram êxito apenas quanto à determinação de devolução dos valores pagos em razão do contrato de coparticipação, tendo sucumbido em relação a todos os demais pleitos deduzidos. Nesse contexto, diante da sucumbência mínima dos réus, deverão as autoras suportar integralmente os ônus sucumbenciais (art. 21, parágrafo único, do CPC).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso das autoras e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso dos réus, para determinar que a devolução dos valores vertidos a título de despesas previstas no contrato de coparticipação seja realizada de maneira proporcional ao período de efetiva vigência do contrato, no valor de R\$ 85.729,16, com juros e mora e correção monetária nos termos da sentença. Custas e honorários advocatícios a cargo das autoras, estes fixados em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com apoio no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

É como voto.

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento ao recurso dos autores. Dar parcial provimento ao recurso dos réus. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2012011099716-4

Relatora – Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito

Sexta Turma Cível

EMENTA

Processo civil, administrativo e constitucional. Ação civil pública. Elaboração de cronograma de plano de ação e de execução de obrigação de fazer, consistente em desobstrução de áreas públicas localizadas entre lotes situados nos finais de quadras residenciais, sem saída, irregularmente ocupadas e obstruídas. Formação de litisconsórcio necessário. Desnecessidade. Limitação orçamentária. Poder discricionário. Prazo exíguo. Inocorrência. Fixação de *astreintes*. Razoabilidade.

O que caracteriza o litisconsórcio necessário é a obrigatoriedade de sua formação, seja por força de lei, seja pela natureza da relação jurídica (CPC, art. 47). Não se vislumbrando nem uma coisa nem outra, não há de se falar em formação do aludido litisconsórcio, mormente se demanda visar, com mais especificidade, compelir a autarquia pública a cumprir seu papel legal, que seria o de exercer o poder-dever de fiscalizar atividades urbanas, no âmbito distrital.

A limitação orçamentária não pode ser utilizada como forma de escusas ao cumprimento do dever legal imposto à autarquia responsável pela fiscalização de atividades urbanas no âmbito distrital, não se podendo olvidar que, para a aplicação da teoria da reserva do possível, as mais recentes decisões dos tribunais superiores têm exigido mais que a alegação de inexistência de recursos do Estado, mas também a sua comprovação.

Há uma limitação condicionando a atuação jurisdicional no trato das políticas públicas. Ao Judiciário não cabe substituir as escolhas de prioridade do Poder Executivo, desde que este esteja atuando conforme os ditames previstos pelo constituinte e pelo legislador. Assim, a atuação jurisdicional atende aos preceitos constitucionais, inclusive ao princípio da separação dos poderes, quando se depara com a omissão do Poder Público na execução dos deveres que lhe incumbe.

Diante desse quadro, não há de se falar em afronta ao poder discricionário que seria conferido à Administração Pública.

Mostrando-se razoável o prazo fixado em sentença, para que o ente público elabore cronograma de plano de ação e de execução de obrigação de fazer, prescindindo o aludido trabalho de maiores complexidades, aquele deve prevalecer.

O art. 461 § 4º do Código de Processo Civil estabelece que ao juiz é lícito impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, quando houver receio de ineficácia do provimento final, de maneira a compelir aquele, ao cumprimento da obrigação imposta. Mostrando-se coerente, o valor da multa, com o fim almejado, mormente por não implicar qualquer dispêndio imediato, deve este prevalecer.

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 – Revisor, José Divino de Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador José Divino de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: desprovido. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o do r. parecer da douta Procuradoria de Justiça do DF de fls. 474 e seguintes que ora transcrevo:

“Trata-se de recurso de apelação interposto pela AGEFIS (fls. 386/416), contra a respeitável sentença ‘a quo’ (fls. 368/375), que condenou o apelante a elaborar um cronograma de plano de ação e respectivo cronograma de execução da obrigação de fazer, consistente em desobstruir todas as áreas públicas localizadas entre os lotes situados nos finais das quadras residenciais sem saída irregu-

larmente ocupadas e obstruídas por particulares no SHIN e SHIS, das Regiões Administrativas do Lago Sul e do Lago Norte.

A ação civil pública foi interposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra a AGEFIS, para o fim supra especificado e às fls. 118/119 foi deferida a liminar vindicada para 'determinar a requerida que, no prazo de 30 (trinta) dias, [apresentasse] um plano de ação e respectivo cronograma de execução para fiscalização e desobstrução de ocupações ilegais ou clandestinas levantadas irregularmente na orla do Lago Paranoá, Lago Norte e Lago Sul' (sic).

A venerável sentença (fls. 368/375) dispôs, in verbis:

"Diante do exposto, REJEITO todas as questões preliminares aduzidas com a contestação ofertada pela Requerida e, no mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pelo Autor, para condenar a AGEFIS à elaboração de um cronograma de Plano de Ação e respectivo Cronograma de Execução da obrigação de fazer, consistente em desobstruir todas as servidões de passagem irregularmente ocupadas e obstruídas por particulares no SHIN e SHIS, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária que ora fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, tanto na apresentação do plano de ação bem como na execução do seu cronograma, multa essa que fica limitada a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Vencido o prazo de incidência da multa e persistindo o descumprimento, haverá a oportunidade para a instauração de procedimento visando aferir responsabilidades do administrador faltoso, inclusive responsabilidade solidária em relação à obrigação pecuniária ora estabelecida. [grifos não do original].

[...]"

Ao acolher os Embargos de Declaração opostos pelo Parquet às fls. 432/433, o MM. Juízo 'a quo' corrigiu erro material no dispositivo da r. sentença, passando a contar da seguinte forma, 'ipsis litteris' (fls. 435/436):

"Diante do exposto, REJEITO todas as questões preliminares aduzidas com a contestação ofertada pela Requerida e, no mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pelo Autor, para condenar a AGEFIS à

elaboração de um cronograma de Plano de Ação e respectivo Cronograma de Execução da obrigação de fazer, consistente em desobstruir todas as áreas públicas entre os lotes situados nos finais das quadras residenciais sem saída irregularmente ocupadas e obstruídas por particulares no SHIN e SHIS, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária que ora fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, tanto na apresentação do plano de ação bem como na execução do seu cronograma, multa essa que fica limitada a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Vencido o prazo de incidência da multa e persistindo o descumprimento, haverá a oportunidade para a instauração de procedimento visando aferir responsabilidades do administrador faltoso, inclusive responsabilidade solidária em relação à obrigação pecuniária ora estabelecida.”

A AGEFIS, em seu recurso de apelação, sustenta, em sede de preliminares:

- a) a não aplicação do instituto da servidão; e,*
- b) do litisconsórcio passivo necessário – legitimidade da responsabilidade solidária dos particulares ocupantes das áreas indicadas na inicial.*

No mérito sustenta, em síntese:

- a) que as limitações orçamentárias e do poder discricionário do ente público impedem a procedência do mérito da causa, pois implica em desrespeito às leis orçamentárias que, por conseguinte, fere o princípio da separação dos poderes, e o processo democrático;*
- b) a reforma da r. sentença para prorrogar o prazo de 90 dias para 360 dias, contados a partir da intimação, para dar cumprimento do ‘decisum’ apelado; e,*
- c) a redução da multa aplicada, com aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sopesando-se a conduta imposta, o ônus a ser suportado pela coletividade e os eventuais prejuízos em caso de descumprimento.*

A Ilustre representante do MPDFT a 5ª Promotoria de Justiça de Defesa da Ordem Urbanística – apresentou contrarrazões às fls. 446/488, fundamentadas em judiciosa e escorreita manifestação, com objetivo de afastar as preliminares e sustentar o mérito do pedido, com a confirmação da sentença.”

Acrescento que a douta Procuradora de Justiça oficiou pelo afastamento das preliminares argúidas. No mérito, para que fosse negado provimento ao apelo, para o fim de se preservar a incolumidade da r. sentença prolatada no 1º grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Relatora) – Cabível e tempestivo, conhecimento do recurso, presentes que se encontram os demais pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de Apelação, em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com o objetivo de compelir a apelante a elaborar cronograma de plano de ação e respectivo cronograma de execução de obrigação de fazer, consistente em desobstruir todas as áreas públicas localizadas entre os lotes situados nos finais das quadras residenciais sem saída, irregularmente ocupadas e obstruídas por particulares no SHIS e SHIN, Regiões Administrativas do Lago Sul e do Lago Norte.

Ab initio, a ora apelante sustenta, em sede de preliminares, a não aplicação do instituto da servidão, bem assim defende a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, a fim de atribuir responsabilidade solidária aos particulares, ocupantes das áreas obstruídas, indicadas na inicial.

Quanto ao prolapado instituto da servidão, a referida preliminar encontra-se prejudicada, tendo em vista que ao responder aos embargos de declaração ofertados pelo apelado, o MM. Juiz *a quo* retificou os termos da parte dispositiva do r. julgado, de modo a substituir o termo “servidão”, por “áreas públicas” (fls. 435/436). Desse modo, suprimida tal expressão do dispositivo, qualquer inferência acerca do tema se mostra despicienda.

Em relação à eventual exigência de formação de litisconsórcio passivo necessário, tem-se que a aludida alegação não merece prosperar.

Com efeito, conforme bem destacado na r. sentença, cujos excertos trago à colação, com a devida vênia, como razões de decidir (fls. 370 e ss):

“A AGEFIS invoca a legitimidade ‘ad causam’ de particulares para compor o pólo passivo da lide, ao argumento de que eles deveriam participar do processo como litisconsortes necessários.

Ocorre que o que se está a pleitear como objeto da presente ação não é obrigar os particulares a desobstruir as áreas de servidão administrativa, mas sim a compelir a AGEFIS a exercer o poder de polícia urbanístico que lhe compete, o que inclui desobstruir as áreas de servidão administrativa. Portanto, não há que se falar em inclusão no pólo passivo de particulares, mas somente do órgão público ao qual competem as atividades de fiscalização e desobstrução das áreas públicas indevidamente ocupadas, para que ele cumpra a sua atribuição legal.

No caso, nos termos da Lei Distrital 4.150/2008 (Lei de criação da AGEFIS), incumbe a essa autarquia, com exclusividade, a execução de políticas de fiscalização de atividades urbanas do Distrito Federal, em consonância com as políticas governamentais.

Além disso, como apontado no v. parecer de fl. 477, verifica-se que no pedido exordial (fl. 11), o ‘Parquet’ limita-se, expressamente, a requerer que a AGEFIS cumpra com seu dever imposto pela legislação distrital, sem se referir, em qualquer momento, à condenação de particulares. Razão pela qual descabe a necessidade de que os particulares ocupantes de imóveis integrem a esta lide processual. Portanto, é evidente a inadequação de ‘perquirir-se sobre o que pensam a respeito os particulares invasores das áreas públicas, não se cogitando de qualquer litisconsórcio necessário. Pelo contrário, tal pleito, se concretizando, só contribuiria para conturbar o processo, prolongando ainda mais o prejuízo da coletividade, dado o longo período de inércia inexplicável da apelante (conf. fl. 449)”.

Note-se que o que caracteriza o litisconsórcio necessário é a obrigatoriedade de sua formação, seja por força de lei, seja pela natureza da relação jurídica (CPC, art. 47).

No caso em comento, não se vislumbra nem uma coisa nem outra, já que a demanda visa, com mais especificidade, compelir a apelante a cumprir seu papel legal,

que seria o de exercer o poder-dever de fiscalizar atividades urbanas, no âmbito distrital.

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas e passo à análise do mérito propriamente dito.

Analisando o que dos autos consta, tenho que a r. sentença delimitou e analisou bem o tema, não merecendo, pois, qualquer reparo.

- DA LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DO PODER DISCRICIONÁRIO

Em que pesem as alegações ofertadas pela apelante, é bem de ver, conforme bem explanado na r. sentença, cujo entendimento ora se adota, com a devida vênia, que a aludida matéria relativa ao poder discricionário foi devidamente abordada, não merecendo maiores disceptações. Vejamos: (fls. 368/375)

“O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. MPDFT ajuizou a presente Ação Civil Pública com o objetivo de obrigar a AGEFIS à obrigação de fazer, consistente em desobstruir todas as servidões de passagens irregularmente ocupadas ou obstruídas por particulares nos Setores de Habitações Individuais Norte e Sul (SHIN e SHIS). São passagens, isto é, faixas de área pública localizadas entre os lotes situados nos finais de quadras residenciais sem saída, destinadas à passagem de pedestres, bem como de redes de infraestrutura urbana. Essas faixas vêm sendo indevidamente “privatizadas” por particulares, que fecham o seu acesso à população e à manutenção de redes aéreas, subterrâneas, caixas de passagem e medidores das concessionárias de serviços de infraestrutura urbana.

Importante destacar que não está incluída no objeto da presente ação a desocupação das áreas públicas indevidamente ocupadas por particulares na Orla do Lago Paranoá, já que isso foi objeto da Ação Civil Pública 2005.01.1.090580-7, já transitada em julgado.

Dito isso, cabe analisar o argumento de que o autor estaria intrometendo-se indevidamente em atividades afetas ao Poder Executivo, caso se julgasse procedente o pedido de condenar a AGEFIS a desobstruir as servidões de passagem irregularmente ocupadas.

De fato, há uma limitação condicionando a atuação jurisdicional no trato das políticas públicas. Ao Judiciário não cabe substituir as escolhas de prioridade do Poder Executivo, desde que este esteja atuando conforme os ditames previstos pelo constituinte e pelo legislador. Assim, a atuação jurisdicional atende aos preceitos constitucionais, inclusive ao princípio da separação dos poderes, quando se depara com a omissão do Poder Público na execução dos deveres que lhe incumbe. É o que explica Sergio Cruz Arenhart (in Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Ano I. Número 1. 2009):

"... Sempre que a atividade dos outros 'poderes' se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a, quando verificada a omissão". (g. n.)

É preciso esclarecer que a escolha de prioridades pela Administração Pública não significa plena discricionariedade. "Política pública não é um ato discricionário, é obrigação, e o não-respeito é um ato inconstitucional". (Cláudio Oliveira de Carvalho. Políticas Públicas e Gestão Urbano-Ambiental. In Revista de Direito Ambiental. V. 26. São Paulo: RT, p. 288)

Nessa linha de entendimento, é preciso dizer que a legislação prevê que as construções erigidas em desacordo com a lei devem ser demolidas total ou parcialmente e, na hipótese de se tratar de área pública, a demolição pode ocorrer imediatamente, como estatui o art. 178 do Código de Edificações do Distrito Federal (Lei 2.105/98), verbis:

"Art. 178. A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com 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".

Isso significa que no exercício da vigilância do espaço urbano, tem a AGEFIS poder de polícia para vistoriar, fiscalizar, notificar, autuar, embargar, interditar

e demolir obras construídas à margem da lei, especialmente quando se trata de obras erigidas sobre áreas públicas.

Importa também registrar que a alegada restrição orçamentária não pode servir de escudo para que a AGEFIS permaneça se omitindo de cumprir as suas atribuições. A chamada 'reserva do possível' não pode ser invocada sem qualquer critério, apenas com o fim de justificar a Administração Pública do dever de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais.

Esse assunto já foi, inclusive, debatido e aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 45-9/DF (DJU 04.05.04, p. 12), cuja ementa veio assim disposta em decisão monocrática final:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Rel. Ministro Celso de Mello.

Ademais, não merece também prosperar o argumento da requerida no sentido de que o Plano Diretor do Ordenamento Territorial, ainda pendente de sanção, trará a previsão de que a Lei de Uso e Ocupação do Solo do Distrito Federal. LUOS poderá definir os critérios para a ocupação de áreas contíguas a lotes situados em setor de uso estritamente residencial, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

É inadmissível que o agente público deixe de agir, invocando uma legislação inexistente, ou por vir, com base em mera expectativa, ou seja, ato futuro e incerto, de se estipular critérios e condições para regularizar situações ainda indefinidas. Como se sabe, a atuação da Administração Pública, e, conseqüentemente do agente público, é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, com previsão no caput do art. 37 da Constituição Federal, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei permite ou prevê. Em decorrência disso, o agente público não pode simplesmente deixar de cumprir a legislação vigente, com base em uma expectativa de lei vindoura, que eventualmente o desonere.

Assim, não se pode admitir a tolerância velada da Administração quanto às obras erigidas em total afronta às regras e normas edilícias vigentes. Não se trata de uma discricionariedade, mas sim de um poder-dever de zelar pela legalidade e pelo patrimônio público.”

Registre-se, por oportuno, em relação à alegada limitação orçamentária, que o chamado “princípio da reserva do possível necessita ser concretamente provado, caso a caso, não sendo suficientes meras afirmações genéricas, vazias, desprovidas de qualquer demonstração orçamentária precisa [...]”. (fl. 450)

Tem-se, assim, que a limitação orçamentária não pode ser utilizada como forma de escusas ao cumprimento do dever legal, que é imposto à apelante, não se podendo olvidar, como afirmado alhures, que, para a aplicação da teoria da reserva do possível, as mais recentes decisões dos tribunais superiores têm exigido mais que a alegação de inexistência de recursos do Estado, mas também a sua comprovação.

Ao tratar do tema, em conformidade com o aresto supramencionado, o Em. Ministro Celso de Mello, ainda esclareceu, *verbis*:

“[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efe-

tivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] (STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04).”

Logo, não há de se falar em limitação orçamentária ou mesmo afronta ao princípio da reserva do possível, a fim de salvaguardar eventual descumprimento da medida que ora se adota.

- DA ALEGADA INSUFICIÊNCIA DO PRAZO DE 90 DIAS

A ora apelante argui que o prazo de 90 dias, previsto na r. sentença impugnada, para que possa elaborar cronograma do plano de ação e o respectivo cronograma de execução da obrigação de fazer, consistente na desobstrução das áreas públicas irregularmente ocupadas por particulares, nos setores descritos na inicial, se mostra exíguo. Alega que haveria necessidade de elaboração de estudos detalhados e levantamentos outros que necessitariam seguir os trâmites do procedimento administrativo previsto na Lei Distrital 2.834/2001, bem assim que inúmeras outras variáveis iriam dificultar todo o processo, demandando, desse modo, mais tempo que o previsto em sentença.

Apesar de toda a argumentação ofertada, observa-se claramente a inconsistência do alegado, mormente pelo fato de que a apelante não apontou sequer quais seriam os tais entraves ou mesmo a imprescindibilidade do roteiro de procedimentos que se deveria adotar.

O d. representante do Ministério Público, ao se manifestar quanto ao tema, bem o aclarou, trazendo explanações que merecem a devida deferência. Nesse sentido, com a devida vênia, trago à colação os seguintes excertos: (fls. 453/454)

[...]

A apelante requer a modificação do prazo dado em sentença para 360 (trezentos e sessenta) dias, ou seja, praticamente 01 (um) ano! E isso, apenas para apresentar um Plano de Ação e seu respectivo cronograma de Execução! Se-quer se trata de prazo para a própria execução, que, repise-se, por se tratar de área pública, admite demolição imediata, conforme preconizado pelo artigo 178 do Código de Edificações do Distrito Federal (Lei 2.105/98).

Tais alegações, contudo, não se encontram nem minimamente embasadas em provas ou demonstradas em fundamentos lúdimos nas razões recursais, não passando de meras afirmações sem respaldo, meras conjecturas, a fim de tentar justificar mais uma descabida demora, mais uma procrastinação de prazos, a somar-se ao já gritante lapso temporal de inação da apelante.

A dilação pretendida pela apelante, somente prolongaria ainda mais a ofensa patente e ilegal aos direitos fundamentais da coletividade (inclusive no seu adequado 'ir e vir' – numa acepção substancial), em benefício de uns poucos que lá residem. Considere-se que, além do tempo pedido, ainda deverá ter-se em conta aquele necessário para a execução, o qual, por óbvio, se previsto na forma patentemente desarrazoada, pode vir a ser igualmente objeto de questionamento e responsabilizações.

Ora, é preciso reafirmar que o prazo é apenas para a apresentação do Cronograma de Ação e de Execução, e não para a execução em si! As medidas a serem tomadas têm natureza eminentemente demolitória, em áreas muito facilmente identificáveis, o que, aos olhos mais leigos, prescinde de maiores estudos ou levantamentos topográficos e cartográficos, afinal, o que se pretende é apenas reverter a situação fática ao seu 'status quo ante', a qual jazia em total adequabilidade à ordem urbanística preestabelecida.

Dessa forma, obviamente, não se necessita de quaisquer estudos de viabilidade legal, urbanística, ambiental, etc., já que apenas se retornará à situação

regular e legal fática anterior, para a qual, é claro, já foram concebidos e aprovados todos os projetos.

Frise-se, inclusive, que levantamentos atualizados da área já existem, como se vê no bojo deste processo, no substancial Relatório de Auditoria 01/2012, realizado pela própria apelante e juntado às fls. 239/342, demonstrando toda a gritante e escancarada obstrução e ocupação ilegal de áreas públicas.

[...]

Além disso, alegar que não se tem condições de prever datas no Plano de Ação e de Execução é quase que um atestado de ineficiência do Poder Público, já que é consabido, nos conhecimentos mais basilares de administração e gestão, que datas e prazos são essenciais para o êxito e eficiência na consecução de qualquer ação e projeto estatais. A afirmação da apelante de que necessitaria da ação conjunta de outros órgãos não ilide esse argumento, ao contrário, reforça-o, já que é exigível (como princípio constitucional) que os órgãos da Administração atuem com eficiência, o que inclui, com toda a certeza, a execução de ações conjuntas.

Assim, por todo o exposto, mostra-se extremamente razoável o prazo de 90 (noventa) dias para que o Poder Público organize-se e programe-se em relação ao que negligencia a anos, não havendo razões para se adiar apenas esse planejamento.”

- DA APLICAÇÃO DE MULTA

A apelante também alega ser desarrazoada a aplicação de multa por dia de atraso, na consecução dos planos determinados na r. sentença. Razão também não lhe assiste.

Com efeito, é bem de ver, quanto ao tema, que o art. 461 § 4º do Código de Processo Civil estabelece que ao juiz é lícito impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, quando houver receio de ineficácia do provimento final, de maneira a compelir aquele, ao cumprimento da obrigação imposta.

Conforme assevera NELSON NÉRY JÚNIOR (in Código de Processo Civil Comentado, 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 588), *in verbis*:

“Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O Juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das ‘astreintes’ não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica (...). Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.”

Dessa forma, ao juiz é conferido o dever de fazer valer os meios necessários para que a obrigação imposta seja plenamente efetivada, utilizando-se, portanto, dos poderes significativos insculpidos no art. 461 e seus parágrafos. Contudo, verificando-se tratar de multa excessiva, o juiz, de ofício, poderá modificar-lhe o valor, a fim de dar condições para que a obrigação seja cumprida.

Em relação ao *quantum* relativo à multa diária (R\$ 5.000,00), tenho que esse foi bem fixado, não se mostrando desproporcional ou desarrazoado.

Considerando a própria natureza jurídica das *astreintes*, afigura-se escorreito o arbitramento efetuado pelo juízo *a quo*, notadamente pelo fato de que manteve o caráter inibidor e coercitivo a que se propõem.

Deveras, a aludida multa diária não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório, muito diferentemente, sua natureza jurídica repousa no caráter intimidatório, para extrair, do próprio réu/obrigado, o específico comportamento, ou a abstenção, pretendido pelo autor e determinado pelo magistrado.

Trata-se, pois, de medida coercitiva, devendo agir no ânimo do obrigado, de modo a influenciá-lo a cumprir o que lhe foi determinado judicialmente.

Não se trata, portanto, de medida que irá repercutir na esfera patrimonial da apelante, se essa, de pronto, atender ao comando judicial.

As *astreintes*, nesse caso, só valerão se a apelante continuar a descumprir o que lhe foi determinado judicialmente. Se o cumprir, nada tem a temer quanto ao valor fixado.

Sendo tal multa, portanto, suficientemente adequada e proporcional para este mister, nada há a ser reparado.

Dessa forma, o valor da multa diária mostra-se coerente com o fim almejado, não merecendo, desse modo, qualquer reparo, não se vislumbrando a presença de qualquer lesão grave e de difícil reparação que possa advir do aludido arbitramento, já que não implica qualquer dispêndio imediato, por parte da ora recorrente.

Ademais, não se pode olvidar que, em caso de descumprimento da medida determinada, a multa será revertida em prol de toda a coletividade, em conformidade com o pedido lançado na inicial.

Desse modo, por se mostrar incensurável, deve a r. sentença subsistir pelos seus próprios fundamentos.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Des. Jair Soares (Revisor) – A sentença julgou procedente, em parte, ação civil pública ajuizada pelo MPDFT e condenou a Agefis a desobstruir áreas públicas de passagem irregularmente ocupadas por particulares no Lago Norte e Sul (SHIN e SHIS), no prazo de noventa dias, pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (fls. 368/75).

Argui a Agefis, em preliminar, não é caso de servidão, pois “a desobstrução não visa apenas assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mas obstar a ocupação por particulares de áreas que impedem a passagem de pedestres” (f. 392).

A servidão administrativa restringe o direito de uso do bem pelo proprietário para possibilitar a execução de serviços públicos.

Na sentença, o Juiz referiu-se a “servidões de passagem” (f. 375). Ao acolher embargos de declaração retificou o dispositivo para constar “áreas públicas de passagem” (f. 435).

Rejeito a preliminar.

Em segunda preliminar, afirma que há responsabilidade solidária dos moradores dos lotes confrontantes às passagens de pedestres, os quais devem integrar o polo passivo em litisconsórcio necessário.

Há litisconsórcio necessário quando, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá de citação de todos os litisconsortes no processo (CPC, art. 47)

Sendo a ré parte legítima, e não havendo previsão legal, tampouco a natureza da relação jurídica exige, inexistente litisconsórcio passivo necessário entre a Agefis e moradores dos lotes confrontantes às passagens de pedestres.

A L. Distrital 4.150/08, que dispôs sobre a criação da Agência de Fiscalização do DF, estabelece que compete exclusivamente à Agefis executar as políticas de fiscalização de atividades urbanas do Distrito Federal, em consonância com as políticas governamentais (art. 3º, I).

O objeto da ação civil pública restringe-se a obrigar a Agefis a exercer o poder de polícia urbanístico que lhe compete, incluindo desobstruir áreas públicas de passagem do SHIN e SHIS.

Rejeito a preliminar.

No mérito, alega que há limitação orçamentária para desobstruir áreas públicas de passagem irregularmente ocupadas, pois "o orçamento do DF, por ser público, é regido por normas legais que não admite despesas sem orçamento prévio, nos termos da L. de Execução Orçamentária e na de L. de Responsabilidade Fiscal" (f. 404).

Ocorre que, tratando-se de atribuição dela, não pode, sob a alegação de limitação orçamentária, se eximir do dever de fiscalizar as atividades urbanas do Distrito Federal, pena de violar o interesse da coletividade.

E "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas

implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (RE 410715 AgR/SP . Min. Celso de Mello. DJ 3.2.06).

Aduz que “não cabe ao Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a dar prioridade a determinadas ações ou tarefas, eis que tais fatos da administração dependem de dotações prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante” (f. 407).

A intervenção do Judiciário, determinando a execução de políticas públicas, tem aplicação restrita, em homenagem ao princípio da separação dos poderes.

No entanto, a não observância de fiscalização de atividades urbanas, possibilita a atuação do Judiciário, quando provocado, no sentido de garantir a desobstrução de áreas públicas de passagem irregularmente ocupadas.

Além disso, cabe ao Judiciário o exame da legalidade de atos dos demais Poderes.

A L. 2.150/98, que revogou a L. 1.172/96 (Código de Edificações do DF), dispõe que a demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente (art. 178).

A Agefis, no exercício do poder de polícia, deve fiscalizar construções erguidas no Distrito Federal e, conseqüentemente, determinar a demolição das irregulares.

E 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 (art. 178, § 1º).

Concedido o prazo de noventa dias para cumprimento da desobstrução das áreas públicas de passagem irregularmente ocupadas, em que prevê a lei demolição imediata, não há motivo para se conceder prazo de 365 dias, como pretende a apelante.

A multa para o caso de descumprimento de determinação contida na sentença (*astreinte*) tem caráter nitidamente coercitivo. Presta-se a compelir a parte obrigada

a tornar efetivo o comando imposto. Por tal razão, deve ser suficientemente alta a ponto de demover qualquer pretensão da parte de a ela não se sujeitar.

Anota Nelson Nery Jr. que “o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz” (*in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Ed. RT, 10. ed., p. 461)

Na espécie, o valor arbitrado – R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitado ao total de 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) – mostra-se razoável para os fins a que se destina, sobretudo porque plenamente compatível com a capacidade econômica da apelante.

Nego provimento.

Des. José Divino de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Desprovido. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2013011016522-5

Relator – Des. Sérgio Rocha

Segunda Turma Cível

EMENTA

Apelação. Civil. Consumidor. Aquisição de pacote turístico. Furto durante a viagem. Falha nas informações da agência de viagens. Seguro não acionado. Devolução do valor integral. Retenção de taxa de administração. Impossibilidade.

A agência de viagens tem a obrigação de prestar a assistência e dar todas as informações e orientações aos seus clientes durante toda a viagem contratada.

Ficou comprovada a falha nos serviços da agência de viagens, que não prestou as devidas informações aos autores após o furto ocorrido no estrangeiro, de que eles deveriam acionar o seguro, para obter a assistência financeira ou providenciar o retorno antecipado.

No caso dos autos, verificado que o retorno antecipado dos autores decorreu da falha dos serviços da ré, e que eles usufruíram de apenas três dias de uma viagem para a Europa de vinte e nove dias, é devido o ressarcimento do valor de todo o pacote turístico contratado, diante da frustração de praticamente toda a viagem.

Não é possível a retenção da taxa de administração, uma vez que o retorno antecipado dos autores decorreu de falha na prestação dos serviços da ré.

Deu-se provimento ao apelo dos autores. Negou-se provimento ao apelo da ré.

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: dar provimento ao apelo dos autores.

Negar provimento ao apelo da ré. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 108/113, *in verbis*:

"M. de L.P.C. e R.S.C., devidamente qualificados nos autos, propõem a presente ação de INDENIZAÇÃO por danos materiais, pelo procedimento comum, rito ordinário, contra CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIAS DE VIAGENS S/A, igualmente qualificada na inicial.

Alegam os requerentes que reuniram recursos para realizarem uma viagem ao continente europeu, dirigindo-se à agência de turismo requerida onde adquiriram um pacote turístico no valor de R\$ 17.707,77 (dezessete mil setecentos e sete reais e setenta e sete centavos) para o casal e seu filho, com duração de 28 (vinte e oito) dias, no período de 02/08/2012 a 30/08/2012.

Sustentam que o plano de viagem incluía assistência internacional, serviço que seria garantido pela Seguradora Ace.

Relatam que no curso da viagem, durante um passeio na cidade de Roma, foram abordados por dois policiais munidos de distintivos e armas de fogo, os quais solicitaram seus passaportes e que durante o procedimento de revista subtraíram a quantia de € 9.000,00 da primeira autora, que se encontrava em uma bolsa.

Afirmam que tentaram providenciar o registro da ocorrência, mas foram desmotivados pela própria polícia, ao argumento de que a recuperação do dinheiro seria impossível.

Informam que por não terem mais dinheiro e que por não ter sido acionado o seguro pela ré, foram obrigados a retornar ao Brasil vinte e cinco dias antes da data prevista para o fim da viagem, acrescentando que a requerida recusou-se a reembolsá-los pelas hospedagens e passagens não utilizados e pelos passeios não realizados.

Pretendem a condenação da requerida ao pagamento da importância de R\$ 17.707,77 (dezesete mil setecentos e sete reais e setenta e sete centavos).

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 11/41.

Regularmente citada, a requerida ofertou contestação postulando preliminarmente a denúncia da lide à Travel Ace Seguradora S/A. No mérito alega que o ocorrido com os autores não passa de caso fortuito, não havendo falha ou vício na prestação dos serviços. Argumenta que os autores negligenciaram o devido cuidado com seus pertences, pois os hotéis disponibilizam cofres para guarda de valores. Afirma que o voucher emitido pela empresa requerida contém informações resumidas e que outras recomendações constam na página virtual da empresa turística, as quais esclarecem que, de acordo com o seguro contratado, a seguradora arcaria com a multa pela remarcação dos bilhetes e com o pagamento de eventual diferença tarifária, na hipótese de regresso ao país de origem em data anterior à programada. Declara que os autores não acionaram a seguradora e que o custeio do retorno dos requerentes ocorreu por conta da empresa ré. Aduz ainda que a pretensão de reparação material contempla a integralidade do valor pago pela viagem, porém uma parte do pacote foi utilizada pelos requerentes. Alega não ser devida reparação por dano moral.

A contestação veio acompanhada dos documentos de fls. 69/87.

Réplica às fls. 91/99 em que o autor, ao lado de repisar os argumentos expendidos na inicial, invoca a proteção das regras consumeristas.

Pelo juízo foi proferida a decisão de fls. 105, rejeitando a denúncia da lide e indeferindo a dilação probatória, decisão que restou preclusa, conforme certidão de fls. 107”.

SENTENÇA (FLS.108/113)

A MM^a. Juiz sentenciante, Dra. Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes, julgou no seguinte sentido:

“Pelas razões alinhadas, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido, resolvendo o mérito com amparo no art. 269, inciso I, do CPC, para condenar a requerida a ressarcir aos requerentes a importância de R\$ 9.374,36 (nove mil trezentos e

setenta e quatro reais e trinta e seis centavos), corrigida monetariamente pelos índices oficiais desde a data do pagamento e acrescida de juros de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação, podendo ser retido do valor equivalente a 20% (vinte por cento) do montante, a título de despesas administrativas.

RAZÕES DO APELO DOS AUTORES (FLS.115/121)

Os autores, M. de L.P.C. e R.S.C., apelam, alegando que: 1) em nenhum momento do processo os apelantes responsabilizaram a apelada, CVC, pelo furto ocorrido; 2) a responsabilidade da ré/apelada, CVC Brasil Operadora de Agências de Viagens S.A. decorre por ela não ter passado todas as informações necessárias, inclusive sobre o seguro viagem, após o furto; 3) a própria ré afirmou em contestação que os autores “*deveriam ter o conhecimento de que a seguradora tinha responsabilidade de mantê-los na viagem ou providenciar o retorno ao Brasil*”; 4) as informações técnicas não foram repassadas pela ré aos autores; 5) houve vício de informação, e ainda assim a ré tenta se eximir da sua responsabilidade; 6) os autores pagaram pelo seguro, e a ré está embolsando dinheiro que lhe não pertence, gerando enriquecimento ilícito; 7) os autores possuem direito ao reembolso do valor integral da viagem (R\$ 17.707,77), contratada para 28 dias, mas que desfrutaram apenas 03 dias, em razão da falta de informações da ré; 8) a falta de informação da ré fez com que os autores não entrassem em contato com a seguradora Travel Ace Internacional, para poderem continuar a viagem, e completar o itinerário; 9) os apelantes possuem direito ao ressarcimento da passagem de volta, porque se a apelada tivesse feito seu trabalho da melhor forma, não teria de arcar com o valor do retorno; 10) deve ser considerado que os apelantes são idosos e estavam na companhia de seu filho, que é deficiente, e ficaram desesperados com o roubo de todo o dinheiro que tinham para a viagem, e a ré não os ajudou de forma eficiente; 11) a retenção da taxa de administração em 20% é abusiva, pois não há comprovação dos possíveis valores que seriam cobrados pelos fornecedores.

RAZÕES DO APELO DA RÉ – CVC

A ré, CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A., também apelou, alegando que: 1) a MM^a. Juíza sentenciante condenou a ré a ressarcir aos autores o valor de R\$ 9.374,36, referentes aos serviços que não foram utilizados; 2) a ré/apelante não concorreu para o furto ocorrido, tratando-se de caso fortuito; 3) houve

negligência dos autores que não se utilizaram dos cofres disponibilizados pelos hotéis, pois é sabido que nos dias atuais qualquer cidadão está sujeito a passar por situações semelhantes; 4) de acordo com *voucher* colacionado nos autos, todos os telefones da seguradora foram disponibilizados; 5) consta no *voucher* que as informações são resumidas, e que os autores deveriam acessar o site da seguradora para obter mais informações; 6) como os apelantes não entraram em contato com a seguradora, a ré, de boa-fé, providenciou o retorno destes ao Brasil, arcando com as multas e diferenças tarifárias, razão pela qual não houve reembolso de qualquer quantia; 7) a ré não praticou nenhum ato ilícito para ser condenada à indenização por danos materiais, porque a culpa é exclusiva dos autores (CDC 14, § 3º II)¹; 8) a seguradora está devidamente identificada, não cabendo à ré o ressarcimento da quantia pretendida pelos autores (CDC 13)²; 9) a ação deve ser julgada improcedente.

A MMª Juíza reconheceu a tempestividade da apelação CVC, ao fundamento de que a sua protocolização em Vara diversa configura erro escusável (fl. 133).

Devidamente intimadas, nenhuma das partes apresentou contrarrazões (certidão de fl. 135).

É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Rocha (Relator) –

APELAÇÃO DOS AUTORES

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação dos autores, M. de L.P.C. e R.S.C.

1 CDC Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (...)

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

2 CDC Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

DA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DA RÉ

Os autores, M. de L.P.C. e R.S.C., apelam, alegando que: 1) os apelantes em nenhum momento do processo responsabilizaram a apelada pelo furto ocorrido; 2) a responsabilidade da ré, CVC Brasil Operadora de Agências de Viagens S.A. decorre por ela não ter passado todas as informações necessárias, inclusive sobre o seguro viagem, após o furto; 3) a própria ré afirmou em contestação que os autores “*deveriam ter o conhecimento de que a seguradora tinha responsabilidade de mantê-los na viagem ou providenciar o retorno ao Brasil*”; 4) as informações técnicas não foram repassadas pela ré aos autores; 5) houve vício de informação, a ainda assim a ré tenta se eximir da sua responsabilidade; 6) deve ser considerado que os apelantes são idosos e estavam na companhia de seu filho, que é deficiente, e ficaram desesperados com o roubo de todo o dinheiro que tinham para a viagem, e a ré não os ajudou de forma eficiente.

Com razão os autores/apelantes.

A ré, em sua defesa, alega que os autores não contataram o seguro contratado, e que ela, de boa fé, emitiu as passagens de volta, arcando com as multas e diferenças tarifárias.

Fato incontroverso foi o furto do dinheiro dos autores durante a viagem, em Roma. Por certo que o furto se trata de caso fortuito, e não é este o problema na prestação dos serviços da ré.

O contrato de prestação de serviços de turismo celebrado entre os autores e a ré, CVC, estipula que nos serviços inclusos está o seguro da “Assistência de Viagem Internacional – Mundo Básico com Travel Ace Internacional. O serviço é válido no período de 02/08/2012 a 30/08/2012” (fl. 37).

No documento CVC *Voucher* – Documentação de Viagem (fl. 22/23) – estão estipulados os serviços do seguro contratados, com a informação dos telefones da seguradora em diversos países.

Após o furto, os autores contataram a ré contando-lhe o ocorrido. Neste momento a ré deveria ter informado que eles deveriam acionar o seguro, e até mesmo ajudá-los a contatar o seguro, uma vez que ela era a agente de viagens dos autores que lhes vendeu o seguro.

Não socorre à ré a alegação de que as condições gerais de seu contrato, bem como as condições gerais do seguro estão disponíveis na internet, porque é direito do consumidor ser informado de forma adequada e clara dos serviços contratados (CDC 6 III)³. A disponibilização do contrato na internet não implica o fornecimento das devidas informações e esclarecimentos dos serviços contratados.

Além disso, o *voucher* do seguro está em nome da CVC, fls. 22/23, prevalecendo a teoria da aparência, de que a CVC também era responsável pelo seguro.

Não é de se esperar que em momento tão delicado, após um furto num país estrangeiro, que o consumidor se lembre de todos os serviços contratados com sua agência de viagens e como utilizá-los. Competia à agência/ré esclarecer quais eram as alternativas que os autores tinham, retornar antecipadamente, acionando o seguro, ou solicitar a assistência financeira do seguro.

No caso, os autores são pessoas idosas, M. de L.F. possui 68 anos e R.S.C. está com 77 anos (fl. 13), o que aumenta a sensação de insegurança e desespero após um furto sofrido em país estrangeiro, e eles entraram em contato com sua agência de viagens para as devidas providências.

Assim, o fato de a ré, CVC, não ter prestado as devidas informações aos autores configura falha no serviço, pois o agente de viagens deve prestar todas as orientações necessárias sobre os serviços contratados durante toda a viagem.

Dou provimento ao apelo dos autores, no ponto, para declarar a falha na prestação dos serviços da ré.

DA RESTITUIÇÃO TOTAL DO VALOR DO PACOTE TURÍSTICO

Os autores, M. de L.P.C. e R.S.C., alegam que: 1) os autores pagaram pelo seguro, e a ré está embolsando dinheiro que não lhe pertence, gerando enriquecimento ilícito; 2) os autores possuem direito ao reembolso do valor integral da viagem (R\$ 17.707,77), contratada para 28 dias, mas que desfrutaram apenas 03 dias, em razão da falta de informações da ré; 3) a falta de informação da ré fez com que os autores não entrassem em contato com a seguradora Travel Ace Internacional, para

3 CDC Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

poderem continuar a viagem, e completar o itinerário; 4) os apelantes possuem direito ao ressarcimento da passagem de volta, porque se a apelada tivesse feito seu trabalho da melhor forma, não teria de arcar com o valor do retorno.

Com razão os autores/apelantes.

O *voucher* do seguro contratado estipula a assistência financeira, pelos valores das coberturas por passageiro (fl. 22).

Em que pese não haver indicação do valor da ajuda financeira, ela foi devidamente contratada, e os autores poderiam ter acionado o seguro para continuarem a viagem, que dos vinte e nove dias adquiridos (fls. 37/39), só usufruíram três dias, pois partiram dia 02/08/12 e o furto ocorreu dia 05/05/12 (fl. 16).

Nesse passo, a falta de informações pela ré, CVC, de que os autores poderiam acionar o seguro, gerou um retorno antecipado frustrando praticamente toda a viagem de um mês.

O fato de os autores terem utilizado o transporte aéreo não retira a frustração de uma viagem à Europa com duração de um mês, em que eles não usufruíram praticamente nada, em razão da falha de informação da ré/CVC.

Cediço que uma viagem para a Europa, para um período de um mês exige todo um planejamento anterior, em razão do seu alto custo (considerando que os autores são professores aposentados, fl. 02), razão pela qual o fato de eles terem usufruído de apenas três dias da viagem equivale à frustração de toda a viagem para a Europa, cujo pacote foi adquirido com a ré.

Assim, os autores possuem direito ao ressarcimento de todo o pacote turístico contratado, pois caso tivessem obtido as devidas informações, poderiam ter terminado a viagem, acionando o seguro, pois as principais despesas como transporte e estada estavam todas pagas.

Dou provimento ao apelo dos autores, no ponto, para condenar a ré, CVC, ao ressarcimento do valor integral do pacote turístico adquirido (R\$ 17.707,77), acrescido de correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês.

DA NÃO RETENÇÃO DA TAXA ADMINISTRATIVA

Os autores, M. de L.P.C. e R.S.C., apelam, alegando que a retenção da taxa de administração em 20% é abusiva, pois não há comprovação dos possíveis valores que seriam cobrados pelos fornecedores.

Com razão os autores/apelantes.

Tendo em vista que o retorno antecipado dos autores de sua viagem decorreu pela falha na prestação de serviços da ré, CVC, não é devida a retenção da taxa administrativa em 20% do valor contratado.

Dou provimento ao apelo dos autores, no ponto, para declarar que sobre o valor a ser ressarcido não é possível a retenção da taxa de administração.

Resumindo, dou provimento ao apelo dos autores, para declarar a falha na prestação dos serviços da ré, e condená-la ao ressarcimento do valor integral do pacote turístico adquirido (R\$ 17.707,77), acrescido de correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, sem a retenção da taxa de administração.

APELAÇÃO DA RÉ – CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIAS DE VIAGENS S.A.

DA TEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO DA RÉ

Primeiramente, conforme asseverado pelo Juízo de primeiro grau, a apelação da ré foi protocolizada dentro do prazo de quinze dias, porém em Vara diversa (22ª Vara Cível) de onde tramitaram os autos (23ª Vara Cível).

Perfilho do entendimento que a protocolização do recurso em Vara diversa configura erro escusável, inclusive diante da falha do servidor da outra Vara que recebeu a apelação, quanto não poderia ter recebido.

Assim, tenho que é tempestiva da apelação da ré.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação da ré, CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A.

DA OBRIGAÇÃO DA RÉ EM RESSARCIR TODO O VALOR DO PACOTE TURÍSTICO

A ré, CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A., também apelou, alegando que: 1) a MMª. Juíza sentenciante condenou a ré a ressarcir aos autores o valor

de R\$ 9.374,36, referentes aos serviços que não foram utilizados; 2) a ré/apelante não concorreu para o ocorrido, tratando-se de caso fortuito; 3) houve negligência dos autores que não se utilizaram dos cofres disponibilizados pelos hotéis, pois é sabido que nos dias atuais qualquer cidadão está sujeito a passar por situações semelhantes; 4) de acordo com *voucher* colacionado nos autos, todos os telefones da seguradora foram disponibilizados; 5) consta no *voucher* que as informações são resumidas, e que os autores deveriam acessar o site da seguradora para obter mais informações; 6) como os apelantes não entraram em contato com a seguradora, a ré, de boa-fé, providenciou o retorno destes ao Brasil, arcando com as multas e diferenças tarifárias, razão pela qual não houve reembolso de qualquer quantia; 7) a ré não praticou nenhum ato ilícito para ser condenada à indenização por danos materiais, porque a culpa é exclusiva dos autores (CDC 14, § 3º II)⁴; 8) a seguradora está devidamente identificada, não cabendo à ré o ressarcimento da quantia pretendida pelos autores (CDC 13)⁵; 9) a ação deve ser julgada improcedente.

Sem razão a ré/apelante.

Pelas razões acima expostas, constatada a falha nos serviços da ré, ele deve ressarcir aos autores o valor integral do pacote turístico contratado, não sendo o caso de culpa exclusiva dos autores pelo retorno antecipado da viagem.

Portanto, nego provimento ao apelo da ré.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou provimento ao apelo dos autores, M. de L.P.C. e R.S.C., para declarar a falha nos serviços da ré, CVC Brasil Operadora e Agências de Viagens S.A., e condená-la ao ressarcimento do valor integral do pacote turístico adquirido pelos autores (R\$ 17.707,77), corrigido monetariamente pelo INPC e com juros de

4 CDC Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (...)

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

5 CDC Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

mora de 1% ao mês a partir da citação, sem o desconto da taxa de administração. De consequência, nego provimento ao apelo da ré.

Inverto o ônus da sucumbência.

É como voto.

Desa. Fátima Rafael (Revisora) – Com o Relator.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) – Com o Relator.

■ DECISÃO

Dar provimento ao apelo dos autores. Negar provimento ao apelo da ré. Unânime.

EMENTA

Ação de obrigação de não fazer. Ordem demolitória. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Alvará de construção. Ausência. Construção irregular. Correta ordem de demolição. Sentença mantida.

1. Não se deve deferir a produção de prova incapaz de modificar a sentença, eis que a prática de atos inúteis representa atraso na marcha processual.
2. O julgamento antecipado da lide não gera cerceamento de defesa em razão da não produção de prova pericial visando demonstrar que o imóvel encontra-se em área privada, em que há ocupação irregular há muito consolidada com destinação para moradia, visto que a discussão diz respeito à legalidade da atividade fiscalizadora da AGEFIS.
3. O Alvará de Construção é documento obrigatório para se iniciar construção, nos exatos termos do artigo 51 da Lei Distrital 2.105/08, e a sua ausência importa na ilegalidade da obra.
4. Não se tendo comprovado a regularidade da edificação, correto o exercício do poder de polícia da Administração Pública, com expedição de ordem demolitória da obra irregular.
5. Embora seja dever do Estado garantir a moradia dos indivíduos, não pode a Administração Pública aplicar a lei com finalidade diversa daquela para qual ela foi criada já que um dos princípios que norteiam a atuação administrativa é o da legalidade.
6. 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, Sebastião Coelho – Revisor, Gislene Pinheiro – 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), 6 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Recorre S.P. da S. da sentença proferida pelo juízo da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário, que na ação de obrigação de não fazer ajuizada em desfavor do Distrito Federal e da AGEFIS, julgou improcedente seu pedido, diante da iminência de demolição de construção em área pública, por não se enquadrar na legislação vigente, alegando a ocorrência de cerceamento de defesa pela não realização de perícia para determinar a dominialidade da área, o poder de polícia não ultrapassar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ser sua ocupação legal, que foram violados os direitos constitucionais da dignidade humana e do direito à moradia, e ser inconstitucional o artigo 178, §1º da Lei 2.105/98, violando o inciso LV do artigo 5º da CF, requerendo a sua reforma.

Sem preparo em virtude do deferimento da gratuidade de justiça às fls. 25.

Recurso recebido no duplo efeito (fls. 257).

Contrarrazões às fls. 259/282.

Determinei o encaminhamento dos autos ao eminente Desembargador Revisor. Este o relatório.

VOTOS

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Relator) – Conheço do recurso.

Analiso a preliminar de cerceamento de defesa.

Rejeito-a.

O julgamento antecipado da lide não gera cerceamento de defesa em razão da não produção de prova pericial requerida pelo recorrente, visando demonstrar que o imóvel encontra-se em área privada em que há ocupação irregular há muito consolidada com destinação para moradia, não modificaria a sentença, visto que a discussão diz respeito à legalidade da atividade fiscalizadora da AGEFIS.

Este o teor da sentença quanto à produção da prova:

“Considerando que as questões veiculadas na demanda são apenas de direito e que a prova documental juntada é suficiente à apreciação da matéria discutida, é prescindível a produção de prova testemunhal e pericial, pedidas, à fl. 95, até mesmo porque essas provas, ainda que tivessem relevância para o convencimento, não supririam a prova de construção regular sobre a área pública.”

Diz o 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.”

Ensina Vicente Greco Filho:

“A segunda parte do art. 130 é uma decorrência de poder do juiz de velar pela rápida solução do litígio. Deverá ele impedir que as partes exerçam a atividade probatória inutilmente ou com intenções protelatórias.”(In Direito Processual Civil Brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, 14ª edição, Volume I, pág. 228)”.

Ensina Vicente Miranda:

“A emissão de um juízo judicial de admissibilidade ou de inadmissibilidade deste ou daquele meio de prova funda-se na necessidade de serem evitadas provas inúteis ou desnecessárias ou protelatórias, que aumentariam os gastos do processo e retardariam seu normal desenvolvimento e conclusão.”

“Sistematizando a matéria, podemos afirmar que o juízo de admissibilidade da prova obedece a quatro condições: a previsão legal, a tempestividade, a necessidade e a idoneidade.” (In Poderes do juiz no processo civil brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1993, pág. 213).”

Logo, correto o indeferimento.

Passo ao mérito.

Correta a sentença.

Agindo a Administração Pública no exercício regular de seu poder de polícia, não há que se falar em nulidade de seus atos.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”

Desse modo, outra não poderia ser a finalidade dessa intervenção através do poder de polícia senão a proteção dos interesses coletivos, que denota estreita conotação com o próprio fundamento do poder, ou seja, se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restritiva do Estado, há de constituir alvo dela a proteção dos mesmos interesses. Este tem que se entendido em sentido amplo, para alcançar todo e qualquer aspecto, como o material, moral, cultural, ecológico etc.” (In Manual de Direito Administrativo, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, 15ª edição . pág. 64 e 70).”

A Lei Distrital 2.105/98, Código das Edificações do Distrito Federal, dispõe sobre a necessidade de autorização administrativa para a realização de obras em área urbana ou rural.

Diz a norma:

“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. (Artigo acrescido pela Lei 3.919, de 19/12/2006.)

O apelante não comprovou a permissão exigida para a utilização da área, razão pela qual não há qualquer ilegalidade a ser reconhecida na possibilidade de ato de demolição.

Inconstitucional não é o §1º do artigo 178 da Lei 2.105/98.

Este o seu teor:

"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."

Admite o dispositivo legal citado a possibilidade de demolição imediata quando a construção irregular ocorre em área pública, independentemente de prévia notificação do infrator e se adéqua à jurisprudência dominante neste Tribunal.

Confira-se:

"PROCESSO CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DESOCUPAÇÃO DE ÁREA DESTINADA A PROGRAMA DE REASSENTAMENTO DE FA-

MÍLIAS OCUPADA IRREGULARMENTE. DEMOLIÇÃO DE OBRA TIDA IRREGULAR. PODER DE POLÍCIA. REGULARIDADE DO ATO. DIREITO À MORADIA.

Em se tratando de ocupação clandestina de área destinada a programa governamental de reassentamento de famílias, a ordem de desocupação do imóvel, e de demolição de parte dele, se consubstancia em ato regular, imanente do exercício do Poder de Polícia, que goza dos atributos da autoexecutoriedade, discricionariedade e coercibilidade, permitindo ao Poder Público restringir direitos individuais quando em nome da proteção ao interesse público.

O direito constitucional à moradia não significa dizer que o Estado está obrigado a fornecer a toda e qualquer pessoa um terreno destinado à moradia, mas sim a implementar políticas públicas voltadas a atender a uma comunidade, por intermédio de planos habitacionais.

Apelo conhecido e não provido. (Acórdão 667923, 20120110987549APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/04/2013, Publicado no DJE: 16/04/2013. Pág.: 180)“

“PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO E CIVIL. ANULATÓRIA. INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA EXPEDIDA PELA AGEFIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DISTRITO FEDERAL. MANUTENÇÃO. IMÓVEL PÚBLICO. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. PODER DE POLÍCIA. DEMOLIÇÃO. OCUPAÇÃO RECENTE. MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. NÃO CABIMENTO.

1. Versando a lide sobre pedido de anulação de intimação demolitória expedida pela AGEFIS, autarquia sob regime especial, dotada, portanto, de personalidade jurídica própria, indiscutível a ilegitimidade passiva do Distrito Federal.

2. Age no regular exercício do poder de polícia o agente público que ordena a demolição do imóvel construído irregularmente, sem prévio licenciamento e alvará de construção.

4. Recurso improvido. (Acórdão 651084, 20120110470130APC, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Revisor: ANTONINHO LOPES, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/01/2013, Publicado no DJE: 07/02/2013. Pág.: 145)“

Embora seja dever do Estado garantir a moradia dos indivíduos, não pode a Administração Pública aplicar a lei com finalidade diversa daquela para qual ela foi criada. Isso porque um dos princípios que norteiam a atuação administrativa é o da legalidade.

Diz o artigo 37 da Constituição Federal:

“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.”

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: ‘a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.’

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo o preceito de Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder um direito que não esteja previsto em lei ou que seja uma exceção à norma.

Ensina Di Pietro:

“A Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos adminis-

trados; para tanto, ela depende de lei.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001. 13. ed. p. 68)

Portanto, se a parte não tem permissão para ocupar e construir, mostra-se correta a aplicação de sanção prevista no Código de Edificações do Distrito Federal em observância ao princípio da legalidade.

Diz a norma:

“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.”

Sobre o tema já me manifestei:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – ORDEM DEMOLITÓRIA – ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO – AUSÊNCIA – CONSTRUÇÃO IRREGULAR – SENTENÇA MANTIDA.

1 – O Alvará de Construção é documento obrigatório para se iniciar construção, nos exatos termos do artigo 51 da Lei Distrital 2.105/08, e a sua ausência importa ilegalidade da obra.

2 – Não se tendo comprovado a regularidade da edificação, correto o exercício do poder de polícia da Administração Pública, com expedição de ordem demolitória da obra irregular.

3 – Recurso conhecido e não provido.

(Acórdão 589894, 20110111745444APC, Relator LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, julgado em 24/05/2012, DJ 04/06/2012 p. 252).“

Também já se manifestou esta Corte:

“ADMINISTRATIVO. CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DEMOLIÇÃO. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. ATO ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM.

I – Em se tratando de imóvel público, em princípio, sobre ele não há posse de particulares, sendo a ocupação de natureza precária e caracterizada como mera tolerância do poder público, sendo a permanência considerada injusta porque originada de forma irregular, consistindo atuação abusiva e invasiva, erigindo-se em mera detenção.

II – A ação da AGEFIS ocorreu na defesa do patrimônio público, com fulcro no exercício do poder-dever da Administração de fiscalizar, com o fim de elidir a ocupação irregular de domínio público.

III – O direito à moradia previsto no art. 6º, caput, da Constituição da República de 1988, deve ser aplicado em harmonia com a política de desenvolvimento urbano regida pelo art. 182, também da Constituição.

IV – O artigo 4º da Lei 1.060/50 determina a suspensão da exigibilidade da cobrança dos honorários advocatícios para os beneficiários da gratuidade de justiça.

V – Apelo parcialmente provido. Unânime.

(Acórdão 648902, 20120110247728APC, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/01/2013, Publicado no DJE: 29/01/2013. Pág.: 167)“

Por estas razões, VOTO no sentido de REJEITAR a preliminar de cerceamento de defesa e NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Este o meu voto.

Des. Sebastião Coelho (Revisor) – Com o Relator.

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

■ DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento. Unânime.

EMENTA

Direito do consumidor e processual civil. Plano de saúde. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Tratamento de neoplasia maligna de testículo misto. Quimioterapia. Doença preexistente. Tratamento urgente. Ausência de exame prévio. Excludente de cobertura. Infirmação. Não comprovação. Procedimento acobertado. Fomento. Inexistência. Custeio. Necessidade. Dano moral. Apreensão e desconfortos. Caracterização. Compensação. Expressão pecuniária. Adequação honorários advocatícios. Ação condenatória. Adequação.

1. Enlaçando operadora como fomentadora de serviços de plano de saúde e o segurado como destinatário final das coberturas avançadas, inscrevendo-se o liame havido na dicção dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de plano de saúde emoldura-se como relação de consumo, sujeitando-se, pois, às regras protetivas derivadas do Código de Defesa do Consumidor, notadamente no que se refere à sujeição do avençado a exegese que se afigure mais consentânea com o objeto pactuado e com os direitos do segurado (CDC, art. 47).

2. Conquanto qualifique-se como contrato de adesão, o contrato de plano de saúde pode alcançar exceções às coberturas oferecidas, e, desde que não remanesça nenhuma dúvida acerca das exclusões de cobertura contempladas por terem sido redigidas de forma destacada ou impregnadas em cláusula específica e guardando conformidade com o enquadramento legal que é conferido aos planos de saúde, não se enquadrando as exceções nas coberturas que obrigatoriamente devem ser asseguradas, não se ressentem de abusividade, iniquidade ou ineficácia, devendo-lhes ser reconhecida eficácia como forma de ser resguardada a comutatividade do ajustado.

3. De acordo com o legislador de consumo, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em franca desvantagem ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade, presumindo-se exagerada a vantagem que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, emoldurando-se nessa previsão a regulação contratual que restringe tratamento prescrito ao consumidor beneficiário de plano de saúde para os tratamentos de emergência ou urgência (CDC, art. 51, inciso IV, e § 1º, inciso II).

4. Se invoca como estofa apto a eximi-la da cobertura à qual ficara jungida ao concertar o seguro a preexistência da doença que determinara o tratamento prescrito ao segurado em caráter urgente e emergencial, compete à operadora evidenciar que, no momento da contratação, se portara com má-fé ao omitir a existência da enfermidade, pois se a boa-fé é presumida, por estar impregnada e ser exigida de todos os atos e ações humanas, a má-fé deve ser comprovada, do que deflui que, não restando evidenciado que o consumidor se portara com má-fé por ocasião do concerto do ajuste e inserindo-se a doença dentro da álea ordinária da cobertura avençada, sobeja intangível a obrigação de a operadora custear o tratamento prescrito.

5. Consubstanciando o contrato de plano de saúde relação de consumo, a exata exegese da regulação que lhe é conferida deve ser modulada em ponderação com a destinação do contrato e com as coberturas oferecidas e almejadas pelo contratante, resultando na aferição de que, afigurando-se o procedimento indicado passível de ser enquadrado nas coberturas contratualmente asseguradas, contando com previsão instrumental, deve ser privilegiada a indicação médica em ponderação com as coberturas oferecidas ou com o que restara incontroverso dos autos, pois destinadas ao custeio dos tratamentos alcançados pelos serviços contratados mais adequados e condizentes com as necessidades terapêuticas do consumidor de acordo com os recursos oferecidos pelos protocolos médicos vigentes e com o caráter emergencial do tratamento indicado.

6. A negativa de cobertura em desconformidade com a regulação legal e desprovida de respaldo contratual traduz ilícito contratual que, redundando na sujeição do consumidor a constrangimentos, dissabores e situações humilhantes que refle-

tiram no seu bem-estar psicológico por ter sido manifestada quando padecia de grave enfermidade e necessitava a se submeter a tratamento em caráter urgente e emergencial por ter sido afligido por neoplasia invasiva, resultando em prejuízo para seu pleno restabelecimento, consubstancia fato gerador do dano moral, legitimando que seja agraciado com compensação pecuniária mensurada de conformidade com os efeitos que lhe advieram do havido mediante a ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

7. A compensação pecuniária derivada do dano moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento do ofensor e do próprio lesado em face do ilícito que o vitimara, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar alteração na situação financeira dos envolvidos, ensejando que seja ponderada tendo em conta esses parâmetros e os efeitos experimentados pelo ofendido.

8. Encerrando a ação pretensão de natureza condenatória e acolhido o pedido, os honorários advocatícios devidos aos patronos da parte autora como contrapartida pelos serviços que realizaram, ponderados os trabalhos efetivamente executados, o zelo com que se portaram, o local e tempo de execução dos serviços e a natureza e importância da causa, devem necessariamente ser mensurados em percentual incidente sobre o valor da condenação, ensejando que se revele adequada e razoável a mensuração da verba honorária no patamar mínimo, devendo, portanto, ser preservada porquanto se coaduna com a previsão legal (CPC, art. 20, §§ 3º e 4º).

9. Apelação conhecida e desprovida. 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, Flavio Rostirola – 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), 4 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela Sul América Seguro Saúde S/A em face da sentença¹ que, resolvendo a ação cominatória manejada por I.M.S. em seu desfavor, acolhera o pedido, e, ratificando o provimento antecipatório concedido, cominara-lhe a obrigação de arcar com as despesas médicas do tratamento indicado ao apelado e de lhe destinar, a título de danos morais derivados da negativa de cobertura, o importe de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), devidamente atualizado. Alfim, reconhecendo a sucumbência da apelante, debitara-lhe os encargos derivados da sucumbência, fixando os honorários advocatícios no percentual de 10% da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do estatuto processual.

Inconformada, a operadora do plano de saúde apelara² pugnando pela rejeição dos pedidos, ou, se o caso, pela redução do *quantum* compensatório e da verba honorária arbitrada. Como estofa da pretensão reformatória, renovara a argumentação que inicialmente formulara, acentuando que a negativa de cobertura que manifestara assentara-se na cláusula 9, itens 9.1 e 9.2 do contrato, tendo em vista a omissão, pelo apelado, de doença preexistente, cuja cobertura parcial e temporária ocorre após período de carência de 24 (vinte e quatro) meses, obstando que, diante disso, seja compelida a suportar os custos do tratamento quimioterápico com os medicamentos Ansetron, Bonar, Fauldcispla e Posidon durante o período de carência prescrito ao consumidor. Salientara, ademais, que a recusa de cobertura encontra assento nos artigos 1º e 3º da Resolução CONSU nº 02 e nos artigos 2º e 6º, da Resolução Normativa da ANS nº 162/07, de modo que, nos termos dos artigos 757 e 760 do Código Civil, deve responder apenas pelo pactuado.

Alegara, de outra parte, que, ainda que seja reconhecida indevida a recusa, o fato não ensejara dano moral e o *quantum* indenizatório não fora arbitrado com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a não ensejar o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Anotara, ainda,

1 Sentença, fls. 123/137.

2 Apelação de fls. 177/188.

que a verba honorária que lhe fora imposta também é excessiva, devendo, se preservada a resolução conferida ao mérito, ser reduzida.

O segurado, devidamente intimado, contrariara o apelo, pugnando pela manutenção do julgado objurgado³.

O apelo é tempestivo, está subscrito por advogado regularmente constituído, fora devidamente preparado e corretamente processado⁴.

É o relatório.

VOTOS

Des. Teófilo Caetano (Relator) – Cabível, tempestivo, preparado, subscrito por advogado devidamente constituído e corretamente processado, satisfazendo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conhecimento do apelo.

Cuida-se de apelação interposta pela Sul América Seguro Saúde S/A em face da sentença que, resolvendo a ação cominatória manejada por I.M.S. em seu desfavor, acolhera o pedido, e, ratificando o provimento antecipatório concedido, cominara-lhe a obrigação de arcar com as despesas médicas do tratamento indicado ao apelado e de lhe destinar, a título de danos morais derivados da negativa de cobertura, o importe de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), devidamente atualizado. Alfim, reconhecendo a sucumbência da apelante, debitara-lhe os encargos derivados da sucumbência, fixando os honorários advocatícios no percentual de 10% da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do estatuto processual. Inconformada, a operadora do plano de saúde apelara almejando a integral rejeição da pretensão originariamente aduzida e sua alforria da cominação que lhe fora imposta, inclusive no tocante à verba honorária, ou a minoração tanto do encargo que lhe fora imputado a esse título quanto do montante alcançado pela indenização assegurada ao apelado a título de danos morais.

3 Contrarrazões, fls. 114/149.

4 Instrumento de mandato e substabelecimentos, fls. 58/59 e 115/117 e guia de preparo, fl. 149.

Do aduzido afere-se que o cerne da controvérsia estabelecida entre as litigantes reside na aferição da legitimidade da recusa, por parte da apelante, de custear os medicamentos que foram prescritos ao apelado, em caráter emergencial, em face do risco iminente de morte que atravessava. Ressalve-se, desde logo, que se trata de paciente jovem, de apenas 41 anos de idade⁵, que fora surpreendido por “*neoplasia maligna de testículo misto, tumor de células germinativas, CID C62*”⁶, cuja progressão da doença poderia levá-lo à morte⁷. Alinhada essa ressalva, sobeja que a operadora do plano de saúde sustentara ser legítima a recusa ao fundamento de que a doença, por ser preexistente e não ter sido informada no ato da contratação firmada em 01/11/2012, não se enquadrara nas coberturas oferecidas.

Deduzidas essas premissas de fato, deve ser assinalado que, conquanto incontroverso que o relacionamento havido entre as litigantes qualifica-se como relação de consumo, afigurando-se inteiramente dispensável o alinhamento de quaisquer considerações acerca da emolduração da sua natureza jurídica ante esse fato e diante da irreversível evidência de que a apelante se emoldura como prestadora de serviços e o apelado, de seu turno, se enquadra como destinatário final dos serviços fomentados, inscrevendo-se o liame havido na dicção dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, as pretensões aduzidas devem ser elucidadas à luz do contrato que regula a relação entre eles estabelecida, observados os temperamentos derivados desse estatuto protetivo.

Aduzida essa ressalva, tem-se que os documentos coligidos aos autos comprovam que a médica assistente indicara, ante a imperiosa necessidade, o uso dos medicamentos indicados para coadjuvar o combate do agressivo câncer que acometera o apelado⁸. Para tanto, salientara que, conquanto tenha realizado a retirada do tumor, seria imprescindível complementar o tratamento com Ansetron, Bonar, Fauldcispla, Posidon, Antak, Decadron, Dramin, protocolo quimioterápico necessário a evitar a progressão da doença.

5 Documento, fl. 20.

6 Relatório médico, fl. 41

7 Relatório médico, fl. 41.

8 Relatórios médicos, fls.42/43.

Destarte, se a médica assistente explicitara a necessidade de realização do tratamento como imprescindível coadjuvante da ressecção do tumor, inclusive ressaltando tratar-se de tumor de alta malignidade, com risco iminente de morte, deve prevalecer a indicação médica, porquanto o médico é o profissional habilitado para, após o diagnóstico, selecionar o tratamento mais indicado ao paciente, de acordo com os protocolos estabelecidos para o desiderato. Com efeito, restando devidamente comprovada a indicação médica do tratamento quimioterápico individualizado, o que deve sobrepujar, na espécie, é o tratamento que melhor se adéque ao beneficiário do plano de saúde, de acordo com os recursos oferecidos pelos protocolos médicos vigentes e com as coberturas convencionadas.

Depurado que a indicação médica respaldara a realização do tratamento quimioterápico indicado e, ademais, que o tratamento prescrito ao apelado destinara a ilidir os efeitos e as manifestações, emergenciais, da grave enfermidade que o aflige e, em suma, a suprimir o risco de morte decorrente da neoplasia de alta malignidade que o acometera, impende assinalar que, ainda que haja a fixação de prazo de carência para o procedimento, a controvérsia resolver-se-á pelo cotejo da pretensão aviada com a legislação de regência da espécie. Partindo dessa premissa, constata-se que a Lei 9.656/98, que dispusera sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, modificada pela Lei 11.935/09, estabeleceu que é obrigatória a cobertura de atendimento médico nos casos de emergência, tal qual é o caso dos autos, em que a médica assistente destacara a gravidade do caso e o risco de morte⁹. A exegese do disposto no inciso I artigo 35-C da Lei em comento elide eventuais dúvidas sobre a cobertura do tratamento indicado ao apelado, consoante se pode observar, *verbis*:

“Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I – de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (...)”

Com efeito, se a médica assistente enquadrara o caso como grave, que ensejava risco de morte, a recusa de cobertura do tratamento afigura-se eivada de ilegalidade, porquanto a cobertura não decorrerá precisa, e exclusivamente, de pre-

9 Relatório, fls. 41/42.

visão contratual. Decorrera, ao revés, da própria legislação que regulamentara a espécie, sendo, por conseguinte, irrelevante perquirir sobre se tratar, ou não, de doença preexistente não informada. A obrigatoriedade de cobertura adviera da lei, de modo que, ainda que excluída pelo contrato ou o custeio dependesse da prévia informação sobre a preexistência da doença, a cobertura do protocolo quimioterápico complementar é medida que se impõe por força da própria lei que disciplinara a atuação dos planos de saúde.

Esses argumentos, aliás, encontram conforto nos entendimentos externados por esta egrégia Casa de Justiça ao enfocar questão similar, consoante asseguram os arestos adiante ementados:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. SEGURADO ACOMETIDO DE ENFERMIDADE CARDÍACA. TRATAMENTO PRESCRITO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE EMERGÊNCIA. IMPLANTE DE MARCAPASSO. DOENÇA PREEEXISTENTE. ALEGAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. EXCLUDENTE DE COBERTURA. INFIRMAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. PROCEDIMENTO ACOBERTADO. FOMENTO. INEXISTÊNCIA. CUSTEIO. REEMBOLSO. NECESSIDADE. DANO MORAL. APREENSÃO E DESCONFORTOS. CARACTERIZAÇÃO. COMPENSAÇÃO. EXPRESSÃO PECUNIÁRIA. ADEQUAÇÃO. OPERADORA E INTERMEDIADORA DA CONTRAÇÃO. SOLIDARIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. A apreensão de que, conquanto entabulado o contrato de plano de saúde mediante a intermediação de uma pessoa jurídica, o fomento das coberturas oferecidas estão afetadas à operadora de planos de saúde, via da sua rede de instituições e profissionais credenciados, individualizada nos instrumentos através dos quais foram formalizados o vínculo, ambas as empresas estão solidariamente obrigadas a fomentarem e assegurarem as coberturas convenionadas, revestindo-se ambas de legitimidade para ocupar a angularidade passiva da lide que tem como objeto a vindicação de cobertura contratada.

2. Enlaçando as operadoras como fomentadoras de serviços de plano saúde e o segurado como destinatário final das coberturas avençadas, inscrevendo-se o liame havido na dicção dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de plano de saúde emoldura-se como relação de consumo,

sujeitando-se, pois, às regras protetivas derivadas do Código de Defesa do Consumidor, notadamente no que se refere à sujeição do avençado a exegese que se afigure mais consentânea com o objeto do pactuado e com os direitos do segurado (CDC, art. 47).

3. Conquanto qualifique-se como contrato de adesão, o contrato de plano de saúde pode alcançar exceções às coberturas oferecidas, e, desde que não remanesça nenhuma dúvida acerca das exclusões de cobertura contempladas por terem sido redigidas de forma destacada ou impregnadas em cláusula específica e guardando conformidade com o enquadramento legal que é conferido aos planos de saúde, não se enquadrando as exceções nas coberturas que obrigatoriamente devem ser asseguradas, não se ressentem de abusividade, iniquidade ou ineficácia, devendo-lhes ser reconhecida eficácia como forma de ser resguardada a comutatividade do ajustado.

4. Conquanto legítima a fixação de prazo de carência para vigência das coberturas derivadas de plano de saúde, a condição deve ser pautada pelo legalmente estabelecido, não se afigurando viável sua fixação para as hipóteses de tratamento de urgência ou emergência em interstício superior ao legalmente autorizado, que é de 24 horas, consoante o estabelecido pelo legislador como forma de velar pela preservação do objetivado com a formalização do contrato (Lei 9.656/98, arts. 12, V, e 35-C), resultando que, transcorrido o interregno modulado, a operadora está obrigado a suportar as coberturas de tratamento de natureza emergencial ou de urgência.

5. De acordo com o legislador de consumo, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em franca desvantagem ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade, presumindo-se exagerada a vantagem que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, emoldurando-se nessa previsão a regulação contratual que restringe o prazo de internação do consumidor beneficiário de plano de saúde para os tratamentos de emergência ou urgência (CDC, art. 51, inciso IV, e § 1º, inciso II).

6. *Emergindo da regulação contratual e legal conferida ao fato que o atendimento derivado da necessidade de substituição do marcapasso do qual se vale o consumidor como indispensável à amenização da insuficiência cardíaca que o acomete como atendimento de emergência, o prazo de carência destinado ao custeio da integralidade da internação, inclusive em unidade de terapia intensiva, resta suplantado, obstando que a operadora se recuse a custear as despesas do tratamento médico-hospitalar do qual necessitara a paciente por ter sido realizado em caráter emergencial ou limite o tempo de internação necessário ao seu pleno restabelecimento.*

7. *Se invoca como estofo apto a eximi-la da obrigação indenizatória à qual ficara jungida ao concertar o seguro a preexistência da doença que determinara o tratamento almejado pelo segurado, compete à operadora evidenciar que o segurado se portara com má-fé ao omitir no momento da celebração do contrato a existência da enfermidade, pois se a boa-fé é presumida, por estar impregnada e ser exigida de todos os atos e ações humanas, a má-fé deve ser escorreitamente comprovada, do que deflui que, não restando evidenciado que o consumidor se portara com má-fé por ocasião do concerto do ajuste, inserindo-se a doença dentro da álea ordinária da cobertura avençada ante sua situação pessoal, sobeja intangível a obrigação de custear o tratamento prescrito.*

8. *Consubstanciando o contrato de plano de saúde relação de consumo, a exata exegese da regulação que lhe é conferida deve ser modulada em ponderação com a destinação do contrato e com as coberturas oferecidas e almejadas pelo contratante, resultando na aferição de que, afigurando-se o procedimento indicado passível de ser enquadrado nas coberturas contratualmente asseguradas, contando com previsão instrumental, deve ser privilegiada a indicação médica em ponderação com as coberturas oferecidas, pois destinadas ao custeio dos tratamentos alcançados pelos serviços contratados mais adequados e condizentes com as necessidades terapêuticas do consumidor de acordo com os recursos oferecidos pelos protocolos médicos vigentes.*

9. *A indevida recusa de cobertura de tratamento do qual necessitara o segurado por padecer de grave moléstia, a par de qualificar-se como inadimplemento contratual, irradia no consumidor angústia, desassossego, apreensão e*

insegurança, afetando seu equilíbrio emocional com inequívocos reflexos no seu já debilitado estado físico, maculando substancialmente os atributos da sua personalidade, consubstanciando, pois, fato gerador do dano moral, legitimando que seja contemplada com compensação pecuniária compatível com a gravidade do ilícito que a vitimara e com os efeitos que lhe irradiara.

10. A compensação pecuniária derivada do dano moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento do ofensor e do próprio lesado em face do ilícito que o vitimara, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar alteração na situação financeira dos envolvidos, ensejando que seja ponderada tendo em conta esses parâmetros e os efeitos experimentados pelo ofendido.

11. Apelações conhecidas. Desprovida a da ré e provida parcialmente a do autor. Unânime.”

(Acórdão 597857, 20110110328867APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/06/2012, Publicado no DJE: 26/06/2012. Pág.: 81).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RISCO À SAÚDE E À PRÓPRIA VIDA DO PACIENTE. COBERTURA. OBRIGATORIEDADE. OMISSÃO QUE GERA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS.

É obrigatória a cobertura do atendimento de urgência e emergência que implique risco imediato à vida ou à higidez física do paciente, independente do prazo de carência estabelecido no contrato (arts. 12 e 35-C da Lei 9.656/98.)

O extenso atraso imotivado da empresa de plano de saúde em cobrir atendimento médico emergencial enseja a compensação por danos morais, tendo em vista o abalo psíquico profundo originado do agravamento da aflição já vivenciada pela portadora da moléstia. Precedentes jurisprudenciais.”

(Acórdão 646407, 20100110152133APC, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/01/2013, Publicado no DJE: 18/01/2013. Pág.: 343)

“CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. COBERTURA PARCIAL TEMPORÁRIA. DOENÇA PREEEXISTENTE. ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA. CARÊNCIA. NEGATIVA DE COBERTURA. NULIDADE DAS CLÁUSULAS. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO. PARÂMETROS.

1. Diante da situação de emergência, com risco de lesões irreparáveis, inclusive o óbito, torna-se obrigatória a cobertura do atendimento, o qual deve abranger todos os procedimentos necessários ao afastamento do quadro de risco, sem limites de tratamento ou de tempo de internação, ainda que se trate de doença preexistente. Nesses casos, a carência cede ante a situação emergencial.

2. Os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com os critérios objetivos, sobretudo tomando em consideração a natureza da causa e o tempo de duração do processo.

3. Recurso parcialmente provido.”

(Acórdão 639819, 20110910115239APC, Relator: MÁRIO-ZAM BELMIRO, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/11/2012, Publicado no DJE: 10/12/2012. Pág.: 281) grifo nosso.

“APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. DOENÇA PREEEXISTENTE. CARÊNCIA. RECUSA INJUSTIFICÁVEL. DANO MORAL.

1. É da operadora do plano de saúde o ônus, do qual não se desincumbiu, de comprovar a existência de doença preexistente conhecida pelo consumidor.

2. Havendo urgência ou emergência, a carência contratual é de no máximo 24 horas.

3. A injustificada recusa da cobertura devida ao beneficiário do plano de saúde, dependendo das circunstâncias, pode ensejar dano moral. No caso, o autor corria risco de morte ou de lesão coronariana irreversível, sendo evidente que a recusa causou lhe significativo sofrimento e abalo psicológico que configuram dano moral.”

(Acórdão 693886, 20120310119149APC, Relator: FERNANDO HABIBE, Revisor: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/07/2013, Publicado no DJE: 19/07/2013. Pág.: 147) grifo nosso.

“PLANO DE SAÚDE – DOENÇA PREEEXISTENTE – NÃO CONFIGURAÇÃO – SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA – COBERTURA OBRIGATÓRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CORRERTO CRITÉRIO DE FIXAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA.

1 – Não tendo os exames solicitados por médico cirurgião relação com as doenças preexistentes declaradas pelo segurado no contrato firmado com a seguradora, correta a sentença que a condenou a autorizar a realização dos exames e procedimentos médicos adequados ao tratamento clínico do apelado.

2 – A Lei 9.656/98, que rege os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê que o prazo máximo de carência para casos de urgência é de 24 horas e, ainda, que é obrigatória a cobertura do atendimento em casos de emergência que impliquem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente.

3 – Demonstrando-se a situação de emergência por meio de declaração do médico assistente, devia a seguradora ter custeado o procedimento cirúrgico necessário.

4 – Para se fixar honorários advocatícios, quando inexistir condenação, necessário que se observe o determinado no artigo 20, parágrafo 4o, do CPC.

5 – Atendendo a fixação dos honorários os parâmetros contidos no art. 20, § 4º, do CPC, descabe falar-se em sua redução.

6 – Recurso conhecido e desprovido.”

(Acórdão 684513, 20110310303115APC, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/06/2013, Publicado no DJE: 19/06/2013. Pág.: 117) grifo nosso.

“APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. RETIRADA DE TUMOR. CARÊNCIA NÃO INCIDENTE. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. DANOS MORAIS. DEVIDOS. FIXAÇÃO.

A informação de que a parte já se submeteu a tratamento de câncer, no momento da contratação, por si só, não significa que a contratante do plano de saúde sabia que teria que se submeter à cirurgia para retirada de um tumor, antes de esgotado o prazo de carência.

Provado o estado de emergência, que implique risco de vida ou de lesões irreparáveis, a Lei 9.656/98 dispensa o cumprimento do prazo de carência, sendo obrigatória a cobertura do atendimento (art. 12, § 2º, I).

O STJ “vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada”. (REsp 1243632/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012).

Com relação ao dano moral, para a fixação do quantum devido, utilizo critérios gerais, como o prudente arbítrio, o bom senso, a equidade e a proporcionalidade ou razoabilidade, bem como específicos, sendo estes o grau de culpa da parte ofensora e o seu potencial econômico, a repercussão social do ato lesivo, as condições pessoais da parte consumidora e a natureza do direito violado.

Recurso de Apelação da autora parcialmente provido e da primeira ré não provido.”

(Acórdão 705509, 20120110943663APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 21/08/2013, Publicado no DJE: 27/08/2013. Pág.: 207)

O que sobreleva é que ressoa desprovido de razoabilidade que as coberturas avançadas condicionassem o custeio do tratamento quimioterápico do qual necessitava o apelado à prévia informação de doença preexistente, quando, inextinguivelmente, o tratamento indicado se reveste de natureza emergencial e, por ser dessa natureza, a cobertura decorrerá da própria legislação de regência, à qual se encontra submetida a própria estipulação contratual.

Do alinhavado infere-se que a argumentação deduzida pela apelante carece de verossimilhança, à medida que, ao contrário do que alegara, ainda que se tratasse de doença preexistente não informada na contratação, a cobertura afigurara-se imprescindível ao afastamento do risco de morte do apelado em decorrência da neoplasia que o acometera, e, ademais, encontra-se devidamente fixada pela norma de regência, notadamente em face do caráter emergencial do procedimento vindicado.

Conquanto a cobertura seja assegurada pela própria regra disposta no artigo 35-C, inciso I, da Lei 9.656/98, impende assentar a irrelevância do fundamento da apelante quanto à omissão de doença preexistente. Isto porque o argumento também não se afigura suficiente para afastar a cobertura postulada. Com efeito, em não tendo a operadora do plano de saúde o cuidado de exigir os exames clínicos sobre a condição clínica do contratante, os riscos originários da preexistência de doença passaram a integrar a álea natural do seguro.

Ora, se a seguradora não exigira do segurado a realização de exames médicos destinados à aferição do seu estado de saúde ou de portar doença crônica ou congênita passível de levá-lo a tratamento de saúde emergencial, optando pela formalização do ajuste e forrando-se a partir de então com as parcelas do plano de saúde avençado, rendendo ensejo ao aperfeiçoamento do seguro, assumira a operadora inteiramente os riscos das suas elipses. Ocorrido fato demandando cobertura, não é lícito à seguradora debitar ao segurado o ônus da sua omissão, negando-lhe o custeio do tratamento que lhe fora prescrito ou lhe imputar má-fé, alegando ter prestado declaração falaciosa ao omitir que era portador ou sofria de qualquer doença por ocasião da entabulação do contrato.

Dessas evidências deriva a constatação de que, além da cobertura inexoravelmente decorrer do inciso I do artigo 35-C da Lei 9.656/98, se a seguradora não exigira a prévia submissão do segurado a qualquer exame médico destinado à apuração do seu estado de saúde no momento da contratação do seguro, atraíra para si o ônus de, ocorrido o requerimento de custeio de tratamento de saúde, assegurar a cobertura sem qualquer inferência quanto à omissão da informação. E, recusando-se a suportar a cobertura à qual se obrigara, comprovar a coexistência de qualquer fato passível de isentá-la da obrigação de suportar a indenização avençada, ou comprovar que o consumidor portara com má-fé ao concertar o seguro me-

diante a omissão de doença que o afligia. Malgrado o ônus que lhe ficara afeto, a verdade é que a apelante não produziu qualquer documento apto a evidenciar que o apelado se portara com má-fé, viciando o ajuste, ao dissimular seu estado de saúde e induzi-la a erro por ocasião da contratação do seguro mediante cálculos atuariais que não levavam em consideração os riscos originários de qualquer doença que o afetava.

Dos argumentos alinhavados apura-se que, conquanto a apelante, ao concertar o seguro, não tenha se acautelado sobre o estado de saúde do apelado, assumira inteiramente os riscos originários das coberturas que oferecera, que passaram a integrar a álea natural do ajuste e das coberturas avençadas, notadamente ante o percentual de risco considerável de qualquer ser humano apresentar, independentemente da idade, neoplasia. Essa inferência torna-se ainda mais relevante ante a constatação de que a cobertura do tratamento do segurado restara conferida pela própria lei e a apelante não evidenciara que o segurado agira com má-fé ao omitir qualquer doença que o atingira e poderia determinar seu óbito. Os argumentos acima alinhados, inclusive, encontram conforto na tranquila jurisprudência da Corte Superior de Justiça, consoante asseguram os arestos adiante ementados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARÁTER EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE. ACLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. EXAME PRÉVIO. NECESSIDADE. DOENÇA PREEXISTENTE. CONHECIMENTO PELO SEGURADO. MÁ-FÉ. RE-EXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ.

1. A doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado quando houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado. Precedentes específicos.

2. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (EDcl no Ag 1162957/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 24/05/2011) grifo nosso.

"PLANO DE SAÚDE. OBESIDADE MÓRBIDA. GASTROPLASTIA. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. PRAZO DE CARÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. "O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do questionamento" (Súmula 356/STF).

2. A gastroplastia, indicada como tratamento para obesidade mórbida, longe de ser um procedimento estético ou mero tratamento emagrecedor, revela-se como cirurgia essencial à sobrevivência do segurado, vocacionada, ademais, ao tratamento das outras tantas comorbidades que acompanham a obesidade em grau severo. Nessa hipótese, mostra-se ilegítima a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica.

3. Ademais, não se justifica a recusa à cobertura de cirurgia necessária à sobrevivência do segurado, ao argumento de se tratar de doença preexistente, quando a administradora do plano de saúde não se precaveu mediante realização de exames de admissão no plano, sobretudo no caso de obesidade mórbida, a qual poderia ser facilmente detectada.

4. No caso, tendo sido as declarações do segurado submetidas à apreciação de médico credenciado pela recorrente, por ocasião do que não foi verificada qualquer incorreção na declaração de saúde do contratante, deve mesmo a seguradora suportar as despesas decorrentes de gastroplastia indicada como tratamento de obesidade mórbida.

5. *Recurso não provido.*" (REsp 980.326/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011) grifo nosso.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAMES. OMISSÃO DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA. INADMISIBILIDADE.

I – Consoante entendimento desta Corte, a seguradora que não exigiu exames médicos previamente à contratação não pode eximir-se do pagamento da indenização, sob a alegação de que houve omissão de informações pelo segurado.

II – É inviável em sede de recurso especial o reexame do acervo fático-probatório dos autos.

Agravo improvido.” (AgRg no Ag 1062383/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 15/10/2008) grifo nosso.

“AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. BOA FÉ E AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. RECUSA. ILÍCITA.DECISÃO UNIPES-SOAL. ART. 557, CPC.

- É lícito ao relator negar seguimento a recurso que esteja em descompasso com a jurisprudência do STJ.

É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a Seguradora não submeteu a segurada a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Precedentes.”

(AgRg no Ag 973.265/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 17/03/2008) grifo nosso.

O tratamento do qual necessitava o apelado, emoldurando-se como de caráter emergencial, obviamente que não podia ter a cobertura recusada, sobretudo considerando tratar-se de relação de consumo. De acordo com o preceituado pelo artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em franca desvantagem ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade, presumindo-se exagerada, na forma do disposto no § 1º, inciso II, desse mesmo dispositivo, a vantagem que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.

A situação emoldurada nos autos, por ser nitidamente emergencial, afasta a aplicação vazia, desguarnecida de sentido, das cláusulas contratuais, ensejando a prevalência do sentido teleológico da contratação de seguro saúde, ante a finalidade de assegurar direitos fundamentais inerentes à própria natureza do contrato, notadamente por estar a cobertura guarnecida pela própria lei de regência dos planos de saúde. Ora, o tratamento prescrito era acobertado pelas coberturas avençadas, encontrando contrapartida nas mensalidades vertidas pelo apelado, não se justi-

ficando que a operadora viesse a retardar seu fomento com lastro em exigências formais.

O que deve sobrepujar, na espécie, é o tratamento que melhor se adéqüe ao paciente do plano de saúde, de acordo com os recursos oferecidos pelos protocolos médicos vigentes e com o sentido teleológico da contratação de plano de saúde, e a urgência do seu fomento, pois os efeitos da enfermidade não esperam e têm evolução independente dos procedimentos burocráticos da operadora. Assim é que o que deve ser privilegiado é a preceituação médica, que, obviamente, fora pautada pelo estado de saúde do segurado e pelo que é mais indicado para o êxito do tratamento.

O corolário do aduzido é que, repisa-se, restara incontroverso dos autos a inexistência de disposição normativa e contratual infirmando e ilidindo a cobertura almejada, porquanto a apelante não refutara a cobertura com espeque no tratamento quimioterápico indicado ao apelado, mas apenas sob o fundamento de omissão de doença preexistente. Ante essa inferência, deve ser privilegiado o objetivado com o contrato em ponderação com a natureza que ostenta que é a proteção assegurada pelo legislador de consumo. Deve ser assinalado, ademais, que a própria argumentação desenvolvida pela apelante, implicando a formulação de fato elisivo da cobertura almejada, denuncia o interesse de agir do apelado, pois somente com a interseção judicial obtivera o custeio do tratamento do qual necessitava.

Esses argumentos, aliás, se conformam com o entendimento estratificado pela egrégia Corte Superior de Justiça, que assegura a cobertura dos procedimentos médicos, na forma recomendada e substancial ao tratamento do paciente, quando o procedimento, ainda que não esteja expressamente previsto no contrato firmado entre as partes, não seja expressamente excluído das coberturas asseguradas, já tendo aquele pretório, inclusive, declarado a nulidade de cláusulas contratuais que excluía da cobertura alguns materiais diretamente necessários ao procedimento cirúrgico recomendado ao contratado, conforme testificam os julgados adiante sumariados:

"AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA CARDÍACA. IMPLANTE DE MARCAPASSO. RECUSA INDEVIDA DA COBERTURA. DANO MORAL CONFIGURADO.

Em consonância com a jurisprudência pacificada deste Tribunal, a recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença.

Precedentes. Agravo improvido.” (AgRg no REsp 978.721/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 05/11/2008);

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA SECURITÁRIA. PRÓTESE NECESSÁRIA AO SUCESSO DA CIRURGIA COBERTA PELO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA. INCIDÊNCIA CDC. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica em repudiar a recusa de fornecimento de instrumental cirúrgico ou fisioterápico, quando este se encontrar proporcionalmente interligado à prestação contratada, como é o caso de próteses essenciais ao sucesso das cirurgias ou tratamento hospitalar decorrente da própria intervenção cirúrgica.

2. Encontrando-se o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento firmado nesta Corte Superior de Justiça, incide à hipótese o enunciado da Súmula 83/STJ, aplicável também ao recurso interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional. 3. Não tendo o agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag 1226643/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 12/04/2011);

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA EM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE QUE EXCLUI A COBERTURA DE PRÓTESES, ÓRTESES E MATERIAIS DIRETAMENTE LIGADOS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AO QUAL SE SUBMETE O CONTRATADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS. NÃO CONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 284 DA SÚMULA DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. A FALTA DO PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO NÃO

PREJUDICA O EXAME DO RECURSO ESPECIAL, UMA VEZ QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE É UNÍSSONA EM ADMITIR O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. O DIREITO À VIDA E À SAÚDE SÃO DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, MOTIVO PELO QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO É PARTE LEGÍTIMA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO DECLARAR A NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONSTANTES EM CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE QUE DETERMINAM A EXCLUSÃO DA COBERTURA FINANCEIRA DE ÓRTESES, PRÓTESES E MATERIAIS DIRETAMENTE LIGADOS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AO QUAL SE SUBMETE O CONSUMIDOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.” (AgRg no Ag 1088331/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 29/03/2010);

“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA MÉDICA. CABIMENTO.

1. *Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada – naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer –, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.*

2. *Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.*

3. *Recurso especial provido.* (REsp 1190880/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 20/06/2011);

O mesmo posicionamento é perfilhado por esta egrégia Casa de Justiça, consoante asseguram os arestos que estampam as seguintes ementas:

“PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. STENT. COBERTURA. DADOS MATERIAIS E MORAIS.

Não obstante a administradora de planos de saúde se tratar de fundação e não possuir fins lucrativos, submete-se às normas consumeristas, na medida em que, ao exercer uma atividade que envolve a prestação de serviços de assistência médica, amolda-se ao conceito de fornecedor de produtos e serviços previsto no artigo 3º da Lei 8.078/90. Outrossim, os associados da ASSEFAZ enquadram-se no conceito de consumidor estabelecido no artigo 2º do mesmo diploma legal, na medida em que adquirem e utilizam o plano de saúde contratado como destinatários finais.

A angioplastia, seguida da colocação de prótese “stent”, não se trata de procedimento estético ou de extravagância, mas sim de tratamento urgente para restabelecimento de função vital do paciente acometido de moléstia cardiovascular. Dessa forma, a negativa da administradora de plano de saúde em pagar o “stent” de que necessita o paciente para restabelecimento das atividades coronarianas equivale a negar o próprio atendimento médico contratado. Com efeito, de nada adianta cobrir os custos referentes aos honorários médicos e todo o procedimento da angioplastia, se a prótese, cuja implantação se mostra imprescindível para a desobstrução da artéria do paciente, não for custeada pelo plano de saúde.

A negativa de cobertura do implante “stent”, por envolver cirurgia coronária com risco de morte, gera angústia e dor psicológica ao paciente, em virtude da incerteza sobre o tratamento da patologia cardíaca sofrida, mostrando-se suficiente para causar lesão aos direitos da personalidade do paciente, e, portanto, gerar dano moral indenizável.

Apelos principal e adesivo conhecidos e não providos.” (Acórdão 346589, 20070110780003APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 11/03/2009, DJ 18/03/2009 p. 125);

“TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. PAGAMENTO DE CIRURGIA CARDÍACA. MEDIDA URGENTE. DEFERIMENTO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEEXISTENTE. QUESTÃO NÃO COMPROVADA. NOME DO BENEFICIÁRIO DIFERENTE DO NOME CONSTANTE DO PRONTUÁRIO MÉDICO. ERRO MATERIAL QUE NÃO EXCLUI A OBRIGAÇÃO DA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO.

1. A alegação da empresa prestadora de serviço de que o beneficiário do Plano de Saúde não teria direito à cobertura do tratamento cirúrgico requerido, porque a doença apresentada era preexistente à admissão ao plano, não será acolhida no caso de desacompanhada de prova substancial em tal sentido, sobretudo quando se constata que no contrato de admissão ao Plano de Saúde não foi feita nenhuma observação a respeito de doença preexistente.

2. O fato de o nome do beneficiário não conferir com o nome que foi registrado no prontuário médico, relativo ao seu atendimento, não retira a obrigação da empresa prestadora do serviço de custear o tratamento cirúrgico requerido, visto que pela simples leitura dos documentos constantes nos autos observa-se que se trata da mesma pessoa, e que a divergência de nomes é resultado de mero erro material.

3. O risco de dano irreparável ou de difícil reparação que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto, atual e grave, e, no caso, a demora do julgamento da ação de reparação de danos proposta pelo beneficiário contra a empresa prestadora de serviço poderia significar a não realização imediata da cirurgia cardíaca, o que colocaria em risco a vida do beneficiário.

4. Existindo, pois, prova inequívoca do direito e verossimilhança da alegação, correta é a decisão que antecipa os efeitos da tutela pretendida, consoante o disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil.” (Acórdão 166720, 20020020034180AGI, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 4ª Turma Cível, julgado em 21/10/2002, DJ 05/02/2003 p. 46)

“DIREITO CIVIL, DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. ASSISTÊNCIA MÉDICA. CIRURGIA CARDÍACA. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM RELAÇÃO AOS INTERESSES ECONÔMICOS DEFENDIDOS PELA EMPRESA PRIVADA DE PLANO DE SAÚDE.

1. Adequada a concessão de antecipação de tutela em ação declaratória de nulidade de cláusula c/c obrigação de fazer na qual pretende o consumidor acesso à assistência médica contratada, atendidos os requisitos do art. 273 do CPC.

2. As próteses ligadas a ato cirúrgico não podem ser excluídas da cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar dos planos e seguros privados de assistência à saúde, ex vi do inciso VII do art. 10 da Lei 9.656/98.

3. Entre a defesa da vida – e da própria dignidade humana – e o interesse econômico da prestadora de serviços, o direito ampara o primeiro bem jurídico, que se encontraria, caso contrário, sob sério risco de dano irreparável e irreversível.

4. A irreversibilidade econômica não constitui, por si, óbice à antecipação da tutela, pois, “caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor, ed. RT, 5ª edição, p. 735).

5. Recurso conhecido e não-provido. Unânime.” (Acórdão 165555, 20020020053068AGI, Relator WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 14/10/2002, DJ 19/03/2003 p. 70);

Apurada a subsistência de imperativo normativo e de lastro contratual aptos a ensejar a cobertura emergencial almejada sob a forma de custeio e/ou de reembolso de parcela do tratamento, notadamente pela irrelevância do fundamento consubstanciado na omissão de preexistência de doença, declinado pela apelante para recusar a cobertura, o tratamento indicado ao apelado, por ter caráter nitidamente emergencial, ante o informado risco de morte do paciente, deve ser fomentado pela operadora, sob a forma de custeio e/ou de reembolso¹⁰, pois nitidamente inserido nas coberturas avançadas.

10 Relatório médico, fls. 41/42.

Outrossim, apurada a subsistência de lastro contratual apto a ensejar a cobertura almejada sob a forma de fornecimento de tratamento, a recusa da apelante quanto ao custeio dos medicamentos que foram recomendados ao apelado extrapolara sua qualificação como simples descumprimento contratual. Ao ficar desprovido do custeio do tratamento indicado para o tratamento do tumor de células germinativas que o acometera, ante a recusa da operadora em autorizar o custeamento dos medicamentos reputados necessários para o êxito do tratamento prescrito, o apelado experimentara sentimentos de angústia, humilhação, frustração e insegurança, sobretudo considerando o grau de malignidade do tipo de neoplasia que o acometera. Afetando o descumprimento contratual os direitos da personalidade do apelado, vez que é óbvio que, acometido de câncer de alta malignidade e com risco iminente de morte, a recusa do custeio do tratamento na forma prescrita causara-lhe, inexoravelmente, angústia e dissabor e ensejara-lhe apreensão, frustração, humilhação e insegurança. Transmutara-se, por conseguinte, em fato gerador do dano moral, legitimando que seja agraciado com justa retribuição pecuniária destinada a compensá-lo pelos dissabores, aflições e contratempos que lhe advieram em momento que atravessava grave problema de saúde, estando, pois, fragilizado física e emocionalmente.

Ora, são impassíveis de questionamento e insofismáveis a angústia, os constrangimentos, aborrecimentos e dissabores que experimentara o apelado quando, acometido de neoplasia de testículo de alta malignidade cujo tratamento incluía sua submissão a sessões de quimioterapia, fora sujeitado à recusa manifestada pela apelante quanto ao fornecimento dos medicamentos dos quais necessitava de acordo com a prescrição médica justamente para submissão ao tratamento prescrito. A recusa do custeio dos medicamentos manifestada pela apelante, determinando que o apelado, como forma de obtenção do avençado no contrato de plano de saúde, se valesse da via judicial, provocara indelével cicatriz no âmago do apelado, impingindo-lhe, inexoravelmente, abatimento moral e psicológico, vez que o custeio do procedimento que lhe fora prescrito fora pautado pelo custo que alcançava, e não pelo efeito terapêutico dele esperado.

Ademais, os efeitos derivados da recusa havida sobrepujam os fatos inerentes à vida em sociedade e passíveis de serem enquadrados como simples transtornos e aborrecimentos. É que o apelado não experimentara simples desconforto ou cha-

teação proveniente da negativa de fornecimento de medicamentos manifestada pela apelante. Experimentara as aflições, angústias, contratempos e humilhações derivadas da circunstância de que, conquanto acometido de carcinoma de alta malignidade e com risco iminente de morte, a operadora do plano de saúde que a beneficiava decidira se recusar a custear o tratamento que lhe fora prescrito em sua integralidade. A negativa de indenização do custeio dos medicamentos imposta consubstanciara, portanto, tratamento ofensivo e desconforme com o princípio da dignidade humana, determinando o havido à caracterização do dano moral.

Deve ser assegurada ao apelado, pois, uma satisfação de ordem moral, que não constitui, como é cediço, um pagamento da dor, pois que esta é imensurável e impassível de ser ressarcida, mas representa a consagração e o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, do valor inestimável e importância desse bem, que deve ser passível de proteção tanto quanto os bens materiais e interesses pecuniários que também são legalmente tutelados. E isso se verifica porque a prova do dano, na espécie, se satisfaz com a demonstração dos fatos que teriam ensejado-o e qualificaram-se como sua origem genética, pois não há como se negar a angústia, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo, os transtornos e as situações vexatórias provocados pela recusa manifestada pela apelante.

Diante do realce conferido à proteção dos direitos individuais pelo legislador constituinte, os enunciados constantes do artigo 5º, inciso X, da vigente Constituição Federal, sepultando controvérsias até então reinantes, içaram à condição de dogmas constitucionais a possibilidade do dano moral derivado de ofensa à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ser indenizado. A novidade decorrente desse dispositivo é a introdução do dano moral como fato gerador do direito à reparação, pois não integrava a tradição do nosso direito a indenização material do dano puramente moral.

O que é relevante é que, em conformação com o consignado naquele dispositivo constitucional, a responsabilidade civil derivada de ofensa à integridade física, moral ou à imagem de qualquer pessoa adquirira outro patamar, uma vez que o cabimento da indenização já não depende da caracterização ou ocorrência de qualquer prejuízo material efetivo, bastando, para sua caracterização, tão somente a ocorrência do ato lesivo e seu reflexo na personalidade do ofendido. E não se trata, ressalte-se, de pagar a dor do lesado, ainda que não tenham enfrentado

qualquer desfalque patrimonial, mas, em verdade, de outorgar-lhe uma compensação pecuniária como forma de atenuar as dores que lhe foram impregnadas pela ação lesiva do agente, que, na espécie em cotejo, consubstanciara-se na indevida recusa do custeamento dos medicamentos reputados imprescindíveis para êxito do tratamento médico do qual necessitara o apelado. Nesse sentido, já decidira o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo. 2. Agravo Regimental improvido.” (AgRg no AREsp 148113/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012);

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL A GERAR DANO MORAL INDENIZÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA NÃO APROVAÇÃO DO MEDICAMENTO PELA ANVISA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A recusa injustificada de Plano de Saúde para cobertura de procedimento médico a associado, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capazes de gerar dano moral indenizável. Precedentes. 2. As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1253696/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 24/08/2011);

Outro não é o entendimento desta Casa de Justiça, conforme se pode inferir dos arrestos a seguir ementados:

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR – CONTRATOS DE SEGURO – PLANO DE SAÚDE – MEDICAMENTO AVASTIM – COBERTURA – OBRIGATORIEDADE – RECUSA – ATO ILÍCITO – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. Não há cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide quando existem nos autos elementos de prova suficientes para elucidar a questão e formar a convicção do magistrado.

2. Cláusulas que impedem o fornecimento de serviços/medicamentos inerentes à natureza do negócio são nulas de pleno direito.

3. O rol de procedimentos obrigatórios a serem cobertos pelas seguradoras de saúde previsto na Resolução Normativa 211, da Agência Nacional de Saúde, é exemplificativo.

4. A operadora de plano de saúde pratica ato ilícito ao recusar-se a custear tratamento médico do paciente mesmo diante de laudo médico fornecido por especialista na área.

5. Caracterizado o ato ilícito, os danos morais sofridos pelo paciente devem ser indenizados.

6. Embora a demonstração da dor encontre-se na esfera de subjetividade da vítima, não há dúvida de que permanecer internado à espera de autorização da operadora de saúde para ser tratada de um câncer com metástase gera angústias e abalos físicos e psicológicos ao paciente.

7. Para o arbitramento do valor da indenização por danos morais devem ser levados em consideração o grau de lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de se fixar uma quantia moderada (no caso, R\$ 5.000,00).

8. Negou-se provimento ao apelo do autora." (Acórdão 601282, 20110112323260APC, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 27/06/2012, DJ 06/07/2012 p. 121)

"DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. PROCEIMENTO COBERTO PELO PLANO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. *As relações entre as administradoras de planos de saúde e seus participantes estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, ainda que o plano seja operado por fundação de previdência complementar, na modalidade de auto-gestão.*

2. *A negativa de cobertura de tratamento médico previsto em contrato de plano de saúde, em momento delicado da vida do consumidor, gera uma angústia que desborda o mero inadimplemento contratual, mormente quando se trata de pessoa idosa, mostrando-se cabível a indenização por danos morais.* 3. *Para a fixação do quantum debeat a título de indenização por danos morais, cabe ao magistrado pautar sua avaliação levando em conta a capacidade patrimonial das partes, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa do réu para a ocorrência do evento, justificando-se a manutenção do valor arbitrado quando observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.* 4. *Recurso de Apelação e Recurso Adesivo conhecidos e não providos.” (Acórdão 580881, 20110110089757APC, Relator NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, julgado em 18/04/2012, DJ 26/04/2012 p. 107).*

Do aduzido emerge a irreversível evidência de que na hipótese se divisam nitidamente a presença dos pressupostos necessários para que o apelado mereça compensação pecuniária compatível com as ofensas que foram direcionadas à sua dignidade pela angústia, percalços, transtornos, vexames e dissabores que experimentara em decorrência da postura da apelante de negar o custeio do tratamento do qual necessitava. Apurado, então, o ilícito praticado pela apelante, que consistia na indevida negativa de custear a aquisição dos medicamentos necessários para o tratamento a que se submetera o apelado, o dano, que é representado pelas ofensas direcionadas aos atributos da personalidade do ofendido, consubstanciando-se nos dissabores, transtornos, humilhações e aborrecimentos que experimentara em decorrência de ter sido tratado com menosprezo no momento em que padecia dos sofrimentos provenientes do mal que o afetava, o nexo de causalidade jungindo o proceder da ofensora às lesões intrínsecas experimentadas pelo ofendido, e, por fim, a irreversível culpabilidade da apelante, restam caracterizados todos os pressupostos para a geração da obrigação de compensar os danos que provocara, pois aperfeiçoara-se o silogismo delineado pelo artigo 186 do Código Civil para que o dever de indenizar resplandeça.

Caracterizada a subsistência do dano moral, assistindo ao apelado o direito de ser contemplado com compensação pecuniária consonante com sua extensão e gravidade, resta a ser depurada a adequação da quantia que se coaduna com o havido. Como é cediço, a mensuração da compensação pecuniária devida ao atingido por ofensas de natureza moral deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em conformação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento do ofensor, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar uma alteração na situação financeira dos envolvidos nem tão inexpressivo que redunde em uma nova ofensa ao vitimado pelo ilícito. Esses parâmetros, o que decorre da sua própria gênese, são de natureza eminentemente subjetiva, caracterizando matéria tormentosa para os juízes e tribunais, pois os atributos da personalidade humana não são tarifados e o arbitramento da compensação sujeita-se, então, à influência da avaliação subjetiva de cada julgador, o que, aliás, reflete a própria dialética do direito.

Alinhados esses parâmetros afere-se que, levando-se em conta as circunstâncias que envolveram a recusa manifestada pela operadora e os efeitos que irradiara, que não chegaram a redundar na impossibilidade de realização tratamento quimioterápico de que necessitara o apelado, ensejando, contudo, angústia, humilhação, frustração e transtorno, ante a demora da apelante, que somente efetivara a autorização para o procedimento após a propositura desta ação, afere-se que a importância fixada originalmente – R\$ 8.000,00 (oito mil reais) – afigura-se condizente com o ilícito contratual havido e com as consequências que ensejara. Diante dessas inferências, a importância individualizada afigura-se conforme os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e guarda consonância com os objetivos nucleares da compensação originária do dano moral, resultando que a sentença, quanto ao ponto, deve também ser preservada.

É que a compensação destina-se a conferir um lenitivo ao apelado de forma a lhe ser assegurado um refrigério pelas ofensas morais que experimentara e sancionar a ofensora pelo seu desprezo para com o direito alheio e para com as próprias obrigações que lhe estão destinadas na condição de prestadora de serviços. Aliás, não pode ser desprezado, também, seu caráter pedagógico e profilático, que tem

como escopo admoestar o ofensor e levá-lo a repensar sua forma de atuação e seus procedimentos administrativos objetivando coibir a reiteração de atos idênticos.

Alfim, sobeja a ser aferido tão somente se os honorários advocatícios que restaram debitados à apelante foram mensurados de acordo com os parâmetros legalmente estabelecidos. De acordo com o estabelecido pela sentença, acolhido o pedido, as verbas sucumbenciais foram debitadas à apelante, ficando os honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor alcançado pela condenação. Fixada a verba honorária em percentual incidente sobre o valor da condenação, não merece alteração, tendo em vista que fora balizada no patamar mínimo indicado pelo legislador. Essa circunstância enseja, então, a constatação de que a verba honorária efetivamente não poderia ser mensurada em percentual aquém do mínimo fixado pelo legislador, sob pena de violação ao legalmente apregoado, e de apenar o apelado e contemplar seu patrono com retribuição desconforme com os parâmetros legalmente estabelecidos (CPC, art. 20, § 3º).

Alinhavadas essas considerações afere-se que o apelo deve ser inteiramente desprovido, vez que, aliado ao fato de que restara caracterizado o inadimplemento contratual da operadora, o fato afetara o equilíbrio emocional do apelado, transmutando-se em fato gerador do dano moral e legitimando sua contemplação com a importância que restara aferida a título de compensação pelo dano moral que sofrera. Há que ser assinalado que a compensação assegurada deve ser atualizada a partir do arbitramento e ser acrescida dos juros de mora a partir da citação, pois se trata de obrigação contratual e esse fato demarcara a mora.

Esteado na argumentação delineada, nego provimento ao apelo, mantendo intacta a sentença.

É como voto.

Desa. Simone Lucindo (Revisora) – Com o Relator.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer e negar provimento, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2013071031246-3

Relator – Des. Flavio Rostirola

Primeira Turma Cível

EMENTA

Civil e processo civil. Reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva. preliminar de não conhecimento. interesse recursal. Cassação. *Error In judicando*. Inadequação do pedido. Excessivo formalismo. Partilha de imóvel. Financiamento anterior à união estável. Parcelas pagas durante o período de convivência. Desconsideração da valorização imobiliária. Alegação de sub-rogação pelo réu. não comprovação. honorários. Relevância da causa e grau de zelo do patrono.

1. O reconhecimento acerca da existência da união estável por ocasião da apresentação da peça de contestação não elide o direito de discutir os efeitos patrimoniais decorrentes do reconhecimento do vínculo, estando presente o interesse recursal para discutir os reflexos patrimoniais da dissolução da união estável.

2. O não conhecimento do recurso, somente em razão do equívoco entre o pedido de reforma ou de cassação do *decisum* caracteriza excessivo formalismo, sobretudo, quando exsurge do recurso apelatório manifesta intenção de reformar a sentença.

3. A fidelidade, embora consubstancie um dos deveres da união estável, não consiste em requisito essencial para o reconhecimento da entidade familiar, tampouco interfere nas regras do regime de bens.

4. Firmado financiamento do imóvel antes da convivência ensejadora da união estável, a importância a ser partilhada limita-se às prestações pagas durante o período de convivência, não se computando a valorização imobiliária do imóvel, sob pena de enriquecimento ilícito.

5. Não havendo prova em sentido contrário, presume-se a aquisição do bem mediante o esforço comum, mormente pelo regime de bens adotado entre os litigantes.

tes – comunhão parcial de bens –, e a ausência de prova cabal da sub-rogação de bens.

6. Considerando-se o grau de zelo do patrono e a importância da causa, envolvendo interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, objetivando o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, impõe-se a majoração dos honorários arbitrados, a fim de prestigiar, com razoabilidade, o trabalho exercido pelo causídico.

7. Rejeitaram-se as preliminares de não conhecimento do recurso. Deu-se parcial provimento ao apelo do Réu. Deu-se parcial provimento ao recurso do Autor.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Flavio Rostirola – Relator, Teófilo Caetano – Revisor, Simone Lucindo – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer dos apelos, rejeitar a(s) preliminar(es) e, no mérito, dar parcial provimento a ambos, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por C.A.T. e L.F.B. contra a r. sentença de fls. 374-379 verso que, em ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens, julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

“Diante dos argumentos expostos, julgo parcialmente procedente o pedido principal para declarar a existência e dissolução de união estável entre as partes no período de 27/09/2007 a 30/08/2009. De outro lado, julgo parcialmente procedente o pedido e determino a partilha dos seguintes bens: 1. do imóvel descrito como Apartamento XXXX e vagas de garagem 108-2º SS, 109-2º SS e 110-2º SS, Lote XX, Rua XX Norte, Águas Claras, Taguatinga/DF,

no percentual de 28,80% para o requerente e 71,20% para o requerido; 2. das prestações adimplidas durante a convivência, relativamente ao título da Associação dos Amigos do Encontro das Águas (fl. 305/306), à razão de 50% para cada parte, incidindo correção monetária desde a data do efetivo pagamento de cada parcela, valor a ser calculado em procedimento de liquidação de sentença; 3. do valor de R\$ 32.500,00, referente à venda do veículo Peugeot 307, ano 2007/2008, placa XXX XXXX, à razão de 50% para cada parte, corrigido monetariamente desde a data de 04/09/2009 (data da alienação). Julgo improcedente o pedido de partilha dos bens que guarneciam a residência do casal. Declaro de exclusiva propriedade do requerente as cotas sociais de que é titular na empresa Solution Publicidade e Representações LTDA., CNPJ 12.246.485/0001-51. Declaro a obrigação de o requerido ressarcir o requerente pelo uso exclusivo do imóvel comum descrito como Apartamento XXXX e vagas de garagem n.108-2º SS, 109-2º SS e 110-2º SS, Lote XX, Rua XX Norte, Águas Claras, Taguatinga/DF, mediante o pagamento de aluguel mensal na proporção do quinhão cabível ao requerente sobre este imóvel, desde a data final da união estável (30/08/2009) e até que cesse o condomínio, cujo valor deverá ser arbitrado em sede de procedimento de liquidação de sentença. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus respectivos advogados. Custas 'pro rata'. Após o trânsito em julgado, expeça-se Formal de Partilha, dê-se baixa e arquivem-se. P.R.I."

Em suas razões recursais (fls. 398-403), o Autor aduz que haveria sucumbido minimamente do pedido e postula alteração da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Fundamenta seu pleito na suposta relevância da atuação do nobre causídico, que haveria interposto Recurso Especial e Recurso Extraordinário, objetivando o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, cuja ação deveria tramitar em uma das Varas de Família da Circunscrição Judiciária de Taguatinga-DF.

Preparo à fl. 405.

Contrarrazões às fls. 425-428, pelo não provimento do apelo.

Por sua vez, o Réu recorre às fls. 410-421, com preparo à fl. 423. Defende que o Autor não haveria contribuído financeira e emocionalmente para a formação do

patrimônio adquirido na constância da união estável. Insurge-se quanto à presunção de esforço comum para formação do patrimônio, sob o argumento de que o Autor haveria faltado com o dever de lealdade e respeito, o que descaracterizaria o esforço mútuo para a construção do patrimônio do casal.

Pugna, ao final, pela reforma da r. sentença para excluir o Autor da partilha dos bens e afastar a condenação ao pagamento de aluguéis. Subsidiariamente, no que diz respeito ao imóvel, aduz que o importe a ser partilhado deveria ser calculado sobre o valor da aquisição do bem, discordando do comando sentencial que determina a partilha das prestações acrescidas da valorização imobiliária. Quanto ao veículo Peugeot 307, ano 2007/2008, requer, subsidiariamente, seja reconhecido como de patrimônio exclusivo do Réu, aplicando-se o instituto da sub-rogação em relação aos bens particulares que possuiria em período anterior à união estável.

Contrarrazões às fls. 432-441, em que o Autor suscita preliminar de não conhecimento do recurso, diante da suposta ausência de interesse recursal do Réu, sob o fundamento de que o reconhecimento acerca da existência da união estável por ocasião da apresentação da peça de contestação elidiria o direito de discutir os efeitos patrimoniais decorrentes do reconhecimento do vínculo.

De igual modo, suscita preliminar de não conhecimento do apelo. Aduz que o pedido de cassação da sentença mostrar-se-ia equivocado, diante da suposta inexistência de *error in procedendo*.

Sem manifestação do ilustre membro do Ministério Público, em razão da recomendação 16/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público, que estabelece não ser necessária a intervenção do órgão em processos cíveis relacionados à partilha de bens (fls. 449-450).

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) –

DAS PRELIMINARES

I – Da preliminar de não conhecimento do recurso do Réu – ausência de interesse recursal

Em suas contrarrazões ao recurso do Réu, o Autor suscita preliminar de não conhecimento do recurso, diante da suposta inexistência de interesse recursal do Réu, sob o fundamento de que o reconhecimento acerca da existência da união estável por ocasião da apresentação da peça de contestação elidiria o direito de discutir os efeitos patrimoniais decorrentes do reconhecimento do vínculo.

No entanto, ao compulsar o recurso apelatório do Réu, fls. 410-421, extrai-se que a insurgência recursal não diz respeito ao reconhecimento da união estável. Ao contrário, o Réu devolve à instância recursal questões atinentes à partilha de bens, debruçando-se tão somente acerca de questões patrimoniais.

Havendo sucumbência quanto aos aspectos patrimoniais, mostra-se evidenciado o interesse recursal.

REJEITO, pois, a preliminar de não conhecimento do recurso do réu.

II – Da preliminar de não conhecimento do recurso do Réu – ausência de *error in procedendo*.

De igual modo, o Autor suscita, preliminarmente, a impossibilidade de conhecimento do recurso do Réu, aduzindo que o pedido de cassação da sentença reputar-se-ia equivocado, diante da suposta ausência de *error in procedendo*.

Ao analisar os autos, constato que o objeto do recurso do Réu pauta-se em suposto *error in judicando*. Com efeito, o Réu deveria ter postulado a reforma da r. sentença, porquanto não alega que o augusto Magistrado sentenciante haja incorrido em *error in procedendo*, não se justificando o pedido de cassação da sentença.

Entretanto, o não conhecimento do recurso, somente em razão do equívoco entre o pedido de reforma ou de cassação do *decisum* caracterizaria excessivo formalismo, sobretudo, porque exsurge do recurso apelatório do Requerido manifesta intenção de reformar a sentença.

Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, previstos nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, deve haver necessária correlação entre o pedido/

causa de pedir e o provimento judicial, sob pena de nulidade por julgamento *citra*, *extra* ou *ultra petita*.

Dessa forma, o artigo 128 da Lei Processual Civil impõe ao julgador decidir a lide nos limites em que foi proposta, consagrando o princípio processual da adstrição, que só pode ser afastado pela própria lei. No âmbito recursal, é o recorrente que fixa os limites do efeito devolutivo do recurso.

Todavia, compreende-se no pedido o que logicamente dele decorre. Nessa ordem de ideias, não deve o julgador desconsiderar os pedidos implícitos e os formulados por invocação na peça recursal.

Portanto, o pedido consubstancia aquilo que se pretende com a interposição do recurso e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na peça recursal, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não apenas aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica “dos pedidos”¹.

Ademais, mesmo que se faça uma leitura restrita do pedido, é dado ao Juiz deferir pretensão que, conquanto não formulada expressamente, represente um *minus* em relação ao que perseguido, e exatamente por essa razão, esteja compreendida no pedido maior apresentado.

Na hipótese, analisando-se detidamente o apelo do Réu, nota-se que o pleito recursal fundamenta-se no inconformismo em relação à partilha de bens promovida na r. sentença recorrida. Insurge-se, pois, quanto a suposto *error in judiciando* do nobre Julgador monocrático.

Permito-me transcrever os seguintes trechos do recurso apelatório do Réu que, a meu sentir, elucidam a questão:

“Portanto, requer desde já a improcedência da aplicação da construção jurisprudencial a respeito do esforço comum na aquisição do patrimônio do casal, visto que o autor nunca preencheu os requisitos que a teoria requer, sendo que nunca houve por parte do autor qualquer tipo de cooperação conjugal ou atividades que favorecessem a constituição do patrimônio familiar.” (fl. 416).

1 AgRg no REsp 1118704/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, Dje 22/09/2009.

“Sendo, portanto, desproporcional a condenação do apelante com base na teoria do esforço comum ao aluguel e à partilha do imóvel situado em Águas Claras, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente” (fl. 418).

Ademais, observo que o tópico III do apelo manejado pelo Requerido intitula-se DA REFORMA DA SENTENÇA (fl. 420), restando clara a intenção do Réu em devolver os pontos em que sucumbiu a esta nobre Corte de Justiça.

REJEITO, portanto, a preliminar aventada e, presentes os pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO dos recursos.

DO MÉRITO

I – Do recurso do Réu

I. 1. Presunção de esforço comum na aquisição dos bens

Em suas razões de recurso, o Réu defende que o Autor não haveria contribuído financeira e emocionalmente para a formação do patrimônio adquirido na constância de união estável. Insurge-se quanto à presunção de esforço comum para formação do patrimônio, sob o argumento de que o Autor haveria faltado com o dever de lealdade e respeito, o que descaracterizaria o esforço mútuo para a construção do patrimônio do casal.

Disciplina o § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal que:

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

De conformidade com o que determina a disposição constitucional transcrita, para o reconhecimento da união estável como entidade familiar, necessário se faz a convivência duradoura, pública e contínua, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, desimpedidos legalmente, com o objetivo de constituição de família.

O artigo 1º da Lei 9.278 de 10.05.1996, bem como o artigo 1.723 do vigente Código Civil, que disciplinam a união estável, preconizada pela Carta Magna como entidade familiar, estão assim redigidos:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Os requisitos postos em destaque, caracterizadores da união estável devem estar presentes simultânea e concomitantemente. Neste particular, *data venia* das alegações do Réu, no meu sentir, as provas colacionadas aos autos não foram suficientes para elidir as alegações do Autor de que a relação das partes caracterizou-se uma entidade familiar, exatamente nos termos exarados na sentença hostilizada.

Sobre o tema, é correto afirmar que, ainda que a coabitação não constitua requisito essencial para o reconhecimento de união estável, sua configuração representa dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, devendo a análise, em processos dessa natureza, centrar-se na conjunção de fatores presentes em cada hipótese, como a *affectio societatis familiar*, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum.

Ao analisar os documentos coligidos aos autos, noto que as escrituras públicas declaratórias (fls. 14/15) fazem prova de que as partes, espontaneamente, confirmaram a relação homoafetiva que viveram desde 27.09.2007 a 30/08/2009, compartilhando, inclusive, despesas econômicas e residindo no mesmo endereço a partir de tal data.

Nesse norte, imperioso esclarecer que se concede aos então conviventes, quando da dissolução da união estável, a partilha dos bens havidos pelo esforço comum. Esclareça-se, por oportuno, que o artigo 5º da Lei 9.278/96 estabeleceu a presunção *juris tantum* de colaboração dos companheiros no que tange a formação do patrimônio havido no período de mútua convivência.

Nesse sentido, eis a lição de Rosenvald e Cristiano Chaves, *in verbis*:

“(...) Em verdade, o sistema jurídico criou, assim, uma verdadeira presunção de colaboração na aquisição de patrimônio entre os companheiros, suben-

tendendo o esforço recíproco entre eles. *Desse modo, seguindo as mesmas regras do casamento, também na união estável haverá direito à meação dos bens adquiridos por esforço comum (que é presumido), durante a convivência, excetuados os bens provenientes de sucessão hereditária e doação, bem como os bens adquiridos antes da convivência.*²

O artigo 1.725 do atual Código Civil determina que, salvo contrato escrito, aplicam-se, no que couber, as normas inerentes ao regime de comunhão parcial de bens à união estável.

A presunção de esforço comum reforça-se pelos documentos de fls. 59-66, que comprovam que o Autor contribuía, inclusive, financeiramente, para o custeio das despesas comuns do casal.

Em outro vértice, tenho que a fidelidade, embora consubstancie um dos deveres da união estável, não consiste em requisito essencial para o reconhecimento do enlace, tampouco interfere nas regras do regime de bens.

No caso em apreço, as alegações do Réu acerca da suposta infidelidade do Autor não tem o condão de afastar a partilha de bens pelo regime de comunhão parcial, conforme entendimento jurisprudencial consolidado, *in verbis*:

DIVÓRCIO DIRETO. CULPA DO CÔNJUGE. DESIMPORTÂNCIA. PARTILHA. REGIME DE BENS. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL. INCABIMENTO. 1 – No divórcio direto não se indaga a culpa pela ruptura do casamento, bastando a comprovação do decurso do lapso temporal. 2 – A partilha dos bens, no divórcio, é realizada de acordo com o regime de bens pactuado no casamento, independentemente de eventual culpa de um dos cônjuges na dissolução do matrimônio. 3 – Não cabe arbitramento de aluguel em favor de cônjuge que se afasta do lar familiar por sua livre vontade, sem respaldo judicial. 4 – Apelo principal e adesivo improvidos. (Acórdão 223970, 20030150094624APC, Relator: SÉRGIO ROCHA, Revisor: FERNANDO HABIBE, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/05/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 13/09/2005. Pág.: 65)

2 FARIAS, Cristiano Chaves de Farias e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 410.

Nesse passo, a presunção de esforço comum deve amparar o direito à partilha de bens em favor do Autor, adotando-se o regime de comunhão parcial, diante da ausência de estipulação em sentido contrário pelas partes.

I. 2. Da partilha do imóvel e do título da Associação dos Amigos do Encontro das Águas

Em suas razões de apelo, o Réu apresenta discordância com a partilha do bem imóvel considerando-se o *quantum* da valorização imobiliária. Pugna que a partilha do imóvel seja promovida utilizando-se, apenas, o valor de aquisição do bem, sob pena de suposto enriquecimento ilícito em favor do Autor.

Quanto à partilha do imóvel, assiste parcial razão ao Réu.

A r. sentença recorrida, integrada pelo julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Réu (fl. 396), no que atine à divisão do imóvel, pontuou que “para sanar qualquer dúvida, esclareço que a partilha ocorreu sobre o imóvel considerando sua valorização imobiliária, eis que as prestações pagas durante a convivência serviram de base para o cálculo ideal cabível a cada parte”.

Em outro giro, com a devida vênia ao ilustre Sentenciante, observo que a declaração de imposto de renda do Réu (fls. 26) noticia que o contrato de financiamento do imóvel foi firmado em 2006, portanto, em período que antecede ao período caracterizado como união estável.

Com efeito, o valor das prestações pagas durante o período de convivência, compreendido entre 27.09.2007 e 30/08/2009, deve ser partilhado entre as partes. No entanto, o Autor não faz jus à valorização imobiliária do imóvel, pois o negócio de compra e venda foi avençado em período anterior, cabendo a valorização unicamente ao Réu.

Por oportuno, colaciono entendimento sedimentado nesta egrégia Corte, *in verbis*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO EXCLUSIVAMENTE POR UM DOS CÔNJUGES ANTES DO CASAMENTO. FINANCIAMENTO. PARTILHA. VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. AUSÊNCIA DE CON-

TRIBUIÇÃO MONETÁRIA. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DO ESFORÇO COMUM. VEÍCULO DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE PARTILHA. [...] 2. Bem imóvel adquirido exclusivamente por um dos cônjuges antes do casamento realizado sob regime de comunhão parcial de bens, cujo financiamento foi pago na constância da união, gera direito à partilha tão somente do valor pago a esse título nesse período, pois este é o patrimônio constituído pelo casal. A apuração do quinhão com base na valorização imobiliária configuraria enriquecimento sem causa daquele que não participou da compra do imóvel. [...] (Acórdão 624130, 20100111954320APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/09/2012, Publicado no DJE: 11/10/2012. Pág.: 60)

AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PRELIMINAR. NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. RATIFICAÇÃO DO RECURSO INTERPOSTO ANTES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRECLUSÃO. PARTILHA. IMÓVEL FINANCIADO. VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSOS DESPROVIDOS. [...] 4. A valorização imobiliária não pode ser objeto de partilha no caso, porque ficou comprovado nos autos que o patrimônio comum do casal se restringe ao pagamento das prestações no período do casamento. Acertada, pois, a divisão na proporção de 50% do valor equivalente às prestações do financiamento vencidas e quitadas durante o enlace matrimonial [...].

(Acórdão 589185, 20090111629290APC, Relator: LECIR MANOEL DA LUZ, Revisor: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/05/2012, Publicado no DJE: 25/05/2012. Pág.: 129)

DIVÓRCIO. TERMO FINAL DA RELAÇÃO CONJUGAL. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PARTILHA. PROPORÇÃO. INOVAÇÃO NA APELAÇÃO. [...] 3 – Bem imóvel adquirido por um dos cônjuges antes do casamento, e financiado por 180 meses, abrangendo o período em que as partes estiveram casadas, deve ser partilhado na proporção de 50% para cada, limitado ao valor das prestações pagas na constância da sociedade conjugal. 4 – A partilha dos bens, entre os quais veículos adquiridos na constância do casamento, em que se adotou o regime da comunhão parcial, se dá na proporção de 50% para cada parte, sobretudo se quitado o financiamento desses antes do término da sociedade conjugal. 5 – Apelação provida em parte. (Acórdão 617387,

20090110855653APC, Relator: JAIR SOARES, Revisor: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/09/2012, Publicado no DJE: 13/09/2012. Pág.: 174)

No que se refere à partilha do título da Associação dos Amigos do Encontro das Águas, deve ser aplicado idêntico entendimento. Em outros termos, considerando-se que o título foi adquirido pelo importe de R\$ 7.740 (sete mil, setecentos e quarenta reais), tendo como forma de pagamento uma entrada de R\$ 700,00 (setecentos reais) acrescida de 44 parcelas de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), consoante documento de fls. 33-35, o Autor faz jus à meação das prestações cumpridas durante o período da união estável, nos termos da r. sentença objurgada.

I. 3. Dos aluguéis do imóvel

De igual modo, o Réu apela da r. sentença, asseverando que não há direito do Autor ao recebimento dos aluguéis pelo período em que ficou desprovido do imóvel.

Em tais casos, havendo o uso exclusivo do bem por um dos companheiros, cabível o ressarcimento do coproprietário pelos valores que poderia auferir com a exploração do bem. Acerca da matéria, colaciono arestos desta egrégia Corte de Justiça:

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. IMÓVEL DO CASAL. OBRIGAÇÃO DOS COPROPRIETÁRIOS DE ARCAR, NA PROPORÇÃO DE SUA COTA PARTE, COM AS DESPESAS DE CONSERVAÇÃO DO IMÓVEL. NÃO FRUIÇÃO DO BEM POR UM DOS EX-CÔNJUGES. DIREITO AO RECEBIMENTO DE ALUGUEL. VALORES FIXADOS NA SENTENÇA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1 – O condômino é obrigado, na proporção de sua cota parte, a arcar com as despesas de conservação do imóvel, nos termos do que dispõe o art. 1.315 do Código Civil. 2 – Deve-se operar a compensação pelo valor da não fruição do bem pela autora representada pela receita de aluguel, cujo valor foi definido pelo perito. [...] (20070110646669APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 19/05/2010, DJ 07/06/2010 p. 90)”

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EXTINÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. FORMAÇÃO DE CONDOMÍNIO DOS BENS ENTRE OS EX-COMPANHEIROS ATÉ A EFETIVAÇÃO DA PARTILHA. ALUGUERES DEVIDOS POR AQUELE QUE ESBULHA O USUFRUTO DO OUTRO COMPANHEIRO. DEMONSTRAÇÃO DA CONS-

TITUIÇÃO EM MORA. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. Encerrado o convívio entre os cônjuges ou os companheiros, a utilização de um imóvel comum exclusivamente por um deles, acaso configure óbice intransponível ao uso pelo outro, confere ao último o direito a receber quantia a título de aluguel equivalente a sua meação, até que ocorra a partilha. O entendimento de que o imóvel comum usufruído exclusivamente por apenas um dos ex-companheiros encontra-se em estado de mancomunhão suportaria manifesta iniquidade, em razão de chancelar realidade em que alguém goza de um bem de que não é plenamente proprietário em detrimento daquele que também possui a propriedade do bem. [...] (Acórdão 678082, 20130020021326AGI, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/05/2013, Publicado no DJE: 22/05/2013. Pág.: 73)

Quanto a tal ponto, reproduzo trecho da r. sentença guerreada, passando a integrá-lo às minhas razões de decidir, nos seguintes termos (fls. 378/379):

“Cessada a coabitação, o patrimônio comum subsiste sob a forma de condomínio, enquanto não finalizada a partilha. Acerca do condomínio, o art. 1319 do Código Civil dispõe que ‘cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou. Assim, o imóvel comum usufruído por apenas um dos ex-companheiros confere ao condômino o direito de receber quantia a título de aluguel proporcionalmente ao seu quinhão sobre o bem. Conforme acima explanado, o requerente é titular de 28,80% do imóvel, devendo o valor do aluguel refletir proporcionalmente esse percentual. O valor é devido desde o fim da união estável entre os demandantes, ou seja, 30/08/2009, até que cesse o condomínio com a efetiva partilha do bem. O valor deverá ser apurado mediante procedimento de liquidação de sentença.”

I. 4. Da sub-rogação dos veículos

Quanto ao veículo Peugeot 307, ano 2007/2008, requer o Requerido, subsidiariamente, seja reconhecido como seu patrimônio exclusivo, aplicando-se o instituto da sub-rogação em relação aos bens particulares que possuiria em período anterior à união estável.

Nos termos do artigo 1.659 e seguintes do mesmo diploma legal, excluem-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem,

na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.

Ao analisar as provas constantes dos autos, não vejo como prosperar o pedido do Requerido, no sentido de ser reconhecida a sub-rogação de bens em relação ao automóvel PEUGEOT 307, Grife, 2007/2008, placa JHE XXXX, adquirido na constância da união estável, de forma a reconhecer o seu direito integral sobre o bem.

Nesse aspecto, o ilustre Sentenciante bem esclareceu a dinâmica dos fatos. Confira-se (fl. 378):

"[...] nenhuma prova robusta e cabal veio aos autos a demonstrar o encadeamento da sub-rogação que resultou na aquisição do veículo cuja partilha pleiteia o requerente. O fato do veículo Renault Scenic ter sido declarado para fins de imposto de renda do requerido, relativo a ano –calendário anterior ao início da união, não induz sub-rogação. Cabia ao Requerido comprovar a venda do veículo Renault Scenic e a vinculação do valor obtido com a venda com a aquisição do veículo Peugeot, para que fosse afastada a presunção legal de comunicabilidade do bem em questão, o que não foi feito. Vê-se que a documentação por ele acostado não é idônea a lastrear sua alegação e não foram arroladas testemunhas."

Em reforço a tal entendimento, acresço que a declaração de imposto de renda de fl. 26 contém informação de que, no ano de 2007, foram declarados, concomitantemente, tanto o veículo Renault Scenic como o automóvel Peugeot 307, o que impede o reconhecimento de sub-rogação, porquanto se reputa caracterizada a propriedade dos dois bens durante o ano de 2007, não havendo o encadeamento de vendas caracterizador da sub-rogação.

Nesse sentido, remansosa a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO AFETIVO. EXISTÊNCIA INCONTROVERSA. ASSIMILAÇÃO COMO UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES. DISSOLUÇÃO. PATRIMÔNIO. IMÓVEL. AQUISIÇÃO EM SUB-ROGAÇÃO DE PATRIMÔNIO PARTICULAR DA COMPANHEIRA. ELISÃO DA PARTILHA. IMPOSSIBILIDADE. AQUISIÇÃO ONEROSA. ES-

FORÇO COMUM. PRESUNÇÃO LEGAL INERENTE AO REGIME DE BENS. PREVALÊNCIA (CC, ARTS. 1.658 E 1.660, I). PARTILHA. NECESSIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. OITIVA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PARTILHA. DETERMINAÇÃO. SENTENÇA ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. [...] 5. Reconhecida a subsistência e dissolução da união estável, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, resultando na presunção de que os bens adquiridos na constância do vínculo a título oneroso comunicam-se, passando a integrar o acervo comum, devendo ser rateados na hipótese de dissolução do relacionamento, observadas as exceções estabelecidas pelo próprio legislador à presunção legal emoldurada como forma de ser preservado o alcance do regime patrimonial eleito (CC, arts. 1.658, 1.659, II, e 1.660, I). 6. Considerando que, sob o regime da comunhão parcial de bens, a exclusão de bem adquirido na constância do vínculo consubstancia exceção à regra da comunicação do acervo reunido, a título oneroso, durante o relacionamento, ao companheiro que, por ocasião da dissolução da união, defende o reconhecimento da subsistência de patrimônio reservado por ter sido com recursos próprios em sub-rogação de bem particular atraindo para si o ônus de evidenciar o ventilado, por encerrar a elisão da presunção legal da comunicabilidade do patrimônio adquirido na constância do vínculo (CPC, art. 333, I). 7. A constatação de que, conquanto aventando que o imóvel adquirido durante a constância do vínculo se qualificaria como bem reservado por ter sido adquirido em sub-rogação de bem particular, o companheiro não comprovava essa arguição, não se desvelando do encargo probatório que lhe estava afetado, resulta na preservação da presunção de que os bens adquiridos na constância da união derivaram dos esforços conjugados de ambos os companheiros, devendo ser partilhados com observância do regime de bens que pautara o enlace. 8. Apelação conhecida e desprovida. Unânime. (Acórdão 677547, 20120110676443APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/05/2013, Publicado no DJE: 20/05/2013. Pág.: 145)

CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INUTILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL. PARTILHA DE IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE AQUISIÇÃO POR ESFORÇO COMUM. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE AFASTEM A PRESUNÇÃO. [...] 2. Inexistindo comprovação de sub-rogação dos recursos provenientes de imóvel adquirido anteriormente ao casamento nem

de doação como antecipação de legítima e utilização do dinheiro na quitação do imóvel, deve ser a divisão feita igualmente, visto que houve contribuição de ambos os cônjuges durante a convivência familiar. 3. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 589827, 20090710277564APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/05/2012, Publicado no DJE: 29/05/2012. Pág.: 111)

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. FATO INCONTROVERSO. PARTILHA DE IMÓVEL. BEM RESERVADO. PROVA DA AQUISIÇÃO EXCLUSIVA. INEXISTÊNCIA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. PARTILHA DOS DIREITOS SOBRE O IMÓVEL. [...] 2. À míngua de prova da aquisição exclusiva do imóvel por parte da ex-companheira, não se tem como albergar a tese de bem reservado, devendo ser partilhados os direitos incidentes sobre o bem. 3. Recurso desprovido. (Acórdão 415067, 20070910002617APC, Relator: MÁRIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/03/2010, Publicado no DJE: 09/04/2010. Pág.: 104)

Deveras, a alegação do Requerido não encontra amparo em prova robusta, hábil a conferir de forma incontestada o direito ora vindicado. O fato de, à fl. 26, constar declaração de imposto de renda sobre os dois veículos, por si só, desserve ao fim ora colimado, pois não configura que houve venda de um bem para aquisição do outro veículo, de sorte a atrair a hipótese de exclusão da comunhão, por sub-rogação de bens, descrita nos artigos 1.658 e 1.659 do Código Civil.

Nesse contexto, não havendo prova em sentido contrário, presume-se a aquisição mediante o esforço comum, mormente pelo regime de bens adotado entre os litigantes – comunhão parcial de bens –, e a ausência de prova cabal da sub-rogação de bens.

II – Do Recurso do Autor

Majoração de honorários advocatícios

Conforme relatado, aduz o Autor que haveria sucumbido minimamente do pedido e postula alteração da condenação ao pagamento de honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Fundamenta seu pleito na suposta relevância da atuação do nobre causídico, que haveria interposto Recurso

Especial e Recurso Extraordinário, objetivando o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, cuja ação deveria tramitar em uma das Varas de Família da Circunscrição Judiciária de Taguatinga-DF.

Dessarte, o objeto do apelo do Autor limita-se em definir sobre qual das partes deverá recair o ônus da sucumbência e o *quantum* fixado a título de honorários advocatícios.

No caso em comento, ao cotejar os pedidos formulados na petição com o resultado do processo, tenho que houve sucumbência recíproca, mas não proporcional. Vejamos.

O pleito autoral abrange a pretensão a ver reconhecida a união estável entre as partes e, por conseguinte, a partilha dos bens, considerando-se a existência do imóvel em que residia o casal, os bens que guarneciam a residência, o veículo Peugeot 307, o título da Associação dos Amigos do Encontro das Águas e 50% das quotas da empresa Solution Publicidade e Representações LTDA., bem como aluguel pelo período em que ficou desprovido do imóvel comum.

A sucumbência do Autor resume-se à negativa de direito à partilha de bens móveis da residência e 50% das quotas da empresa Solution Publicidade e Representações LTDA., mas tal circunstância desserve para caracterizar a sucumbência mínima.

Resta claro, portanto, que houve sucumbência de ambas as partes, recíproca e não proporcional, de modo que condeno Autor e Réu ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor da condenação, distribuídos na proporção de 30% em face do Autor e 70% em relação ao Requerido, considerando-se que a causa apresenta relevância e o trabalho do nobre patrono do Autor evidenciou-se com alto grau de zelo, abrangendo recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, REJEITO as preliminares de não conhecimento do apelo e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Réu, apenas para considerar que a importância a ser partilhada em relação ao imóvel cinge-se às prestações pagas durante o período de união estável, sem considerar, no cômputo do valor, a valorização imobiliária. De igual modo, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo do Autor, tão somente

para considerar a sucumbência como recíproca e não proporcional, condenando Autor e Réu ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor da condenação, distribuídos na proporção de 30% em face do Autor e 70% em relação ao Requerido.

É o meu voto.

Des. Teófilo Caetano (Revisor) – Com o Relator.

Desa. Simone Lucindo (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer dos apelos, rejeitar a(s) preliminar(es) e, no mérito, dar parcial provimento a ambos, unânime .

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2003011097718-9

Relator – Des. Mário-Zam Belmiro

Terceira Turma Cível

EMENTA

Constitucional, Administrativo, Civil e Processo Civil. Apelações cíveis e reexame necessário. Indenização. Intervenção cirúrgica. Erro na escolha da técnica anestésica. Sequelas graves e irreversíveis. Dano moral. Valor indenizatório. Parâmetros. Danos materiais. Pensão vitalícia. Salário-mínimo. Possibilidade. Termo inicial. Honorários advocatícios. Fazenda pública. Isenção. Parte patrocinada pela procuradora de assistência judiciária. Carência de ação. Legitimidade ativa.

1. Afasta-se a alegada ilegitimidade ativa na hipótese de a peça de ingresso fazer menção ao sofrimento vivenciado pela família do requerente em virtude do evento danoso, porquanto o dano moral perseguido tem como escora as sequelas suportadas pelo próprio autor após a intervenção cirúrgica.

2. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, não se questionando da ocorrência ou não de culpa, bastando que se comprove a existência do dano e o nexo de causalidade, conforme preceitua o § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal.

3. Se o conjunto probatório comprova a existência de graves e irreversíveis sequelas decorrentes de erro na escolha da técnica anestésica para a realização da cirurgia, evidencia-se o dever indenizatório, porquanto presente o nexo causal entre a conduta do agente público e o dano causado à vítima.

4. O valor indenizatório na hipótese de abalo moral objetiva a compensação pelo sofrimento suportado pela vítima e a punição do ofensor, evitando-se, assim, a reiteração de condutas lesivas.

5. A intensidade do sofrimento causado pelo erro médico, consubstanciado em severas e irreversíveis sequelas, como tetraplegia e completa ausência de contato

com o mundo exterior, autoriza a fixação de verba indenizatória a título de danos morais em quantia mais elevada.

6. O pensionamento mensal deve ser fixado com base na renda auferida pela vítima na época do ato ilícito. Na hipótese de ausência dessa comprovação, o valor deve ser arbitrado em salário-mínimo. Inteligência do artigo 475-Q, § 4º, do Código de Processo Civil. Precedentes deste eg. TJDFT e do col. STJ.

7. Na hipótese de pensão concedida em favor de vítima menor, que à época do evento danoso não exercia atividade laboral, o termo inicial é a data em que atinge quatorze anos, idade que o ordenamento jurídico pátrio autoriza o ingresso do jovem no mercado de trabalho.

8. É incabível a condenação da Fazenda Pública no pagamento de honorários advocatícios nas causas em que a parte autora é representada pela Defensoria Pública do Distrito Federal, sob pena de confusão entre as figuras do credor e do devedor. Inteligência do enunciado 421 do col. STJ.

9. Recurso do autor parcialmente provido. Apelo do réu e remessa oficial providos em parte.

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, Getúlio de Moraes Oliveira – 1º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Mário-Zam Belmiro, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Dar parcial provimento ao apelo do autor, ao apelo do DF e à remessa oficial nos termos do voto do Relator. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de reexame necessário e de recursos voluntários interpostos em desfavor da r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Sétima Vara da Fazenda

Pública do Distrito Federal que, nos autos da ação de conhecimento, subordinada ao rito ordinário, ajuizada por G.D.M. representado por M.M.D.P. em desfavor do DISTRITO FEDERAL, julgou procedente o pedido inaugural e condenou o réu no pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), bem como em pensão mensal vitalícia no valor de dois salários-mínimos.

Inconformado, em suas razões de apelo, o réu defende a inexistência de responsabilidade pelas sequelas suportadas pelo autor após a intervenção cirúrgica, salientando que a conduta do médico na escolha do anestésico foi tomada de acordo com os padrões utilizados em casos de emergência, como o do requerente.

Sustenta, também, a ausência de comprovação de renda mensal do demandante, comparecendo inviável a fixação de pensão vitalícia sem a efetiva demonstração do valor por ele auferido. Pugna, assim, pela fixação do pensionamento em sede de liquidação de sentença.

Quanto ao dano moral, persegue a redução da verba indenizatória, reputando-a excessiva e em desconformidade com o evento narrado na peça vestibular. Ao final, busca a redução dos honorários advocatícios.

O autor, igualmente inconformado, interpôs recurso de apelação, por meio do qual busca a majoração da verba indenizatória fixada a título de danos morais.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso manejado pelo *ex adverso*.

O Procurador de Justiça, com assento perante esse Colegiado, oficiou, em parecer, pelo desprovimento de ambos os apelos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro (Presidente e Relator) – Conheço de ambos os recursos voluntários e do reexame necessário, porquanto presentes os requisitos legais.

Cuida-se de ação por intermédio da qual o autor busca provimento jurisdicional de condenação do réu no pagamento de verba indenizatória, a título de dano moral, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além de pensão vitalícia mensal no importe de dois salários-mínimos, em virtude das sequelas suportadas após intervenção cirúrgica realizada em nosocômio público.

A princípio, reexaminou a preliminar de carência de ação, em face da alegada ilegitimidade ativa *ad causam*.

Sustenta o réu a ilegitimidade do autor para pleitear danos morais sofridos por sua família.

Assim deslindou o tema o douto sentenciante, *verbis*:

A Teoria Eclética da Ação estabelece determinadas condições à apreciação do mérito da causa, que devem ser aferidas a luz dos elementos trazidos pela parte autora na peça inicial (Teoria de Asserção). Nesse sentido, reza o art. 267, VI, do CPC:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

...

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

...

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

As partes são legítimas (“legitimatío ad causam”) quando se reconhece identidade entre a titularidade ativa e passiva da relação jurídica processual com a alegada titularidade da relação de direito material. Ou seja, ocorre quando a parte autora pleiteia como se fosse o credor da relação de direito material, e imputa à parte requerida a condição de devedor daquela mesma relação. (...) Não há razão para prosperar o argumento da requerida, uma vez que a reparação requerida é pelo sofrimento moral do próprio autor, tendo em vista ser

ele que se encontra tetraplégico e com outras sequelas. Diante disso, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.¹

A despeito de a narrativa apresentada na peça de ingresso fazer menção ao sofrimento vivenciado pela família do autor, sobretudo sua genitora, certo é que o dano moral perseguido tem como escora as sequelas suportadas pelo próprio requerente após a intervenção cirúrgica.

No caso, o dever indenizatório oriundo das agruras suportadas pela mãe do requerente poderão, caso ela assim deseje, ser objeto de outra demanda, na qual serão aquilatadas as consequências do evento danoso na esfera íntima da genitora do autor.

Na esteira desse raciocínio, inexistente a alegada carência de ação. Rejeito a preliminar.

Passo ao exame do mérito. Analiso os recursos conjuntamente.

Para melhor deslindar o tema trazido a debate, permito-me transcrever trecho da r. sentença, a fim expor os fatos narrados na exordial e a tese encampada pela defesa. Confira-se:

Alega em inicial que foi acometido de dores intensas, sendo diagnosticada apendicite no Hospital Regional de Samambaia. Como o referido hospital não possuía infraestrutura para a realização da cirurgia, foi encaminhado para o Hospital de Base de Brasília. Entretanto, no momento da cirurgia, foi aplicada anestesia sem perguntar ou ser feito testes de alergias o que causou choque anafilático tendo como consequências diversas sequelas. (...) Regularmente citado, o requerido oferece contestação onde afirma, preliminarmente, que o autor não possui legitimidade para pleitear danos morais sofridos por "sua família" e, no mérito, afirma que as sequelas neurológicas do autor seriam uma fatalidade, mera consequência do risco inerente a qualquer cirurgia, além de não comprovar o alegado sofrimento.²

Relembre-se que se trata de ação indenizatória por intermédio da qual o autor busca provimento jurisdicional de condenação do réu no pagamento de verba in-

1 Fls.280/281.

2 Fl.279.

denizatória, a título de dano moral, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além de pensão vitalícia mensal no importe de dois salários-mínimos, em virtude das sequelas suportadas após intervenção cirúrgica realizada em hospital da rede pública de saúde.

O ilustre magistrado *a quo* acolheu a pretensão inaugural e condenou o réu no pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), bem como em pensão mensal vitalícia no valor de dois salários-mínimos.

O réu, insatisfeito com a r. sentença, defende a inexistência de responsabilidade pelas sequelas suportadas pelo autor após a intervenção cirúrgica, salientando que a conduta do médico na escolha do anestésico foi tomada de acordo com os padrões utilizados em casos de emergência, como o do requerente.

Registre-se, de início, que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, não se questionando da ocorrência ou não de culpa, bastando que se comprove a existência do dano e o nexo de causalidade, conforme preceitua o § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal.

Imperioso que se verifique a existência ou não dos alegados danos, bem como da apontada falha no procedimento cirúrgico e, ainda, do nexo de causalidade entre ambos.

Restou incontroverso que o autor foi submetido à cirurgia de apendicectomia em junho de 2003, oportunidade em que contava com onze anos, e, desde então, ficaram indúvidas algumas intercorrências e sequelas ocorridas com a intervenção cirúrgica. Confira-se o teor do relatório médico datado de 28.07.2003, *ad litteram*:

O paciente G.D.M. foi admitido na unidade de emergência do HBDF com quadro de abdome agudo inflamatório por apendicite aguda. Durante o procedimento anestésico cursou com parada cardiorrespiratória sendo reanimado com sucesso e submetido à apendicectomia com drenagem de grande quantidade de secreção purulenta, e em seguida encaminhado para Unidade de Terapia Intensiva no pós-operatório. Na UTI foi tratado para pneumonia aspirativa e sepse evoluindo satisfatoriamente porém do quadro neurológico necessitou avaliação da equipe de neurologia pediátrica que constatou síndrome hipóxi-

co-isquêmica e provável tetraplegia espástica com seqüela (sendo confirmado a lesão por hipóxia pela tomografia de crânio).³

O exame de tomografia computadorizada do crânio realizado à época confirmou a lesão hipóxico-isquêmica (v.cf. fl.16).

Além disso, consta no prontuário do paciente a seguinte observação lançada pelo médico cirurgião responsável pelo atendimento:

A criança apresentou a parada cardiorrespiratória durante o processo da anestesia. Fomos chamados para auxiliar nas manobras de ressuscitação cardiopulmonar (ventilação/massagem cardíaca) enquanto a equipe de anesthesiologia conduzia a administração das drogas e cardioversão. Iniciamos a cirurgia somente após completa estabilização hemodinâmica do paciente, que permaneceu estável durante todo o procedimento.⁴

As sequelas pós-cirúrgicas foram descritas pelo perito do Juízo. Reveja-se:

No questionário para pacientes com lesão cerebral do Hospital SARAH, constam relatadas as seguintes lesões: vide fl.15

- 1. Anóxia Cerebral: que é a causa inicial de todas as lesões neurológicas.*
- 2. Tetraplegia: incapacidade de movimentar os 4 membros, resultante da isquemia do Sistema Nervoso Central, com acometimento da medula espinhal.*
- 3. Coma: resultante da anóxia cerebral, o paciente não faz contato com o mundo exterior.⁵*

Diante de tudo quanto visto até o presente momento, não há dúvida acerca das sequelas vivenciadas pelo autor, restando perquirir acerca da existência, ou não, de falha no procedimento anestésico-cirúrgico, bem como no eventual nexo de causalidade entre ambos.

A respeito da existência, ou não, de falha no procedimento anestésico, mister pou-
sar os olhos nos esclarecimentos do *expert*. Confira-se:

3 Fl. 13.

4 Fl. 61.

5 Fl. 177.

Há duas situações distintas a serem observadas quando da indicação da técnica anestésica para uma apendicectomia. Na literatura científica anexo, todas as publicações indicam que a técnica anestésica deve ser Anestesia Geral. Vide fls. 2, 3, 4 e 6, em todos os pacientes (adultos e crianças). No entanto é perfeitamente possível e aceitável que em PACIENTES ADULTOS, nos quais o processo inflamatório/infeccioso ainda esteja no início, com dor localizada somente na fossa ilíaca esquerda (local onde se aloja o apêndice), que não tenha portanto peritonite generalizada e que apresente bom estado geral, se realize uma apendicectomia com total conforto para o paciente, sob anestesia peridural ou raqueanestesia com leve sedação. A sedação leve permite que o paciente elimine seu vômito caso isto venha a ocorrer. Na sedação acentuada o paciente fica desprotegido caso vomite.

No caso em questão, o paciente (criança) apresentava um quadro clínico de Abdômen Agudo com Peritonite generalizada (...), com 36h de evolução, com febre e vômitos (...), portanto demonstrava sinais de “Estômago Cheio”, que é o Grande Fantasma que intimida todo Anestesiologista no momento de uma anestesia de emergência (...). Fica evidente que uma anestesia peridural com sedação (...), realizada no paciente não foi a melhor escolha. No momento da introdução da sonda nasogástrica ocorreu o vômito em um paciente desprotegido de seus reflexos para eliminá-lo, e parte deste vômito possivelmente foi para o pulmão.⁶

Na hipótese, ficou evidenciada a falha na escolha da técnica cirúrgica e, desse modo, o nexos causal entre a conduta do agente público e o dano causado ao autor autorizam o reconhecimento do dever indenizatório.

Neste ponto, reveja-se trecho da r. sentença, o qual adoto como razões de decidir, verbis:

No caso em tela, não há controvérsias quanto à presença de sequelas no autor. A controvérsia reside, no entanto, na determinação da causa das referidas sequelas uma vez que o autor sustenta que foi decorrente de erro médico enquanto o réu afirma ter sido consequência natural de riscos de uma cirurgia de urgência. Esclarecendo tal situação, o Sr. perito é claro ao enfatizar à fl.183

6 Fl. 173.

que “as complicações anestésicas ocorridas neste caso foram em decorrência de dificuldade ventilatória pulmonar após vômito, não havendo relação alguma com reações alérgicas, ou choque anafilático”. Entretanto, afere-se do laudo pericial que o vômito que provocou a parada cardiorrespiratória foi desencadeado pelo procedimento de colocação da sonda nasogástrica, procedimento este necessário à “drenagem do conteúdo gástrico para o exterior” (fl. 175). Percebe-se também que houve efetivamente erro médico, podendo ser caracterizado como imperícia do anestesista, quando da escolha da espécie de anestesia a ser administrada, conforme palavras do perito (...) Nesse sentido, constata-se o nexo de causalidade entre a conduta dos médicos do Hospital de Base e os danos sofridos pelo autor, estando presentes os requisitos para a responsabilização do Estado na presente hipótese.⁷

A propósito, lembre-se caso semelhante em que o Pretório Excelso deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a responsabilidade do Estado e condenar o Distrito Federal no pagamento de verba indenizatória.

Trata-se de demanda ajuizada por menor, na qual se busca a condenação do Distrito Federal, sob a alegação de haver contraído a Síndrome de West, caracterizada pela paralisia cerebral, cegueira e má formação encefálica, em decorrência de conduta negligente de agente público, que não realizou exame no atendimento pré-natal de constatação de citomegalovírus durante sua gestação, bem como o atraso de seu parto em nosocômio da rede pública (v. cf. Acórdão 220939, APC 2001.01.1.104148-4, 3ª Turma Cível).

Naquela oportunidade, os doutos Desembargadores Relator e Revisor confirmaram a r. sentença de improcedência, entendendo a ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a doença contraída e a conduta da rede hospitalar pública.

Na qualidade de Vogal, divergi de meus eminentes Pares, pois entendi e entendo que a responsabilidade, em casos tais, é objetiva, uma vez que se trata de serviço prestado pelo Estado, e, a teor do que estatui o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, somente pode ser elidida mediante comprovação da culpa exclusiva da vítima ou diante da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, hipóteses em que não há obrigação de indenizar. O que, a toda evidência, não é o caso dos autos.

7 Fls. 286/287.

Interposto extraordinário pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, o eminente Ministro Celso de Mello, relator do apelo, deu provimento ao recurso e julgou procedente o pedido inaugural deduzido pelo menor em desfavor do Distrito Federal, confirmando em seu judicioso decisório o entendimento por este Relator balizado em sede de recurso de apelação cível. Confira-se:

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 exame destes autos convence-me de que assiste plena razão à douta Procuradoria-Geral da República, quando observa que se acham presentes, na espécie, todos os elementos configuradores da responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Com efeito, a situação de fato que gerou o trágico evento narrado neste processo põe em evidência a configuração, no caso, de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal ora recorrida. Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º). Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpados agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público, consoante enfatiza o magistério da doutrina (...). É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (...). Impõe-se

destacar, *neste ponto*, na linhada jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da *responsabilidade civil objetiva do Poder Público* compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o *comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público*, (c) a oficialidade da *atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público*, que, nessa *condição funcional*, tenha incidido em *conduta comissiva ou omissiva*, independentemente da *licitude, ou não, do seu comportamento funcional* (RTJ 140/636) e (d) a ausência de *causa excludente da responsabilidade estatal* (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). É por isso que a ausência de *qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência da regra inscrita no art. 37,§ 6º, da Carta Política* basta para descaracterizar a *responsabilidade civil objetiva do Estado*, especialmente *quando ocorre circunstância que rompe o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano pessoal ou patrimonial infligido ao ofendido*. Esclareça-se, *por oportuno*, que todas as *considerações já feitas* aplicam-se, *sem qualquer disceptação*, em tema de *responsabilidade civil objetiva do Poder Público, a situações* – como a destes autos – *em que o “eventus damni” ocorreu em hospitais públicos (ou mantidos pelo Poder Público) ou derivou de tratamento médico inadequado ministrado por funcionário público (RT 304/876, Rel. Min. Vilas Boas) ou, então, resultou de conduta imputável a servidor público com atuação na área médica (RT 659/139 – RJJSP 67/106-107, v.g.)*⁸

Assim, diante da efetiva demonstração da responsabilidade do Estado em face das graves sequelas que acometem o autor, necessário examinar a questão afeta ao valor indenizatório arbitrado a título de dano moral.

Neste particular, ambas as partes se insurgem. Enquanto o réu busca a redução, asseverando que em casos de óbito, a verba indenizatória não ultrapassa R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), o autor persegue a majoração, salientando a gravidade das sequelas.

8 STF, RE nº 495740/DF.

O douto magistrado singular fixou o valor indenizatório em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), “ponderadas as condições subjetivas do autor, a dor física por que passou e tem passado e a perda quase total das funções, incluindo a esfinteriana.”⁹

Desse modo, deve-se apurar se o valor arbitrado atende às balizas da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente para evitar o injusto enriquecimento do autor ou prejuízo do requerido.

A doutrina assim orienta o magistrado, *verbis*:

*(...) deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbitrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.*¹⁰

A análise do caso revela que houve falha do agente público ao escolher a técnica anestésica para a realização da cirurgia de apendicectomia, causando graves e irreversíveis sequelas para o requerente.

Registrem-se, a propósito, quais os prognósticos para o requerente, diante das sequelas por ele vivenciadas, *ad litteram*:

As lesões descritas no quesito 27¹¹ demonstram a severa hipóxia sofrida pelo Sistema Nervoso Central do paciente, lesões estas definitivas. A experiência clínica demonstra que as alterações físicas resultantes destas lesões permanecem praticamente inalteradas e quando surgem alguma melhora elas são muito discretas e nunca recuperam a integridade física e/ou mental do indivíduo. Na folha 75 dos autos, a Nefrologia acusa a presença de Hipertensão Arterial secundária ao quadro neurológico, isto já demonstra uma séria complicação. Outras alterações com toda certeza virão, como por exemplo: infecções do trato urinário, pneumonias recorrentes, úlceras de decúbito, disfunções esfinterianas (incontinências urinária e fecal), infecções otorrinolaringológicas,

9 Fls. 287/288.

10 Sérgio Cavalieri Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.116.

11 Anóxia Cerebral: que é a causa inicial de todas as lesões neurológicas. Tetraplegia: incapacidade de movimentar os 4 membros, resultante da isquemia do Sistema Nervoso Central, com acometimento da medula espinhal. Coma: resultante da anóxia cerebral, o paciente não faz contato com o mundo exterior.

*dermatológicas, etc. (...) A tetraplegia evidencia um sofrimento neurológico decorrente de uma lesão hipóxica severa, a possibilidade de recuperação é muito remota.*¹²

Em complemento ao laudo pericial, o perito do Juízo examinou o próprio requerente, salientando qual a situação do paciente em agosto de 2010. Reveja-se:

*No momento atual o periciando apresenta tetraplegia espástica, com acentuada atrofia muscular generalizada. Encontra-se em uma cadeira de rodas, com flexão permanente dos cotovelos e intensas contrações dos dedos e regiões palmares. Os membros inferiores estão estendidos e muito atrofiados e sem edemas. Apresenta importante deformidade torácica devido a uma acentuada escoliose dorsal (a coluna vertebral apresenta-se totalmente deformada). Observamos pupilas foto reagentes e reflexos palpebrais presentes. A ausculta pulmonar mostrou-se normal. (...) Não apresentava escaras (feridas muito frequentes em pacientes longamente acamados). Encontrava-se com uma Sonda Nasogástrica, que é utilizada para sua alimentação, uma vez que o periciando não consegue deglutir. O Periciando não faz contato com o examinador, apenas esboça sorriso inexpressivo à aproximação de alguém que lhe dirige palavras. Não focaliza objetos quando estimulado. O periciando não possui controle esfíncteriano, por isso a micção é passiva (fato que o obriga a utilizar fraldas), e a eliminação das fezes é efetuada manualmente pela sua mãe.*¹³

Cediço que o *quantum* indenizatório na hipótese de abalo moral objetiva a compensação pelo sofrimento suportado pela vítima e a punição do ofensor, evitando-se, com isso, a reiteração de condutas lesivas.

Quanto à intensidade do sofrimento, desnecessárias maiores considerações, eis que, mais grave que a morte é a atual situação do autor, que padece desde os tenros onze anos, preso a uma cama ou cadeira de rodas, necessitando de apoio diuturno para realizar quaisquer atividades, como alimentação, micção e defecação. Ou seja, o básico da vida humana.

12 Fl. 178.

13 Fl. 225.

As sequelas vivenciadas pelo requerente oportunizaram infortúnios indelévels e renováveis a cada dia, especialmente porque o autor se encontrava à época com onze anos, tendo-lhe sido retirada toda a chance de aproveitar a vida.

No que se refere à capacidade do ofensor, indiscutível a envergadura econômica do Distrito Federal para suportar a condenação sem lhe causar prejuízo.

Nesse sentido, colham-se excertos de julgados deste eg. TJDF, *verbis*:

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.

(20090710123695APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 21/09/2011, DJ 13/10/2011 p. 93)

A fixação do valor da indenização precisa considerar as condições pessoais e econômicas das partes, de modo que o arbitramento seja feito com moderação e razoabilidade, dentro das peculiaridades de cada caso, de forma a evitar-se tanto o enriquecimento indevido do ofendido como a abusiva reprimenda do ofensor.

(20080111566273APC, Relator JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, julgado em 31/08/2011, DJ 05/09/2011 p. 197)

A mensuração da compensação pecuniária deve ser em montante suficiente à reparação do prejuízo, levando-se em conta a moderação e a prudência do Julgador, segundo o critério de razoabilidade para evitar o enriquecimento sem causa do autor e a ruína do réu. Considerando, ainda, a capacidade econômica do réu e o que se pretende com a compensação, além de servir como sanção ao ofensor pela forma que negligencia o direito da parte, descurando-se das obrigações que lhe são próprias (...)

(20100310167416APC, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, julgado em 17/08/2011, DJ 23/08/2011 p. 135)

A indenização por danos morais não pode resultar em obtenção de vantagem indevida. Por outro prisma, também não pode ser irrisória, posto que almeja coibir a repetição de comportamento descompromissado.

(20090111530814APC, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Cível, julgado em 03/08/2011, DJ 09/08/2011 p. 106)

A reparação do dano moral pela morte de membro da família, ante o dano sofrido pela parte ofendida, fundamenta-se na 'perda das afeições legítimas', base da instituição da família, havendo dois pressupostos fundamentais para estabelecer o quantum na indenização, quais sejam: a proporcionalidade e razoabilidade, para assegurar-lhe a devida reparação do dano moral suportado.

(20060110110318APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 18/08/2010, DJ 02/09/2010 p. 107)

Desse modo, tendo-se em conta tais parâmetros e, sobretudo, as graves e irreversíveis sequelas que acometem o autor, é de se ter por razoável e proporcional o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

No que se refere aos danos materiais consubstanciados em pensão mensal vitalícia, apenas o réu formulou pleito de modificação do r. julgado monocrático.

O ilustre sentenciante fixou o pensionamento em dois salários-mínimos mensais com as seguintes razões, *verbis*:

Diante disso, a fixação de pensão mensal para o autor, decorrente da sequela que apresenta, depreende-se dos autos que o requerente passou a ser portador de deficiência (fls. 225/226), assim considerado pela Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde. Referida deficiência, por evidente, torna-o incapacidade laboral definitivamente, sendo certo que terá maiores dificuldades para submeter-se à educação formal, receber treinamento profissional e empregar-se. Em casos como o presente, considera-se devida indenização por dano material em decorrência de lesão grave, irreversível e incapacitante de menor proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima. O termo inicial do pagamento da pensão conta-se dos quatorze anos, data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho (...) Ademais, na pequena economia doméstica do lar do autor, em face das

suas condições pessoais precárias, documentadas no laudo médico, o valor do seu trabalho futuro deve pelo menos equivaler a um salário-mínimo mensal. E outro salário-mínimo deve ser adicionado para cobrir despesas de tratamento e com acompanhante, incluídos transporte e medicamentos, decorrentes das lesões sofridas, razão pela qual concedo a pensão mensal vitalícia na quantia pleiteada de dois salários-mínimos.¹⁴

Segundo defende o requerido, não houve comprovação acerca da renda auferida pelo autor, tampouco por sua genitora, que se declarou diarista. Desse modo, busca a fixação de pensionamento em sede de liquidação de sentença.

Certo que a indenização fundada em prejuízo material tem como objetivo a recomposição do desfalque suportado pela vítima. A pensão mensal configura uma das modalidades da indenização por danos materiais, na qual se leva em consideração o rendimento auferido pela vítima.

Com efeito, à época dos fatos, o requerente contava com apenas onze anos e não estava inserido no mercado de trabalho.

Sobre o tema, é firme a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

O pensionamento mensal deve ser fixado com base na renda auferida pela vítima no momento da ocorrência do ato ilícito. Todavia, não comprovado o exercício de atividade laborativa remunerada, o seu valor deve ser estabelecido em reais, equivalente a um salário-mínimo e pago mensalmente.

(REsp 1262938/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 30/08/2011)

Assim, a fixação do pensionamento deve ocorrer de modo estimativo, tendo como base a remuneração mínima vigente no País.

Ademais, o artigo 475-Q, § 4º, do Código de Processo Civil, introduzido no ordenamento jurídico pátrio com a Lei 11.232/2005, autoriza a fixação de alimentos tomando por base o salário-mínimo.

14 Fls.288/289.

Nesse sentido, colham-se excertos de julgados deste egrégio Tribunal de Justiça, *ad litteram*:

Ficando comprovado os danos materiais em decorrência do acidente automobilístico, bem como a incapacidade laborativa permanente da vítima, impõe-se a condenação pelos danos materiais e a fixação de pensão vitalícia. É possível o arbitramento da pensão temporária no valor do salário-mínimo, a teor da Súmula 490/STF. Ainda que assim não fosse, com o advento do artigo 475-Q, § 4º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.232/05, passou a assegurar a possibilidade de utilização do salário-mínimo como valor para pensionamento derivado de ato ilícito.

(Acórdão 628904, 20080110707296APC, Relator: GETULIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Publicado no DJE: 06/11/2012. Pág.: 132)

A jurisprudência do colendo STJ firmou-se no sentido de que a pensão mensal deve ser fixada adotando-se por base a renda percebida pela vítima no momento em que ocorrido o ato ilícito. Todavia, em casos em que a vítima não exerce nenhuma atividade laborativa remunerada, a pensão deve ser fixada em valor em reais, equivalente a um salário-mínimo e paga mensalmente. Precedentes. Inteligência do art. 950 do Código Civil.

(Acórdão 556387, 20110020192446AGI, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, Publicado no DJE: 09/01/2012. Pág.: 131)

Os alimentos oriundos de ato ilícito podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo, conforme autoriza o § 4º, do artigo 475-Q do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.232/05, o que, além de atender ao caráter alimentar previsto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, viabiliza sua atualização periódica, como forma de preservação de seu poder aquisitivo.

(Acórdão 507590, 20050110401569APC, Relator: ANGELO PASSARELI, 5ª Turma Cível, Publicado no DJE: 31/05/2011. Pág.: 104)

Assim, mostra-se injustificável remeter a apuração do valor do pensionamento para a liquidação de sentença, notadamente porque há expressa determinação legal acerca da possibilidade da utilização do salário-mínimo como parâmetro para a fixação dos alimentos.

Lado outro, revela-se ponderada e justa a fixação da pensão mensal em dois salários-mínimos, como fez o douto sentenciante, haja vista o estado vegetativo irreversível que se encontra o autor demandar despesas com o tratamento, incluídos transporte, medicamentos, alimentação, além de acompanhamento diuturno.

Nesse descortino, o pensionamento mensal vitalício fixado em dois salários-mínimos a partir da data na qual o autor completou quatorze anos, idade em que poderia ingressar no mercado de trabalho, merece prestígio.

Vale ressaltar que no caso anteriormente mencionado (STF RE 495740/DF), o Ministério Público requereu a antecipação dos efeitos da tutela vindicada, postulando a inclusão na folha de pagamento da entidade pública (Secretaria de Estado de Saúde do DF) do valor mensal referente ao pensionamento, bem como o pagamento, em cinco dias úteis, dos valores atrasados da pensão mensal e da verba indenizatória fixada a título de danos morais, tudo devidamente corrigido.

O ilustre Ministro Celso de Mello entendeu possível a concessão de tutela jurisdicional contra o Poder Público e, diante da presença dos pressupostos legais fixados no artigo 273, incisos I e II¹⁵, do Código de Processo Civil, além de observadas as restrições estabelecidas no artigo 1^o¹⁶ da Lei 9.494/97, deferiu o pleito antecipatório com a extensão sugerida pelo douto Ministro Cezar Peluso, para determinar o depósito de todo o valor em juízo até que se decida a causa, a fim de que, no instante do esgotamento dos recursos mais relevantes, decrete-se o levantamento da quantia imediatamente, tudo em trinta dias, sob pena do pagamento de *astreintes*, fixadas em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia.

Naquela oportunidade, assim se manifestou o ilustre Ministro Celso de Mello, *verbis*:

Na realidade, a antecipação dos efeitos da tutela reclama, para sua concessão, mais do que o simples "fumus boni juris", pois, para tal propósito, o ordenamento positivo impõe que se satisfaça a exigência da verossimilhança da pretensão de direito material (...), a significar, tratando-se de recurso ex-

15 Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

traordinário, a ocorrência de uma "muito forte probabilidade , para não dizer extrema probabilidade – o que é mais do que ocorreu com o "fumus boni juris" – de o recorrente vir a sair vitorioso quando esta Corte decidir a questão em causa" (Pet 2.768-QO/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei). E foi, precisamente, o que se registrou na espécie ora em exame, pois o direito material vindicado em favor do menor impúbere foi plenamente reconhecido por este Supremo Tribunal Federal, no julgamento da presente causa, de que resultou a sucumbência integral do Distrito Federal. Vê-se, portanto, que, mais do que verossimilhança do pleito jurídico, acha-se presente, no caso, o próprio reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da postulação de direito material deduzida nesta causa, a legitimar, em consequência, o atendimento, ainda que parcial, da pretendida antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Cabe assinalar, no ponto, por relevante, que o entendimento que ora venho de expor vem sendo reiteradamente afirmado, por esta Suprema Corte, em sucessivas decisões sobre este tema (RTJ 183/955, Rel. Min. MOREIRA ALVES – AC 457-MC/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AC 301-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO – Pet 2.696-QO/PR, Rel. Min. MOREIRA ALVES -Pet 2.393-QO/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES – Pet 2.784-QO/RE, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.)

(...) Como assinalei, têm inteira razão os ilustres representantes do Ministério Público, quando demonstram o gravíssimo quadro que se criou em torno do menor impúbere em questão, que permanentemente necessita de cuidados especiais tão dispendiosos que chegam a comprometer o modestíssimo orçamento doméstico de sua família. O Ministério Público definiu, com precisão, o estado lastimável a que se acha relegada a criança em referência, em cujo favor e amparo interveio, decisivamente, o "Parquet", que assim relatou, com palavras que a realidade não pode obscurecer, a triste e dramática situação desse menor impúbere (fls. 392):

"(...) não anda, não fala, não enxerga, não come, não ri, não realiza, enfim, a mais básica ação sem ajuda de outrem"

É preciso reconhecer, tendo em vista o quadro pungente ora exposto, que se trata de situação – inteiramente imputável ao Distrito Federal, conforme reconhecido, em duas decisões (fls. 371/376 e 388), pelo Supremo Tribunal

Federal – diretamente lesiva ao postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Ou, em outras palavras, cumpre enfatizar que a demora irrazoável na efetivação da prestação jurisdicional, por efeito de obstáculo criado pelo próprio Estado (o Distrito Federal, no caso), revela-se conflitante com esse paradigma ético-jurídico conformador da própria organização institucional do Estado brasileiro. Incontestável, portanto, a ocorrência, na espécie, de situação configuradora do “periculum in mora”.(grifos no original)¹⁶¹⁷

Pois bem. Feita análise percuciente, assim a Excelsa Corte decidiu, *ad litteram*:

TUTELA ANTECIPATÓRIA. POSSIBILIDADE, EM REGRA, DE SUA OUTORGA CONTRA O PODER PÚBLICO, RESSALVADAS AS LIMITAÇÕES PREVISTAS NO ART. 1º DA Lei 9.494/97. VEROSSIMILHANÇA DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL. OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DO “PERICULUM IN MORA”. ATENDIMENTO, NA ESPÉCIE, DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS (CPC, ART. 273, INCISOS I E II). CONSEQUENTE DEFERIMENTO, NO CASO, DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. DECISÃO REFERENDADA EM MAIOR EXTENSÃO. TUTELA ANTECIPATÓRIA INTEGRALMENTE DEFERIDA. POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE OUTORGA, CONTRA O PODER PÚBLICO, DE TUTELA ANTECIPATÓRIA. O ordenamento positivo brasileiro não impede, em regra, a outorga de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra o Poder Público, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II do CPC, na redação dada pela Lei 8.952/94, ressalvadas, no entanto, as situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei 9.494/97, cuja validade constitucional foi integralmente confirmada, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 4/DF, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO. Existência, no caso, de decisão do

16 STF, RE nº 495740 TAR/DF.

Supremo Tribunal Federal que reconheceu, em favor do menor impúbere, o direito em seu nome vindicado. Ocorrência, ainda, de situação configuradora de "periculum in mora" (preservação das necessidades vitais básicas do menor em referência). LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". – Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito. Doutrina. Jurisprudência.

(RE 495740 TAR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01452 RTJ VOL-00214- PP-00526 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 186-193 RSJADV out., 2009, p. 56-59)

Na hipótese, para garantir o cumprimento da obrigação, o autor deverá ser incluído na folha de pagamento do réu, nos termos do § 2º, do artigo 475-Q, do Código de Processo Civil, porquanto não se mostra possível ampliar as determinações, assim como fez o Pretório Excelso, em face de ausência de requerimento nesse sentido.

Finalmente, pouso os olhos na questão afeta à verba honorária, a qual foi arbitrada em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

A meu aviso, a r. sentença deve ser reformada neste particular.

No caso, são indevidos os honorários em favor da Defensoria Pública quando a parte vencida for o Distrito Federal.

Conforme se vê do verbete 421 do colendo Superior Tribunal de Justiça, "os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença."

Na hipótese, o autor se encontra sob o amparo da Defensoria Pública e, nesse descortino, a condenação do DISTRITO FEDERAL no pagamento de verba honorária redundará em confusão entre as figuras do credor e do devedor.

A jurisprudência desta Casa de Justiça, acompanhando o entendimento firmado pelo col. STJ, também entendeu ser incabível a condenação em honorários advo-

catícios em desfavor da Fazenda Pública em causas patrocinadas pela Defensoria Pública, *verbis*:

A Defensoria Pública do Distrito Federal e o DETRAN/DF pertencem à Administração Pública do Distrito Federal, mostrando-se incabível a condenação ao pagamento de verba honorária em benefício da Defensoria Pública, nos termos da Súmula 421/STJ, ante a existência de confusão entre credor e devedor.

(Acórdão 633156, 20120110777076APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Publicado no DJE: 16/11/2012. Pág.: 79)

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso manejado pelo autor para fixar o montante da indenização por dano moral em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), a ser corrigido monetariamente a partir da fixação, com a incidência de juros a partir da citação. Dou parcial provimento ao apelo do réu e ao reexame necessário, apenas para isentar o ente federado do pagamento de honorários advocatícios, em face de a Defensoria Pública do Distrito Federal ter representado o autor. Para garantir o cumprimento da obrigação, o requerente deverá ser incluído na folha de pagamento do réu, nos termos do § 2º, do artigo 475-Q, do Código de Processo Civil. Mantenho os demais termos da r. sentença hostilizada. É o meu voto.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Revisora) – Também acompanho o eminente Relator.

A Senhora Procuradora de Justiça Suzana de Toledo Barros – O Ministério Público requer, nos termos de precedente do Supremo Tribunal Federal, a antecipação de tutela, tendo em vista a gravidade das sequelas experimentadas pela criança, e que a verba destinada ao dano moral não seja paga na via normal, que é por precatório, determinando esta egrégia Turma que o pagamento se faça no prazo de 30 (trinta) dias.

Des. Mário-Zam Belmiro (Presidente e Relator) – Consoante consta em meu voto, também acolhido pelos eminentes Pares, o Distrito Federal foi condenado a pagar danos morais ao autor no montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Trata-se de pessoa de uma pobreza solar, não tendo sequer uma casa própria para sua residência. Vive atualmente em estado vegetativo, não tendo nenhum conhecimento do mundo exterior, tampouco perspectiva de melhora.

A pensão mensal vitalícia foi arbitrada e, contando atualmente o autor com quase 21 (vinte e um anos) de idade, a serem completados no próximo dia 25 de abril, já há oitenta e quatro meses de atrasados a serem saldados pelo Distrito Federal.

Cediço que o ordenamento jurídico pátrio autoriza a concessão de antecipação da tutela jurisdicional em desfavor do Poder Público, desde que atendidos os pressupostos normativos (artigo 273, incisos I e II, CPC) e ressalvadas as situações previamente excluídas (artigo 1º da Lei 9.494/97).

Ademais, a antecipação dos efeitos da tutela exige a presença da verossimilhança da pretensão do direito material, ou seja, a probabilidade de a parte obter êxito, bem como haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Na hipótese, a verossimilhança da alegação se assenta na extrema probabilidade da manutenção do entendimento firmado na sede escoteira e confirmado nesta sede, sobretudo por se tratar de responsabilidade do Estado, sem a necessidade do debate acerca da existência de culpa.

Por outro lado, conforme ficou bem estabelecido em meu voto, as sequelas das quais padece o requerente são incontroversas, inexistindo prognóstico de melhora terapêutica.

No que concerne ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação, também se revela inquestionável, haja vista que o indeferimento da medida permitirá a renovação diária do sofrimento imposto ao autor, em franco desprestígio ao constitucional princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF).

Não se pode olvidar que o autor vem sobrevivendo com o esforço de sua genitora, como destacou o perito (v. cf. fl. 226 – último parágrafo), sem a disponibilidade financeira necessária e suficiente para prover os dispendiosos gastos inerentes às especialíssimas condições em que se encontra, padecendo de doença incapacitante e fruto de ato ilícito perpetrado pelo Estado, como por exemplo, locomoção, higiene, alimentação e acomodação, dentre outros.

Com efeito, matéria similar, julgada pela egrégia Terceira Câmara Cível, foi levada até os Tribunais Superiores. Reconhecido o direito material, que inicialmente havia sido negado nesta Turma, sob o fundamento de falta de nexo de causalidade, a Corte Suprema decidiu por arbitrar verba indenizatória. Mas não parou aí. Houve

requerimento do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pleiteando antecipação de tutela, diante do estado vegetativo do menor autor. Então, o Relator Ministro Celso de Mello, Decano no Supremo Tribunal Federal, apresentou o voto condutor do julgamento, no RE 495.740-0/DF, acolhendo o pedido, sendo acompanhado pelos seus eminentes Pares.

Aliás, naquela ocasião, em decisão histórica, a Corte Suprema do País entendeu por afastar o regime de precatório, sob pena de negar o direito ao autor, que tanto dele precisava, não para o futuro, quando talvez não mais estivesse vivendo nesta dimensão. É fato público e notório que o Ministro Celso de Mello compareceu perante rede nacional de televisão, dando ciência da decisão que foi levado a proferir, sendo visível incontida emoção.

Neste ponto, merece destaque trecho do requerimento formulado pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, transcrito no voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello ao apreciar a tutela antecipada requerida no RE 495.740-0/DF:

Em uma palavra: sem o adiantamento da tutela, a criança tem recrudescidas suas precárias condições dia a dia, sem que se possa contornar, eficazmente, a situação em futuro incerto. A propósito, o feito ainda não transitou em julgado, cabendo, em tese, a dedução de novos recursos pelo ente estatal, não se viabilizando, sequer, execução provisória, porquanto somente reconhecido o direito do menor, após longos e longos anos, pelo próprio Supremo Tribunal Federal (...) A tutela antecipada, em consequência, é o único meio eficaz para garantir ao incapaz (...) a subsistência e afastar o iminente risco de morte que, conforme dispensa demonstração, ameaça cotidianamente o menor. Res-soa, nesse passo, a natureza alimentar e mandamental da pretensão.

Assim, em face da excepcionalíssima situação posta pela douta Procuradora de Justiça, tenho para mim que merece deferimento o pedido de antecipação de tutela. Na verdade, o trilhar deste processo já vai muito longe, porquanto ajuizado em novembro/2003 e sentenciado apenas em março/2012. Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta, segundo o Jurista Brasileiro, Ruy Barbosa. Aplica-se tal assertiva, com muita propriedade, ao caso sob análise.

Diante de tais circunstâncias, não vejo como agir de forma diversa, o que iria contra a minha consciência, ao deixar de prestar a jurisdição neste momento. Sei que se trata de caso inovador nesta egrégia Turma, mas a palavra da Corte Excelsa, a meu ver, conforta-me neste momento.

Com essas considerações, defiro o pedido de antecipação de tutela formulado pela douta Procuradora de Justiça Suzana de Toledo Barros, e determino o pagamento da verba arbitrada para reparar os danos morais, hoje fixada em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Tal valor deverá ser depositado em conta a ser aberta à disposição do Juízo da Sétima Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal – juízo de origem – e poderá ser movimentada, mediante justificação, pela representante legal do autor, por meio de requerimento nos autos do processo.

O prazo para depósito desta quantia fica definido, neste momento, em 30 (trinta) dias contados da intimação pessoal do réu, devendo o Oficial de Justiça identificar o servidor, a fim de, na hipótese de descumprimento, suportar a responsabilidade em regime de solidariedade com o Distrito Federal.

Desse modo, fica afastado o regime de precatório, em face de situação excepcionalíssima. Fixo multa pecuniária no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia, caso não seja efetuado o depósito no prazo de 30 (trinta) dias já definido, até o limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Peço vênias por haver me delongado, mas é como voto, complementando as razões já expendidas anteriormente.

O cumprimento não dependerá do trânsito em julgado, porquanto eventuais recursos nos Tribunais Superiores não terão efeito suspensivo.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Revisora) – Senhor Presidente, diante da excepcionalidade do caso e do grande sofrimento que tem experimentado essa família e essa criança, entendo que é garantia à sobrevivência do menor deferir o pagamento desta verba o mais rápido possível, como V. Ex.^a determinou, senão a Justiça dará uma decisão tardia.

Acompanho o eminente Relator, com essas breves considerações.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Vogal) – No mérito do recurso, estou de acordo.

O Direito passa por muitas transformações ao longo da sua existência, do seu exercício, e parece-me que, esta tarde, é uma delas. Vossas Excelências, eminentes Relator e Revisora, trouxeram razões que mostram uma grande sensibilidade do magistrado que está encarnado em vossas pessoas. Creio que são precursores daquilo que virá, amanhã, como um bom direito. O bom direito é aquele em que a ordem jurídica é reparada rapidamente, seja contra particulares, seja contra empresas, ou estatais, ou o próprio governo.

A existência de precatórios, em si mesmo, é uma dificuldade para a ordem jurídica. Sabemos que existem inúmeros precatórios que tramitam há anos, aguardando seus pagamentos, o que não tem sido feito. Do ponto de vista do convencimento pela sensibilidade dos argumentos, estou de acordo com V. Ex.^a e voto nesse sentido, mas queria deixar claro que os casos de precatório são de rigor. Existe uma cronologia. E, muitas vezes, muitas situações tão graves, ou mais graves do que esta, já devem ter ocorrido ao longo dos anos e estão na cronologia dos precatórios.

Sensibilizado com essa situação, o legislador criou duas formas de pagamento antecipado. Uma delas é o RPV, cujo valor máximo é de dez salários-mínimos – R\$ 6.780,00 (seis mil setecentos e oitenta reais). Posteriormente, veio a Emenda Constitucional 62: “Nos casos de portadores de doenças graves ou maiores de 60 anos, pode haver um pagamento antecipado de até 30 salários-mínimos.” Tal valor corresponde a pouco mais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Não existe previsão legal para a dispensa de precatório. Essa é a realidade.

Não sei se o precedente do Ministro Celso de Mello se encaixaria na Emenda Constitucional 62, que manda pagar, de imediato, até R\$ 20.340,00 (vinte mil trezentos e quarenta reais) no caso de portador de doença grave. Todavia, o argumento que V. Ex.^a e a Desembargadora Nídia Corrêa Lima usam foi tão fundamentado na boa justiça, na justiça que realmente toda a sociedade e o Ministério Público, representante lídimo dessa boa vontade de fazer justiça, exigem, que adiro ao vosso voto.

Como Magistrado aplicador do Direito há mais de 30 anos, espero que o Distrito Federal tenha a sensibilidade de pagar a essa criança e de cumprir esta decisão, sem objetá-la.

Assim, o meu voto é de acordo.

DECISÃO

Conhecer. Dar parcial provimento ao apelo do autor, ao apelo do DF e à remessa oficial nos termos do voto do Relator. Unânime.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2005011064630-0

Relator – Des. Cruz Macedo

Quarta Turma Cível

EMENTA

Civil e administrativo. Responsabilidade civil objetiva do estado. Procedimento de coleta de sangue. Queda da agulha no olho da criança. Perda quase total da visão. Presença do nexo de causalidade. Sentença mantida.

1. A responsabilidade objetiva do Estado, com guarida no artigo 37, §6º, da atual Constituição Federal, prescinde da prova do dolo ou da culpa, bastando perquirir-se o nexo de causalidade entre o dano e a conduta comissiva do ente público.

2. Mostra-se devida a indenização no caso de comprovada a presença do nexo de causalidade entre a atuação do agente público e os danos suportados pelo autor, considerando o resultado de perda quase total da visão em tão tenra idade, em decorrência de queda da agulha com que se realizaria a coleta de sangue do menor em seu olho, com lesão corneana e ao cristalino, culminando em catarata traumática.

3. Na fixação da indenização por danos morais, deve considerar o Juiz 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.

4. Apelo e reexame necessário não 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, Antoninho Lopes – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Cruz

Macedo, em proferir a seguinte decisão: negar provimento ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

W.A. de O. representado por G.O. ajuizou ação de reparação por danos em desfavor do DISTRITO FEDERAL, visando ao recebimento de indenização a título de danos morais, em virtude de falha em atendimento médico na Rede Pública de Saúde do DF, argumentando que no momento em que era submetido à coleta de sangue, o autor teve seu olho esquerdo perfurado pela agulha usada no procedimento, com perda de visão.

A r. sentença, de fls. 613/628, julgou procedente o pedido deduzido na petição inicial para condenar o réu a pagar ao autor R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de danos morais, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, ambos calculados a partir da fixação. Sem custas e honorários.

Em suas razões recursais (fls. 630/639), o réu relata os acontecimentos, sustentando, em síntese, que inexistem dos requisitos necessários para o reconhecimento do dever de indenizar, devendo ser levado em conta que não houve demonstração inequívoca dos fatos, da extensão do dano e tampouco da conduta negligente, imprudente ou imperita da enfermeira.

Impugna a descrição dos fatos narrada pela autora, afirmando que a conduta da enfermeira não se passou conforme descrito, alegando ainda que o pai do menor, que o acompanhava, deveria ter sido mais diligente na hora do exame, imobilizando a criança.

Acrescenta que o tratamento dispensado ao autor fora o correto para o caso, em estrita observância à técnica preconizada pela ciência médica, não podendo ser responsabilizado por um “*mero acidente*” (fl. 634).

Diz ainda que, nada obstante as consequências do acidente possam interferir na vida da criança, constituindo-se em fator de incômodo e aborrecimento, não de-

corre daí o dever de indenizar, que exige a configuração da ação ou omissão, dolo ou culpa do agente, nexo causal e dano.

Discorre sobre a responsabilidade médica ser obrigação de meio e não de resultado, não estando eles obrigados à cura do paciente, mas sim a envidar todos os esforços possíveis no intuito de obter o melhor resultado.

Sustenta que não pode ser responsabilizado por presunção, eis que não há comprovação de lesão permanente, tendo em vista que não houve prova pericial por desídia do próprio autor.

Por fim, insurge-se contra o montante arbitrado a título de indenização, porquanto fixada em valor exorbitante, que não se coaduna com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que devem imperar na espécie.

Requer a reforma da sentença, para que o pedido inicial seja julgado totalmente improcedente, ou, alternativamente, seja reduzido o montante fixado a título indenizatório.

Sem preparo, em face da isenção legal.

Contrarrazões às fls. 641/646.

Manifestação do Ministério Público às fls. 652/663, pugnando pelo conhecimento e não provimento do apelo.

É relatório.

VOTOS

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

Dispõe o Artigo 37, §6º, da Constituição Federal 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.

Assim, constituem pressupostos necessários à configuração dessa espécie de responsabilização aquiliana ou extracontratual a ocorrência do evento danoso, o nexo de causalidade material entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, e a qualidade de agente na prática do ato, ou seja, que o evento danoso se tenha verificado em razão do exercício da função ou cargo público.

No presente caso, o autor pleiteou indenização em virtude de alegada falha em atendimento médico na Rede Pública de Saúde do Distrito Federal no momento em que era submetido a uma coleta de sangue, ocasião em que a preposta do réu, ao retirar a tampa da seringa com a boca, deixou a agulha cair no olho da criança, que sofreu danos irreversíveis em razão da perda da visão.

Confira-se a narrativa erigida na r. sentença, que ora acolho como razões de decidir, *verbis*:

“A conduta praticada pelos agentes de saúde está robustamente comprovada. Os documentos acostados aos autos constatam que durante um procedimento simples de coleta de sangue a enfermeira responsável deixou cair uma agulha no olho do Autor, causando-lhe uma série de lesões. Os fatos alegados estão cabalmente comprovados pelos documentos juntados pelo Réu. No que se refere às circunstâncias fáticas ocorridas nas dependências do HRT, verifico que o relatório médico de fl. 73 traz a seguinte narrativa. Verbis: “O menor citado acima de 1 ano e dois meses de idade procedente de Paracatu – MG, internou-se na pediatria deste hospital em 10/10/2002 para investigação de febre prolongada. Foi encaminhado para o serviço de hematologia do HBDF para realização de mielograma, sendo diagnosticado CALAZAR e retornou ao HRT em 17/10/2002 onde foi iniciado o tratamento específico e investigação para provável anemia hemolítica [...] Durante um procedimento de coleta de sangue para acompanhamento da resposta ao tratamento (foi necessária várias coletas) ocorreu um acidente no qual houve uma lesão ocular na criança, ocasionada pela queda de um objeto perfurante (seringa de 5ml com agulha) que traumatizou o globo ocular esquerdo em região conjuntiva. Tal procedimento foi presenciado pelo pai da criança e pela técnica do banco de sangue que efetuou o procedimento. Imediatamente após o ocorrido (21/11/2002) foi solicitado um parecer da oftalmologia sendo respondido na tarde desse mesmo dia. O oftalmologista observou uma lesão em região paracentral da

córnea do olho esquerdo, sendo prescrito Lacribel e Epitesan. A criança foi reavaliada em 26/11/2002 e 28/11/2002 e foi diagnosticado uma catarata de origem traumática em olho esquerdo [...] No HBDF não houve condições (material e equipamento) para realização da cirurgia em questão. Através da Direção do Hospital Regional de Taguatinga (HRT), a cirurgia foi realizada em 16.01.03 pelo DR. S. DE P.S., médico oftalmologista que se encontra respondendo pela Chefia desta Unidade no HRT, usando seu equipamento particular para realização da mesma. [...] Taguatinga, 23 de agosto de 2005.” (grifei). Esta é, portanto, toda a sequência de procedimentos médicos realizados pelos profissionais de saúde desde a internação e, a toda evidência, não deixa dúvidas de que o Requerente teve seu olho esquerdo lesionado por uma agulha que caiu da mão da enfermeira responsável pela coleta de sangue. Pois bem. Neste ponto específico, cumpre rechaçar as teses desenvolvidas pelo Distrito Federal no que tange à ausência de imperícia, negligência ou imprudência na conduta adotada pela profissional. Veja que as afirmações feitas no sentido de que durante o procedimento a criança estava chorando e que caberia ao pai imobilizá-la não possuem o condão de afastar as consequências do fato. A uma porque a tentativa de lançar a responsabilidade pelo acidente ao genitor da criança carece de qualquer fundamentação lógica, jurídica ou moral. A duas porque a enfermeira tinha plena consciência de que efetuaria um procedimento em uma criança de apenas 1 ano e 2 meses de idade e, por isso, deveria tomar algumas precauções extras. Ademais, é certo que se a criança efetivamente estava chorando muito era dever da profissional de saúde interromper o procedimento ou requisitar o auxílio de outro profissional especializado para que o menor fosse imobilizado de forma correta e apropriada.” (fls. 618/620).

Percebe-se, portanto, pelos documentos constantes nos autos que restou comprovada a presença do nexo de causalidade entre a atuação do agente público e os danos suportados pelo autor, porquanto a perda da visão está diretamente relacionada à lesão corneana e ao cristalino, decorrente da negligência e imperícia com que atuou a enfermeira ao permitir a queda da agulha no olho da criança.

Frise-se que, ao contrário das alegações recursais, o argumento no sentido de que não houve comprovação dos danos, ante a ausência de prova pericial, é totalmente infundado, tendo em vista o laudo pericial acostado às fls. 584/592.

Nessa esteira, tenho que restaram demonstrados os fundamentos suficientes à imposição do dever de reparar, caracterizados pela situação que infligiu ao autor dor e sofrimento que, fugindo da normalidade, interferiu no seu comportamento psicológico, causando aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem estar, principalmente em razão da deficiência física que o acometeu em tão tenra idade, e o nexo de causalidade pela conduta da preposta do réu.

Frise-se que o montante da indenização a título de danos morais deve ser fixado moderadamente, no escopo de evitar o enriquecimento indevido da parte lesada, que, no caso de arbitramento desproporcionalmente maior, seria premiada ao invés de ressarcido.

Conforme já me manifestei anteriormente, entendo que a indenização por danos morais, como registra a boa doutrina e a jurisprudência pátria, há de ser fixada tendo em vista dois pressupostos fundamentais, a saber, a proporcionalidade e razoabilidade da condenação em face do dano sofrido pela parte ofendida, de forma a assegurar-se a reparação pelos danos morais experimentados, bem como a observância do caráter sancionatório e inibidor da condenação, o que implica o adequado exame das circunstâncias do caso, da capacidade econômica do ofensor e a exemplaridade – como efeito pedagógico – que há de decorrer da condenação.

Assim, verifico que a fixação da indenização no patamar indicado na r. sentença, no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), se mostra adequada a satisfazer a justa proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano moral sofrido pelo autor, bem como atende ao caráter compensatório e ao mesmo tempo inibidor a que se propõe a ação de reparação por danos morais, nos moldes estabelecidos na constituição, suficiente para representar um desestímulo à prática de novas condutas pelo agente causador do dano.

■ DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso e à remessa necessária, mantendo íntegra a r. sentença recorrida.

É como voto.

Des. Fernando Habibe (Revisor) – De acordo.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – De acordo.

DECISÃO

Negar provimento ao recurso, unânime.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2010011099528-3

Relatora – Des. Carmelita Brasil

Segunda Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Reforma do telhado de escola pública. Vendaval logo após a conclusão da obra. Serviço executado conforme contratação. Obrigação da empresa contratada de recuperar o telhado. Inexistência.

O art. 69, da Lei 8.666/93, dispõe que o contratado é obrigado a corrigir o objeto do contrato em que se verificarem defeitos resultantes da execução ou de materiais empregados, bem assim, o Código Civil, no art. 618, preceitua que, nos contratos de empreitada, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho por ele realizado.

Todavia, no caso, a empresa apelada não foi responsável pelo projeto básico, mas apenas pela execução do serviço de reforma do telhado da escola nos moldes previamente definidos pela Administração Pública, sendo a obra entregue conforme contratada.

Nesse contexto, a apelada não está obrigada a arcar com os prejuízos ocasionados pelo vendaval que atingiu o local, especialmente por se tratar de evento imprevisível e extraordinário.

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 Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da ilustrada sentença de fls. 451/463, *in verbis*:

"Trata-se de Ação de Cobrança proposta pelo Distrito Federal em face de Multwork Serviços Gerais Construtora Ltda., objetivando o recebimento da quantia de R\$ 38.861,66 (trinta e oito mil, oitocentos e sessenta e um reais e sessenta e seis centavos).

O autor alegou que, por intermédio do Convite nº 11/2008 – RAVI, a Administração Regional de Planaltina tornou pública a intenção de contratar empresa para reforma da Escola Classe nº 07, sagrando-se vencedora do certame a empresa ré.

Afirmou que, em 12 de janeiro de 2010, parte da estrutura reformada pela Multwork Construtora Ltda. foi danificada em razão da não colocação de peças de fixação metálica de encaixe entre as fases da estrutura da cobertura e as telhas de fibrocimento.

Narrou que, por diversas vezes, tentaram uma solução amigável da pendência, o que restou infrutífero. Assim, diante da negativa da ré, e sem poder remanejar as turmas de alunos para outra localidade, o Distrito Federal viu-se obrigado a contratar outra empresa para promover os respectivos consertos, os quais totalizaram o custo de R\$ 38.861,66 (trinta e oito mil, oitocentos e sessenta e um reais e sessenta e seis centavos).

Por fim, asseverou que a empresa ré estava obrigada a garantir a solidez, a segurança do trabalho e o material empregado pelo prazo de 5 (cinco) anos, por força da cláusula 9.2 do contrato administrativo firmado pelas partes.

Concluiu pedindo a citação da requerida, a procedência e a condenação da Multwork Construtora Ltda. a lhe pagar o valor desembolsado para promover os consertos que eram de sua responsabilidade.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 10/349.

Emenda às fls. 353.

Às fls. 368/382 a empresa ré apresentou contestação. Alegou que obedeceu ao contido no edital e a construção realizada observou todos os parâmetros da construção civil para a obra em questão.

Alegou que, em 12 de janeiro de 2010, ocorreu um forte vendaval na região, sendo que os ventos atingiram a velocidade de 70 km/h, conforme relatório do Instituto Nacional de Meteorologia, o que, de fato, foi responsável pelos danos ocorridos.

Informou que outras casas da região próxima à escola foram destelhadas, razão pela qual o ocorrido deve ser considerado caso de força maior, excluindo-se a responsabilidade da ré pelos danos verificados na construção.

Ao final, argumentou que o orçamento trazido aos autos pelo Distrito Federal não condizia com realidade, porque o valor para o reparo dos danos ocasionados pelo vendaval era de R\$ 18.298,64 (dezoito mil, duzentos e noventa e oito reais e sessenta e quatro centavos).

Replica às fls. 386/393, rebatendo os argumentos do réu.

Oportunizado o interesse quanto à dilação probatória, o Distrito Federal requereu o julgamento antecipado da lide, haja vista ser impossível a realização de perícia porque a estrutura danificada já foi reparada (fls. 398), e o réu requereu a produção de prova pericial e testemunhal, conforme peça de fls. 396/397.

Decisão saneadora às fls. 400/401, na qual indeferi a realização da prova pericial requerida pela ré e deferi a produção da prova oral.

Agravo Retido interposto pela requerida às fls. 405/406. Contrarrazões às fls. 429/430.

Audiência de instrução realizada em 26/04/2012 (fls. 419), na qual se tomou o depoimento de duas testemunhas arroladas pela parte requerida. Ante a ausência de uma testemunha, foi designado o dia 21/06/2012 para sua oitiva, a qual não se fez presente, sendo concedido o prazo de 20 dias à requerida para localizá-la (fls. 434).

Transcorrido o prazo, a requerida não se manifestou (fls. 438). Instrução encerrada às fls. 439.

Em alegações finais, apenas a parte autora se manifestou reiterando os termos da inicial (fls. 442/449)."

Acrescento que o pedido foi julgado improcedente, sob o fundamento de que a obra foi realizada conforme contratada e que os estragos foram ocasionados por um vendaval, evento extraordinário e imprevisível, sendo o autor condenado ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

O autor interpôs apelação reforçando os fatos e fundamentos do pedido formulado, especialmente, que deve prevalecer o laudo trazido aos autos com a petição inicial, no qual se pode inferir que houve, de fato, negligência na prestação dos serviços de edificação da estrutura que ruiu, causando prejuízos à Administração Pública.

Destaca o depoimento prestado pela Diretora da Escola, que se manifestou no sentido de que, "pelo que se recorda, não houve vendaval com ventos uivantes, mas teve vento", bem como, que não se ouviu comentários de que várias casas de Planaltina, naquele dia, tivessem sido destelhadas, pelo que se conclui que não há o que se falar em vento excessivo e que a queda se deu em razão de falha na execução do serviço para a qual a apelada foi contratada, consistente na ausência de colocação de peças de fixação de encaixe entre as faces da estrutura da cobertura e as telhas de fibrocimento.

Assevera que o art. 69, da Lei 8.666/93, preconiza que o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de execução ou de materiais empregados, e que o Código Civil Brasileiro, em seu art. 618, reza que, nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, o que, inclusive, está em harmonia com o contrato celebrado pelas partes, que estipula que a empresa apelada responde, por cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho prestado.

A apelada não ofertou contrarrazões, consoante certidão de fls. 478.

O apelante é isento do recolhimento de custas processuais.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Carmelita Brasil (Relatora) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação que objetiva a reforma da r. sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada pelo Distrito Federal em desfavor da Multwork Construtora Ltda., sob o fundamento de que a obra foi realizada conforme contratada e que os estragos no telhado da escola foram ocasionados por um vendaval, evento extraordinário e imprevisível.

A apelada foi contratada pela Administração Regional de Planaltina para reformar o telhado da Escola Classe 07, tendo a obra sido finalizada no ano de 2009. Contudo, em janeiro de 2010, parte do telhado foi arrancada pelo vento, sendo necessária a contratação de outra empresa para reparação dos danos, haja vista que a apelada recusou-se fazê-lo.

Em que pese a argumentação contida nas razões recursais, tenho que a r. sentença fez percuciente análise dos fatos e do direito aplicável ao caso em apreciação, razão pela qual peço vênua para transcrever e adotar como razões de decidir os judiciosos fundamentos nela lançados, *in verbis*:

“Tal como relatado, o Distrito Federal quer ver a ré condenada a lhe indenizar no valor acima, o qual teria sido gasto para promover os reparos que a escola necessitava. O autor defende que os danos à escola aconteceram por culpa da ré, a qual não teria fixado as telhas de forma correta. Já a ré defende que foi um vendaval que causou os estragos na cobertura da escola, quando não teria o dever de indenizar.”

Com a inicial o Distrito Federal juntou cópia do procedimento administrativo no qual a responsabilidade pela reparação dos danos foi imputada à ré (fls. 10/349). A ré, por sua vez, juntou a documentação de fls. 374/382.

É incontroverso nos autos que a requerida foi contratada pela Administração de Planaltina para fazer reforma na Escola Classe 07 daquela cidade; que ela fez a reforma terminada no ano de 2009; que houve ventania no mês de janeiro de 2010, quando as quatro salas reformadas foram destelhadas e experimentaram danos; que outra empresa foi contratada para refazer a reforma; e, que a requerida se negou a consertar os estragos e a indenizar o Distrito Federal do valor pago pelo conserto.

O Distrito Federal atribuiu culpa à requerida na feitura da obra, isto baseado no 'laudo de vistoria' de fls. 254/276, estando o documento original às fls. 319/323. Nele, às fls. 256, ficou consignado o que teria dado causa aos estragos e, por consequência, aos danos. Vejamos:

'Das causas: O destelhamento da cobertura do pavilhão, a nosso ver, teve como possível causa, além da ação do vento, a não colocação de peças de fixação (metálicas) de encaixe entre as faces da estrutura da cobertura e as telhas de fibrocimento. Podemos ver no esquema abaixo como seria o modelo esquemático de uma cobertura de madeira e logo abaixo um conjunto de peças que servem como elementos de ligação de uma estrutura (em madeira) e a cumeeira, terças e tesouras.

Veremos nas fotos abaixo que em nenhum ponto da estrutura avariada observamos a colocação de peças de ligação à cumeeira e de emenda de terças. Nada obstante nos outros blocos/pavilhões também submetidos à mesma ação da chuva e vento, nada sofreram em suas estruturas. Em alguns pontos podemos ver emendas executadas apenas por encaixe e encontro de madeira com pregos sem a suficiente rigidez para resistir à ação dos ventos, como preconiza a Norma da ABNT NBR – 7190/1997'.

Tal norma, no que se refere à fixação das telhas, prescreve o seguinte:

'Ligações 8.1 Generalidades

8.1.1 *As ligações mecânicas das peças de madeira podem ser feitas por meio dos seguintes elementos:*

- pinos metálicos:

- *cavilhas;*

- *conectores.*

Os pinos metálicos podem ser constituídos por pregos ou parafusos.

As cavilhas são pinos de madeira torneados.

Os conectores podem ser constituídos por anéis metálicos ou por chapas metálicas com dentes estampados.

No cálculo das ligações não é permitido levar em conta o atrito das superfícies em contato, nem de esforços transmitidos por estribos, braçadeiras ou grampos.

Devem ser respeitados os espaçamentos especificados e a pré-furação especificada para evitar o fendilhamento da madeira em virtude da presença dos elementos de união.

Para evitar a ruptura por tração normal às fibras em regiões de ligações localizadas, deve-se fazer a seguinte verificação: (...)

Pelas recomendações técnicas acima, é de se ver que a ré não teria contrariado a norma técnica para fixação das telhas na madeira, porque teria utilizada a técnica preconizada acima. Conforme se observa do documento de fls. 13, item 2.3.6, na especificação técnica do serviço que seria feito, o corpo técnico da Administração de Planaltina NÃO MENCIONOU como se daria a fixação das telhas à madeira (se com pregos, terças ou conectores), o mesmo sendo verificado no projeto básico de fls. 16/19, tal como item 04 01 400 de fls. 18.

Já o Edital que permitiu a contratação remeteu as especificações do serviço que seria prestado para as especificações técnicas e projeto básico (fls. 27/37).

No contrato de fls. 161/163 (cláusula terceira) também se menciona como a fixação seria feita.

Terminada a obra, a Administração de Planaltina atestou o cumprimento do contratado como pactuado (fls. 226), logo, a presunção é a de que o serviço foi entregue como contratado.

A parte requerida, no curso do procedimento administrativo, apresentou o que chamou de 'laudo técnico' de fls. 263/277, no qual o Engenheiro R.M. da S., que vistoriou o local, atestou que ela cumpriu o contratado conforme estava no Edital. Em que pese o autor querer desqualificar aquela informação técnica, qualquer um que ler a especificações de fls. 13 e o projeto básico de fls. 16/18 chegará à conclusão de que o que se mencionou no 'laudo' de fls. 319/323, como sendo as falhas que levaram à danificação do teto daquele pavilhão, não constou da contratação.

A ocorrência de chuva naquele dia e naquele local, com fortes ventos, está comprovada nos autos, inclusive com informação do Instituto de Meteorologia, embora a estação de medição não ficasse na mesma escola onde os danos se verificaram (fls. 374).

A prova testemunhal colhida é no mesmo sentido.

Vejamos os depoimentos:

'J.N.V. de A., brasileiro, casado, carpinteiro, portador do RG 1.303.394 SSP/DF, com demais qualificações nos autos. Aos costumes nada disse, razão pela qual lhe foi deferido o compromisso legal. Inquirida pelo MM Juiz respondeu que: na época da construção do galpão, o depoente lá trabalhou como carpinteiro, contratado por uma pessoa de nome N.; que não foi contratado pela empresa requerida; que trabalhou na feitura do madeiramento e na cobertura daquele galpão; que eram três carpinteiros e três auxiliares de carpintaria que fizeram o madeiramento do galpão; que o galpão foi coberto com telhas Eternit, que mediam 2,44m x 1,10m; que, segundo o depoente, todas as telhas foram fixadas com parafusos do tipo grampo, que davam a volta nas vigotas; que o depoente não trabalhou na fase de acabamento da obra não tendo colocado forro de PVC; que viu pelo DF/TV que umas telhas tinham voado porque havia chovido e tinha forte vento; que não esteve lá no galpão depois que os fatos aconteceram; que residia em Luziânia – GO, na época dos fatos; que o depoente só trabalhou naquele galpão; que não se recorda se as vigotas eram de 6m

x 12m ou de 5m x 11m; que as fotografias de fls. 295 mostram o forro de PVC; que a base para a colocação do forro é outra que não a do madeiramento para receber as telhas, isto porque o forro tem que ser reto e o telhado inclinado; **que, para o depoente, como o beiral era muito grande, de mais ou menos um metro e meio, se o vento entrasse por baixo do telhado ele teria que sair por algum lugar, o que poderia, inclusive, desprender as telhas dos grampos;** que, na época, a matéria jornalística falava que houve chuva forte com ventania; que, para o depoente, as peças de fixação, mencionadas por engenheiro do autor, que teria sido a causa do destelhamento, seriam chapa U ou meia-lua, não seriam necessárias no seu entender; **que, para o depoente, a madeira estava pregada com prego, o que seria o normal;** que não teve contato direto com o engenheiro responsável pela obra quando estava fazendo o madeiramento, tendo em vista que seu contato era com N.; que não teve acesso ao projeto da construção do galpão; que não foi chamado para fazer o conserto dos danos que o galpão experimentou; que não tem condições de informar com presteza qual a medida da cobertura daquele galpão em metros quadrados, acreditando que tenha sido entre 150 e 200; que não tem idéia do custo com madeiramento e telhas para fazer uma cobertura daquele tamanho; que na época cobrava R\$12,00 o metro quadrado para fazer a cobertura; que não conhece o engenheiro R.M.. Às perguntas do Dr. Advogado da Parte Requerida, respondeu que: **é carpinteiro a mais de 15 anos; que a forma que a cobertura daquele galpão foi feita pelo depoente é a que ele conhece e sempre faz;** que tem outras formas para se fazer a cobertura, basicamente ligada a pedreiro, por se tratar de alvenaria; que N. ia todos os dias fiscalizar o trabalho que estava sendo executado; que conhece N. como mestre-de-obras; que N. orientava o que deveriam fazer. Às perguntas do Dr. Procurador da Parte Autora, respondeu que: não tem conhecimento da Norma da ABNT 7.190/97. Nada mais havendo mandou o MM. Juiz encerrar o depoimento (fls. 420/421).’

’C.A.B., brasileira, divorciada, professora, portadora do RG 1.447.738 SSP/DF, com demais qualificações nos autos. Aos costumes nada disse, razão pela qual lhe foi deferido o compromisso legal. Inquirida pelo MM Juiz respondeu que: os fatos aconteceram na Escola Classe 07 de Planaltina – DF, a qual é composta por quatro pavilhões, sendo que na época a depoente era Diretora da Escola, permanecendo na Direção até hoje; que os fatos se deram em 12/01/2010,

salvo engano; que, salvo engano, os fatos aconteceram entre 15horas e 15h30min, quando a depoente estava chegando à Escola; que a depoente se recorda que antes dos fatos havia chovido e depois também choveu; que, pelo que se recorda, não houve vendaval com ventos uivantes, mas teve vento; que, quando a depoente entrou na sala da Direção da Escola, a Vice-Diretora S.N., que permaneceu na Escola todo o tempo, exclamou perguntando o que estava acontecendo, isto em relação ao barulho; que a depoente não viu o momento em que as telhas estavam caindo; que, quando a depoente viu o ocorrido, os fatos já tinham se passado; que houve destelhamento de uma parte de um dos pavilhões; que um pavilhão teve as telhas, que eram de ferro, picotadas por estilhaços das telhas do pavilhão danificado; que apenas um pavilhão tinha telha de ferro; que o pavilhão danificado foi construído pela requerida; que as telhas que cobriam o pavilhão, que eram de amianto, se soltaram, voaram, quebraram, isto correspondente a três salas, porque o pavilhão tinha quatro salas; que teve madeira que voou, que veio abaixo; que os forros de PVC que cobriam o teto das salas também foram danificados; que, salvo engano, as salas daquele pavilhão estavam sendo utilizados com alunos, uns 10 meses, quando o fato aconteceu; que a depoente não assinou documento comprovando a entrega da obra; que servidores da Administração de Planaltina, F. e A., eram as pessoas que tratavam com o Sr. G.; que, depois do ocorrido, a depoente comunicou os fatos à Regional de Ensino, por telefone, sendo orientada a fazer por escrito o comunicado, sendo que tirou fotos e encaminhou as informações para a Regional de Ensino e para a Administração de Planaltina adotarem providências; que, diretamente à requerida, a depoente não fez pedido para 'consertar' eventuais estragos; que, salvo engano, foi a Secretaria de Educação que fez os reparos; que não teve acesso às informações a respeito de eventual fornecimento de material pela requerida para os reparos que foram feitos na Escola; que alguns engenheiros, àquela época, falaram que os fatos aconteceram por defeito de amarrações, falha no projeto em relação às normas da ABNT; que não sabe informar com certeza se R.M. esteve lá na Escola para ver o ocorrido, mas se recorda que vários engenheiros lá estiveram, inclusive pela empresa requerida; que, salvo engano, os reparos foram feitos, no máximo, uns 5 meses depois da ocorrência dos fatos; que não ouviu comentários de que várias casas de Planaltina, naquele mesmo dia, também tivessem sido destelha-

das; que a Escola onde os fatos aconteceram ficam na parte Sul de Planaltina e a Estação de Águas Emendadas fica do lado Norte; que as telhas utilizadas para cobrir aquele galpão eram grandes, ou sejam, não eram essas pequenas de barro; que no geral ouviu comentários de que as amarrações teriam sido mal feitas, sendo que nenhum engenheiro mostrou para a depoente eventual falha na amarração daquelas telhas; que não se lembra qual engenheiro, mas ele mostrou para a depoente, em outro galpão antigo, que as telhas deveriam ter sido fixadas com parafusos iguais aos que lá existiam; que, depois dos consertos, as telhas agora estão bem parafusadas; que não sabe se houve instauração de procedimento administrativo a respeito do fato e esta é a primeira vez que presta depoimento a este respeito; que o Diretor da Regional de Ensino, àquela época, comentou com a depoente que a Secretaria de Educação contratava uma empresa para fazer os consertos, cuja empresa seria a MEVATO; que não se recorda de ter visto G. lá na Escola quando os consertos estavam sendo feitos. Às perguntas do Dr. Advogado da Parte Requerida, respondeu que: pelo que se recorda, a depoente não conversou com G. ou se lembra de que ele esteve lá na Escola nos dias que se seguiram aos fatos; que o Administrador de Planaltina esteve na Escola depois dos fatos; que não sabe informar quem levou as telhas para conserto, mas se recorda que lá ficaram algumas telhas; que não sabe informar se o madeiramento utilizado na cobertura do galpão foi aproveitado no conserto ou foi substituído; que sabe que algumas madeiras empenaram porque choveu muito encima; que não tem conhecimento se houve algum acordo entre a requerida e a Administração de Planaltina para fazer o conserto. O Dr. Procurador da Parte Autora, nada perguntou. Nada mais havendo mandou o MM. Juiz encerrar o depoimento (fls. 422/423).’

Diante de tudo isso, em que pese o dano experimentado pelo Distrito Federal e o desembolso dos valores pagos à NEVATO CONSTRUÇÕES (fls. 337/339 e 343/349) para fazer os consertos, não vejo que seja caso de procedência do pedido inicial, tendo em vista que **a melhor prova dos autos é a de que a ré cumpriu o contrato de acordo com as especificações apresentadas pela Administração de Planaltina e que os estragos decorreram da ação do vento.**

Ademais, o fato de o vento não ter danificado os outros galpões, por si só, não é a comprovação da má-prestação do serviço, haja vista que quando há vendaval nem todas as construções de um mesmo local sofrem impactos uniformes. Tal como se sabe, a ação de ventos fortes é por meio de rajadas, as quais podem atingir, com mais intensidade, uma só construção. Dependendo da direção do vento e da localização dos prédios, apenas um ou alguns podem ser atingidos, como parece ter acontecido, podendo o primeiro servir de barreira para os demais e aí sofrer toda a ação do fenômeno natural.

Não se pode olvidar que existe cláusula contratual prevendo a garantia de 05 anos, mas para que a garantia possa ser executada, o descumprimento contratual tem de ficar comprovado, só que no caso, pela prova dos autos, a obra foi entregue como contratada.” (g. n.)

Acrescento aos fundamentos do *decisum*, acima transcritos, que o magistrado possui ampla liberdade na valoração dos elementos de informação contidos nos autos, sendo necessário apenas que apresente as razões de seu convencimento.

A legislação processual pátria adota o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, o qual permite ao magistrado apreciar o conjunto probatório livremente, consoante se observa no art. 131, do Código de Processo Civil.

Inexistindo hierarquia na valoração da prova, não pode haver prevalência do laudo trazido aos autos com a petição inicial sobre as demais provas produzidas no processo, pelo fato de o mesmo ter sido produzido pela Administração Pública, consoante sustenta o apelante.

É cediço que o art. 69, da Lei 8.666/93, dispõe que o contratado é obrigado a corrigir o objeto do contrato em que se verificarem defeitos resultantes da execução ou de materiais empregados, bem assim, que o Código Civil, no art. 618, preceitua que, nos contratos de empreitada, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho por ele realizado.

Todavia, no caso, o dano foi ocasionado não por falha na execução do serviço, mas por evento extraordinário e imprevisível, devendo-se levar em conta, ainda,

o fato de que a apelada não foi responsável pelo projeto básico, mas apenas pela execução da obra nos moldes previamente definidos pela Administração Pública.

O apelante insiste que os danos à escola aconteceram por culpa da apelada, que não teria fixado as telhas de forma correta no madeiramento do telhado, conquanto as fotografias de fls. 242, 319 e 320 mostrem que parte do madeiramento também foi arrancada pelo vento, o que demonstra que as telhas foram bem fixadas.

Oportuno relembrar, portanto, as informações fornecidas pelo carpinteiro que trabalhou na obra, cujo depoimento foi transcrito linhas atrás, no sentido de que o beiral da escola possuía aproximadamente um metro e meio, e que “se o vento entrasse por baixo do telhado ele teria que sair por algum lugar, o que poderia, inclusive, desprender as telhas dos grampos”.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo incólume a r. sentença impugnada.

É como voto.

Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior (Revisor) – Com o Relator.

Des. J.J. Costa Carvalho (Vogal) – Com o Relator.

■ DECISÃO

Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2010011186772-5

Relator – Des. João Egmont

Quinta Turma Cível

EMENTA

Previdenciário. Doença ocupacional. Assédio moral no ambiente de trabalho. Incapacidade total e temporária verificada em perícia judicial. Auxílio-doença devido. Conversão em benefício acidentário.

- 1.** O auxílio-doença é devido ao segurado que sofre limitação em sua capacidade laboral em decorrência de acidente de trabalho, ficando incapacitado de retornar às suas atividades habituais, até que se promova a sua reabilitação em atividade que lhe assegure a subsistência.
- 2.** As provas testemunhais demonstram que a autora foi alvo de discriminação, de depreciação profissional e humilhações públicas, na presença dos demais empregados, decorrendo transtornos psicológicos dos quais a parte não se recuperou, estando temporariamente impossibilitada de retornar ao trabalho.
- 3.** Constatada a incapacidade laborativa, identificada na impossibilidade definitiva de retorno ao trabalho habitual, cabível a conversão do auxílio-doença previdenciário em seu homônimo acidentário.
- 4.** Remessa de ofício e recurso voluntário improvidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Egmont – Relator, Sebastião Coelho – Vogal, Gislene Pinheiro – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Sebastião Coelho, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta e reexame necessário por INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL contra sentença proferida nos autos de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, movida por T.V. de A.M.

De acordo com a inicial, a autora requer, em sede liminar, o restabelecimento do pagamento do auxílio-doença e, no mérito, a conversão do auxílio-doença em auxílio-acidente. Afirma que desenvolveu quadro de síndrome depressiva e outros transtornos em razão de assédio moral vivido em ambiente de trabalho. Sustenta que necessita de acompanhamento psiquiátrico e utiliza medicamento para controlar os sintomas. Sustenta ainda que o benefício foi indevidamente interrompido, pois ainda não tem condições de voltar ao trabalho, por estar com sua capacidade laborativa permanentemente comprometida (fls. 02/18 e 94/100).

O Ministério Público deixou de ofertar quesitos em razão dos já apresentados pelo Juízo (fl. 157-v).

O pedido liminar foi indeferido à fl. 163/163-v.

Formulado pedido de reconsideração (fls. 168/171), o qual foi indeferido (fl. 258).

O laudo de exame médico-pericial judicial foi apresentado às fls. 283/286.

Após nova manifestação da autora (fls. 290/291), o pedido de tutela jurisdicional antecipada foi deferido, determinando o restabelecimento do pagamento do benefício do auxílio-doença (fl. 303).

O INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (fls. 397/399-v).

Em audiência, a conciliação restou infrutífera e foram colhidas provas orais (fls. 354 e 360/366).

Nos termos da sentença recorrida, os pedidos autorais foram julgados parcialmente procedentes para confirmar a tutela de urgência e condenar o réu ao pagamen-

to ininterrupto do auxílio-doença acidentário pelo prazo de 2 anos, devendo a autora ser submetida a perícias após esse tempo. Condenou, ainda, ao pagamento das parcelas vencidas e não pagas devidamente corrigidas e à conversão dos benefícios auxílio-doença previdenciário, espécie B-31 em auxílio-doença acidentário, espécie B-91 (fls. 413/419).

Nesta sede recursal, o INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL requer a reforma da sentença no tocante à conversão do benefício em auxílio-doença acidentário (fls. 426/431).

Sem preparo, por isenção legal.

Contrarrazões às fls. 440/451.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Egmont (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso voluntário e da remessa de ofício.

Conforme relatado, cuida-se de apelação interposta por INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL contra sentença de parcial procedência proferida nos autos de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, movida por T.V. de A.M.

Extraí-se dos autos que a apelada exercia a função de agente securitária quando sofreu assédio moral e passou a apresentar problemas psicológicos. Requer o pagamento (parcelas vencidas e vincendas) do benefício do auxílio-doença, por estar com sua capacidade laborativa comprometida (fls. 02/18 e 94/100).

Na sentença, o magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora T.V. de A.M., condenando o réu INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL ao pagamento dos valores que não foram pagos, quando da suspensão indevida do benefício do auxílio-doença. Condenou, ainda, ao pagamento do auxílio-doença pelo prazo de 2 anos, além conversão dos benefícios auxílio-doença previdenciário, espécie B-31 em auxílio-doença acidentário, espécie B-91 (fls. 413/419).

O INSS insurge-se contra a conversão do benefício em auxílio-doença acidentário determinada na sentença. Sustenta, em suma, que não há indícios efetivamente técnicos do nexo causal sustentado pela apelada. Requer seja reformada a sentença quanto a esse ponto (426/431).

Com efeito, o auxílio-doença é devido de forma ininterrupta ao segurado que sofre limitação em sua capacidade laboral em decorrência de acidente de trabalho, ficando incapacitado de retornar às suas atividades habituais, até que se promova a sua reabilitação em atividade que lhe assegure a subsistência.

Dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 131, que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Embora o apelante alegue que o juiz se equivocou ao analisar as provas dos autos, verifica-se que houve um cotejo entre as provas apresentadas, sobretudo do laudo pericial e dos depoimentos colhidos em audiência.

No caso dos autos, o *expert* afirmou que há incapacidade laborativa total e temporária da apelada, mas não pôde constatar a existência de nexo de causalidade entre o suposto assédio moral e a doença por ela desenvolvida:

NÃO É POSSÍVEL, COM OS DOCUMENTOS APRESENTADOS, CONSTATAR A EXISTÊNCIA DO REFERIDO ASSÉDIO MORAL E, PORTANTO, NÃO É POSSÍVEL INFERIR PELA EXISTÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE.

Considerando os diagnósticos elaborados e conjunto de documentações e histórico clínico HÁ INCAPACIDADE, DE FORMA TOTAL E TEMPORÁRIO, PARA ATIVIDADES LABORATIVAS.

Considerando o tempo de afastamento e atual estágio clínico HÁ INDICAÇÃO DE AFASTAMENTO POR PERÍODO DE DOIS ANOS E POSTERIOR AVALIAÇÃO PERICIAL.

Considerando a incapacidade laborativa NÃO HÁ INDICAÇÃO DE ENCAMINHAMENTO AO ÓRGÃO COMPETENTE DO INSS PARA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. (fls. 238/286).

Já na prova oral, ficou demonstrado que houve exposição a situações humilhantes e constrangedoras no exercício de suas funções, com relação com o trabalho exercido, resultando em incapacidade laborativa.

Transcrevo trecho do depoimento da apelada, em que descreve as situações vividas no ambiente de trabalho:

"(...) que é funcionária da Maphre Administradora de Seguros Ltda.; que foi admitida na referida empresa no cargo de recepcionista, atividade que desempenhou, quando muito, por cerca de 1 ano e meio; que, em seguida, foi promovida a analista de sinistros, atividade que desempenhou ininterruptamente até a data do seu afastamento laboral; que sempre teve excesso de tarefas a serem desempenhadas na Maphre; que chegava antes e deixava o expediente depois do horário de trabalho para cumprir os resultados esperados pela empresa e que isso nunca a incomodou; isto porque sempre gostou muito do seu trabalho; que os seus problemas psicológicos surgiram depois que houve mudança na gerência de sinistro; que sempre teve bom relacionamento com os funcionários que ocuparam a gerência de sinistro antes do Sr. R.; que o Sr. R. estava lotado no Espírito Santo quando veio para assumir a gerência do Distrito Federal; que o relacionamento com o Sr. R. é que desencadeou as patologias de que é portadora; que desde o início da sua gerência o Sr. R. discriminava a declarante, talvez pelo fato de que a autora tinha o mesmo tempo de empresa que o do Sr. R. e era profunda conhecedora da carta de clientes e dos processos da seguradora que tramitavam no Distrito Federal e isso, eventualmente, lhe causava algum transtorno; que durante o período em que trabalhou com o Sr. R. foram inúmeros os desconfortos pelos quais passou relatados, por exemplo, no fato de que o Sr. R. redistribuía o trabalho da declarante para outros analistas da empresa, desprestigiando a declarante; que, em outros momentos, quando da ocorrência de assuntos novos, fazia questão de não instruir a autora, ao contrário do que fazia com os demais analistas; que, ainda assim, exigia que o trabalho fosse desenvolvido com a mesma qualidade; que não foram poucas as vezes que o Sr. R. censurou o trabalho da declarante na presença dos demais analistas do setor; que a declarante registra que a maioria desses analistas eram mais modernos que ela na empresa e todos eles foram treinados pela declarante; que não foram poucas as vezes em que o Sr. R., com

o intuito de humilhar a declarante, repassava trabalhos seus para serem re-feitos ou apreciados por esses analistas mais modernos; que na avaliação de competência da declarante o Sr. R., na ausência de indicadores objetivos desfavoráveis, chegou a anotar como fato negativo da declarante a dificuldade de relacionamento; que a declarante chegou a questioná-lo a respeito dessa avaliação, quando o Sr. R. foi claro ao dizer que a declarante tinha dificuldades de relação pessoal com o gerente, enfatizando que a questão se referia ao relacionamento pessoal com ele, o gerente de sinistros; que em certa ocasião a declarante teve destacada produtividade na avaliação de fraudes de sinistros, procedimento desencadeado pela empresa a fim de detectar irregularidades na avaliação do processo e estimulado financeiramente de acordo com a produtividade de cada um dos analistas; que em razão do bom trabalho desempenhado da autora, o Sr. R. chegou a apossar-se do seu holerite, sem autorização da declarante, apresentando aos demais analistas da empresa; que a declarante inicialmente contava ainda com o apoio silencioso dos demais analistas da empresa que com o tempo, entretanto, diante da campanha orquestrada pelo Sr. R. a fim de desprestigiar o seu trabalho, os demais analistas, até mesmo receosos de sofrerem represálias do gerente, passaram também a se afastar da declarante; que a declarante, embora incomodada com o comportamento do seu gerente que, na verdade, almejava que a declarante pedisse demissão da empresa, não buscou o auxílio da instituição empregadora; que isso se deu somente uma única vez, oportunidade em que o Sr. R., totalmente fora dos padrões da empresa, solicitou a senha pessoal da declarante para acesso dos processos em tramitação; que a declarante esclarece que como o Sr. R. tinha o direito de acessar os processos de todos os analistas da empresa o que fazia, contudo, utilizando a sua própria senha; que diante do pedido inusitado feito pela Sr. R. de acesso da senha da declarante, a autora receosa do que poderia acontecer uma vez que o Sr. R. poderia alterar, modificar ou dar andamento aos processos de sua responsabilidade sem identificar-se, tratou de documentar o fato em e-mail endereçado ao diretor da região Centro-oeste, comunicando a entrega da sua senha, com cópia para o próprio Sr. R.; que registra que o pedido de senha, solicitado pelo Sr. R.; foi endereçado apenas à declarante; que não tem notícia de comportamento igual a esse de outros gerentes ou em relação a outros analistas; que a senha é intransferível e a recomendação da

empresa, inclusive, é que não seja repassada a qualquer outra pessoa, mesmo porque identifica, para efeito de fiscalização, os atos praticados pelos funcionários em cada processo; que o referido e-mail está em poder da declarante, que pede seja anexado ao presente processo; que é fato que o Sr. R. não mais é empregado da Maphre; que acredita que o Sr. R. foi demitido em razão do assédio promovido em desfavor da declarante, embora esse fato não tenha sido identificado como motivador explícito da rescisão do contrato de trabalho; que a declarante chegou a procurar o diretor regional da empresa e a gerente da empresa, reclamando do comportamento do Sr. R., sem documentar tal queixa; que, na oportunidade, ambos pediram paciência à declarante, prometendo que tudo iria melhorar; que permanece recebendo tratamento médico e com uso constante de medicação; que entende não ter condições de retornar ao trabalho mesmo sabendo que o Sr. R. não mais mantém vínculo com a empregadora; que, na verdade, não consegue nem mesmo aproximar-se da sede da empresa no setor comercial sul; que atribui todos os seus problemas psicológicos ao assédio que sofreu do Sr. R.; que a declarante afirma que não tem histórico familiar de doenças mentais; que o único fato que consta do registro de fls. 64 dos autos é o relato- que fez a uma médica psiquiatra, sobre um tio paterno que havia sofrido um acidente com queda e lesão na cabeça, o que teria desencadeado problemas mentais; que a declarante registra que, por ocasião do seu casamento, o Sr. R. chegou a ameaçar a declarante de demissão se engravidasse.” (fls. 360/362).

Como bem ponderou o magistrado sentenciante, foi reconhecido o nexo de causalidade entre o trabalho da Autora e a patologia diagnosticada, sendo correta a determinação de conversão do auxílio-doença em seu homônimo acidentário, *verbis*:

“Assim, como se colhe dos depoimentos judiciais havidos, foi a Autora alvo de discriminação, de depreciação profissional e humilhações públicas, na presença dos demais empregados da seguradora.

Inquestionável, então, que o quadro desenhado pelos testemunhos judiciais revela cenário perfeito para a construção de debilidade psicológica da Autora sinistrada, desencadeando em adoecimento mental provocado no e pelo ambiente de trabalho.

Nesse contexto, em que se identifica a figura do assédio moral vertical, diante das atitudes adotadas pelo superior hierárquico em relação ao seu subordinado, as conseqüências danosas nos âmbitos físico, emocional e psicológico do trabalhador são previsíveis.

Em outras palavras, detectada situação em que o chefe age de maneira a humilhar e rebaixar seu subordinado, é razoável supor que tais danos podem causar ao empregado sérios problemas de saúde, conforme, na prática, ocorrerá no caso em apreço.

Saliente-se, nesse particular, que no caso da Autora não há antecedentes patológicos anteriores aos fatos articulados no processo, o que, uma vez mais, permitir relacionar o quadro de debilidade psiquiátrica à situação vivenciada no ambiente de trabalho.

Em suma, a exposição da Autora a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, agravada por se tratar de uma relação hierárquica, na qual predominou condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, não há como dissociar a desestabilização emocional do ambiente de trabalho, forçando o reconhecimento, na espécie, do nexo causal reclamado.

Arrematando impõe-se destacar ainda a impossibilidade de se falar em negativa do nexo causal diante da orientação dos Tribunais pátrios no sentido de se aplicar o princípio do in dubio pro operario, nas hipóteses, tais como a dos autos, em que na dúvida há de se dar prevalência aos interesses da parte hipossuficiente.

Estabelecido, pois, o nexo de causalidade das patologias que acometem a Obreira com o trabalho desempenhado, resta averiguar a presença de incapacidade laboral, dela decorrente, e a sua extensão.

Nesse particular, o laudo pericial produzido é dotado de elementos esclarecedores quanto ao atual estado de saúde mental da Obreira sinistrada.

Desse modo, o que se extrai da conclusão do laudo médico oficial é que a Autora apresenta patologias psiquiátricas (depressão e transtornos de personalidade).

de) que implicam incapacidade total e temporária para o trabalho, com “indicação de afastamento por período de dois anos e posterior avaliação pericial”.

Assim, em pese a pretensão da Autora, não faz jus, ao menos por agora, à concessão do benefício indenizatório do auxílio-acidente, previsto no art. 86 da Lei 8.213/91, já que as moléstias diagnosticadas pelo laudo pericial não estão consolidadas e, portanto, não sugerem perda parcial e definitiva de força produtiva.

Nesse contexto, face à segura conclusão médica não impugnada pelas partes, outro não pode ser o desfecho da demanda, ao meu aviso, senão a conversão dos benefícios auxílio-doença previdenciário (fls. 108/112) em seus homônimos acidentários, em razão do reconhecimento do nexos causal reclamado, bem como a ratificação, por sentença, da decisão deferida em medida de urgência, de restabelecimento o benefício temporário, devendo ser mantido ininterruptamente pelo período fixado no laudo médico judicial, devendo, a partir da superação do prazo consignado, o Instituto réu submetê-la às perícias médicas administrativas.

No mesmo toar, é de rigor assegurar a percepção de todas as parcelas vencidas e não pagas do auxílio-doença, desde a data da alta médica e indevida interrupção administrativa do benefício, uma vez que no laudo médico pericial há indicativo seguro de que a Obreira encontra-se em situação de total e temporária incapacidade desde o início do afastamento previdenciário (ver resposta ao quesito judicial de nº 06 – fl. 286).”

Assim, constatada a incapacidade laborativa, identificada na impossibilidade definitiva de retorno ao trabalho habitual, mostra-se cabível a conversão do auxílio-doença previdenciário em seu homônimo acidentário.

Com base no exposto, nego provimento ao recurso e à remessa necessária.

É como voto.

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2011011235179-8

Relator Designado – Des. Jair Soares

Sexta Turma Cível

EMENTA

Servidor público. Desvio de função. Inexistência. Pagamento de diferença de remuneração.

1. Aquele que, aprovado em concurso público, investido em determinado cargo, desempenha atribuições de outro cargo, ainda que por determinação da Administração, incorre em desvio de função que, ilegal, não autoriza o pagamento das diferenças respectivas, sob pena de se violar a norma constitucional.
2. Se as atribuições do cargo ocupado pelo servidor compreendem as atividades que ele desempenha, não há desvio de função.
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Ana Cantarino – Relatora, Jair Soares – Revisor e José Divino de Oliveira – Vogal, sob a presidência do Desembargador José Divino de Oliveira, em dar provimento. Por maioria. Redigirá o acórdão o Revisor, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 30 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da r. sentença, que ora transcrevo:

R.S.A. e W.P.M., qualificados nos autos, por seu advogado, ajuizaram ação de conhecimento, em desfavor do DISTRITO FEDERAL, objetivando a condenação do requerido ao pagamento de diferenças remuneratórias existentes entre a carreira por eles ocupadas e a carreira de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, em razão de suposto desvio de função.

Os autores relataram que são Militares da Polícia Militar do Distrito Federal.

Disseram que o requerido os teria desviado de função, tendo-os lotado no Complexo Penitenciário da "Papuda", local onde exercem as mesmas funções que os Agentes Penitenciários da Polícia Civil do Distrito Federal.

Entendem que o ato seria ilegal, porque a remuneração da função para qual foram contratados é inferior à remuneração destinada ao cargo de Agente Penitenciário, o que implicaria enriquecimento ilícito da Administração.

Colacionaram entendimentos jurisprudenciais em abono a sua tese. Ao final, requereram: a citação do requerido; a condenação do Distrito Federal ao pagamento das diferenças remuneratórias existentes entre os cargos por eles ocupados e o cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, durante o período em que exerceram a função de Agente Penitenciário, observada a prescrição quinquenal, além de sua condenação ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 16/71.

Pedido de gratuidade de justiça indeferido às fls. 73, oportunidade em que determinou-se aos autores que emendassem a inicial, a fim de demonstrar o provimento econômico pretendido com a presente ação.

A emenda veio aos autos às fls. 80/83, sendo recebida às fls. 112.

Citado, o Distrito Federal apresentou contestação (fls. 118/130), na qual alegou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido.

No mérito, defendeu a tese de que os autores não exercem a função de Agente Penitenciário, mas apenas reforçam a segurança do Complexo Prisional, que seria atribuição inerente aos cargos por eles ocupados.

Asseverou que seria indevido o pagamento de remuneração aos autores diversa da atribuída ao cargo no qual foram investidos, sob pena de ofensa ao Princípio do Concurso Público.

Ponderou que seria defeso ao Judiciário a concessão de aumento remuneratório a servidores públicos, sob o fundamento da isonomia.

Colacionou entendimentos jurisprudenciais em abono a sua tese. Ao final, requereu o acolhimento da preliminar suscitada, com a conseqüente extinção do feito, sem o julgamento de mérito. Subsidiariamente, requereu a improcedência dos pedidos, além da condenação dos autores ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios. Juntou os documentos de fls. 77/109.

Réplica às fls. 134/144.

Instadas a especificar provas, as partes não manifestaram interesse em sua produção.

A sentença proferida pelo M.M. juízo de primeiro grau rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido arguida pelo Distrito Federal, ressaltando não tratar-se de hipótese de reenquadramento funcional, mas sim de recebimento de diferenças salariais existentes entre os cargos em que os autores tomaram posse num cargo e a função que efetivamente exercem.

Adotou, no mérito, entendimento esposado pelo Desembargador Waldir Leônico, o qual se filia à tese de serem devidas as diferenças salariais nos casos em que policiais militares são incumbidos de exercer funções atinentes à carreira de agente penitenciário. Ao final, julgou procedente o pedido aduzido na petição inicial, condenando o DISTRITO FEDERAL a pagar aos requerentes as diferenças salariais entre o cargo em que tomaram posse e o de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, observada a prescrição quinquenal e deduzindo-se do pagamento de tais diferenças o pagamento dos valores referentes à GETAP – Gratificação de Exercício de Atividade Penitenciária.

Determinou a correção monetária a partir do momento em que se tornou devida cada parcela e os juros de mora a partir da citação. Condenou o DISTRITO FEDERAL a ressarcir os autores no valor das custas antecipadas, atribuindo-lhe, tam-

bém as despesas de honorários de advocatícios, os quais foram arbitrados em R\$ 1.000,00.

Apela o DISTRITO FEDERAL, às fls. 162/174.

Reitera a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido argumentando que o pleito dos autores dirige-se contra ato administrativo discricionário e que a equiparação de vencimentos postulada não possui amparo em lei. No mérito, defende não ser possível a equiparação requerida, pois os autores pertencem a outra carreira, qual seja, a de policial militar. Sustenta a inconstitucionalidade da equiparação reivindicada, destacando precedente do STF que afasta a possibilidade de ascensão funcional como forma de provimento de cargo público. Ao final, pugna pelo provimento de seu recurso.

Contrarrazões dos apelados, às fls. 178/193.

Requerem a manutenção da sentença, em todos os seus termos.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Ana Cantarino (Relatora) – Conheço do recurso voluntário e da remessa necessária, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto pelo DISTRITO FEDERAL contra a r. sentença de fls. 150/160 que, nos autos de ação de conhecimento sob rito ordinário ajuizada por R.S.A. e W.P.M. , julgou procedente o pedido inicial, a fim de condenar o ora apelante a efetuar o pagamento da diferença salarial referente ao período de duração do desvio de função imposto aos autores, policiais militares, que passaram a exercer funções de agente penitenciário.

O MM. Juiz afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido eis que, no caso em tela, o pleito autoral versa a respeito do recebimento das diferenças salariais havidas entre o cargo oficial dos requerentes e a função efetivamente desempenhada por eles, qual seja, a de agente penitenciário em complexo prisional no Distrito Federal. Apontou haver, em lei, diferenças entre as atribuições dos

membros da Polícia Militar e dos integrantes da categoria Agente Penitenciário da Polícia Civil, sendo devido, portanto, o pagamento das diferenças entre os referidos cargos.

Ao final, julgou procedente o pedido aduzido na petição inicial, condenando o DISTRITO FEDERAL a pagar aos requerentes as diferenças salariais entre o cargo em que tomaram posse e o de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, observada a prescrição quinquenal e deduzindo-se do pagamento de tais diferenças o pagamento dos valores referentes à GETAP – Gratificação de Exercício de Atividade Penitenciária. Determinou a correção monetária a partir do momento em que se tornou devida cada parcela e os juros de mora a partir da citação. Condenou o DISTRITO FEDERAL a ressarcir os autores no valor das custas antecipadas, atribuindo-lhe, também as despesas de honorários de advocatícios, os quais foram arbitrados em R\$ 1.000,00.

Em sede de apelação, o DISTRITO FEDERAL reitera a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido argumentando que o pleito dos autores dirige-se contra ato administrativo discricionário e que a equiparação de vencimentos postulada não possui amparo em lei. No mérito, defende não ser possível a equiparação requerida pois os autores pertencem a outra carreira, qual seja, a de policial militar sendo vedado o provimento de cargo público por meio de ascensão funcional. Ao final, pugna pelo provimento de seu recurso.

Inicialmente, impende salientar que a Constituição Federal estabelece, em seu art. 144, *caput*, que a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis e militares, e dos corpos de bombeiros militares.

Em relação às atribuições dos policiais militares e bombeiros militares, por sua vez, a Magna Carta dispõe, no art. 144, § 5º, que *“às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”*.

A Polícia Militar, no âmbito do Distrito Federal, organiza-se com base nos pilares da hierarquia e da disciplina, sendo destinada à manutenção da ordem pública e segurança interna do DF, consoante art. 2º, da Lei 7.289/84.

Cumpra assinalar que o texto inserto no dispositivo legal mencionado não autoriza o provimento de cargos sem o necessário atendimento à ordem constitucional, que determina a realização de concurso público para provimento de cargos, um dos mais mezinhos princípios do direito administrativo, disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

O DISTRITO FEDERAL, ora apelante, alega que não houve desvio de função, mas adequação das funções inerentes à segurança pública.

Não lhe assiste razão.

Em relação à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, afiro ter sido correta a sua rejeição pelo juízo *a quo*, pois a lide em questão não trata de reenquadramento dos policiais militares em carreira diversa da qual pertencem, mas apenas e tão somente do direito à percepção de vencimentos correspondentes ao cargo de agente penitenciário em razão do desvio de função ocasionado por ato da Administração Pública.

Desse modo, afastado a preliminar suscitada.

No mérito, ressalto que, embora as funções de agente de polícia e agente penitenciário pertençam à mesma carreira da Polícia Civil do Distrito Federal, não se confundem, tanto que prevista a realização de diferentes concursos para o ingresso nos respectivos cargos. A Administração Pública deve guardar vassalagem ao princípio da legalidade, não podendo proceder ao desvio de servidores das funções para a qual não foram legitimamente investidos.

Segundo informação extraída do sítio da Polícia Civil do Distrito Federal, o cargo de agente penitenciário, criado pela Lei 9659/98, tem as atribuições de vigilância, custódia, escolta, revista pessoal e em objetos, guarda, assistência e orientação de presos recolhidos nas unidades da PCDF. Além dessas, executa escoltas judiciais; escoltas de presos em ambientes hospitalares e escolta de viaturas no transporte de presos sob a responsabilidade da PCDF; e atua na recaptura de foragidos da Justiça e no recambiamento de presos de outros estados da federação¹.

1 <http://www.pcdf.df.gov.br/pgPaginaExtra.aspx?T=FNEGdr%2f7RRR0bBDo%2f5Ubjw%3d%3d&C=XInKtCALKoIeXSHxeyJAg%3d%3d> disponível em 14/10/2013.

Assim, patente o desvio de função perpetrado pela Administração Pública ao deslocar policiais militares para o papel de seguranças em complexo prisional, ônus que não compete aos integrantes da carreira da Polícia Militar, mas sim à categoria dos agentes penitenciários.

A jurisprudência, já há algum tempo, pacificou o entendimento de que é possível o pagamento das diferenças salariais nos casos de desvio de função de servidor público, sem que isso signifique reenquadramento de carreira ou ascensão funcional. Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados do Col. STJ:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE FUNÇÃO.

O servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus a reenquadramento, tem direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido pela Administração. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 188.624/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FUNÇÃO. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. RESP 1.251.993/PR, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. JUROS MORATÓRIOS. LEI 11.960/2009. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. RESP 1.205.946/SP, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. É pacífico o entendimento dessa Corte no sentido de que, reconhecido o desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito a ser promovido ou reenquadrado no cargo ocupado, tem ele direito às diferenças vencimentais devidas em decorrência do desempenho de cargo diverso daquele para o qual foi nomeado.

Precedente: RMS 27.831/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/9/2011; AgRg no Ag 1.261.874/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/12/2011.

2. A Primeira Seção dessa Corte, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, pacificou o entendimento de que é quinzenal o prazo prescricional para propositura da ação de qualquer natureza contra a Fazenda Pública, a teor do art. 1º do Decreto 20.910/32, afastada a aplicação do Código Civil.

3. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Súmula 85/STJ.

4. A Lei 11.960/2009, que alterou o artigo 1º-F da Lei 9.494/97, aplica-se a todas as condenações impostas à Fazenda Pública e aos processos em curso na data de sua vigência. Assim sendo, o recurso merece provimento nesse ponto. Precedente: REsp 1.205.946/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2/2/2012.

5. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no AREsp 29.928/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 14/05/2013).

A esta tese também se perfilha a jurisprudência deste E. Tribunal. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À DIFERENÇA SALARIAL. SÚMULA 378 DO STJ. REENQUADRAMENTO INDEVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Reconhece-se o desvio de função diante da incontrovérsia quanto ao fato de que os autores, ocupantes do cargo de Auxiliar de Limpeza Urbana, desempenharam atividade de mecânica, típica do cargo de Técnico de Administração Pública.

2. O desvio de função enseja pagamento da diferença de remuneração, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito da Administração, visto que a remuneração recebida pelo servidor é a contraprestação pelos serviços prestados.

3. *Aplica-se o enunciado da Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes".*

4. *Não há que se falar em reenquadramento, em respeito ao princípio da legalidade, que impõe seja o servidor mantido no cargo para o qual foi originalmente investido, nos termos do disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.*

5. *Remessa oficial e apelo improvidos. (Acórdão 632814, 20110112243119APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 31/10/2012, Publicado no DJE: 09/11/2012. Pág.: 207).*

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO. CABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Configurado o desvio de função do servidor público, devido se faz o pagamento da diferença entre as remunerações do cargo de auxiliar de atividade de limpeza pública e o cargo de motorista, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública, nos termos da Súmula 378 do c. STJ. Precedentes.*

2. *Apelação e reexame necessário conhecidos e não providos. (Acórdão 647452, 20110110167314APO, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: ALFEU MACHADO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/01/2013, Publicado no DJE: 22/01/2013. Pág.: 64).*

DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES. DESVIO DE FUNÇÃO. AGENTE PENITENCIÁRIO. INDENIZAÇÃO. VIABILIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM JUSTA CAUSA.

1. *Ao servidor que trabalhou em desvio de função são devidos, à título de indenização, os valores resultantes da diferença entre os vencimentos do cargo ocupado e da função efetivamente exercida, sob pena de se admitir locupletamento indevido da Administração. Precedentes do STJ e desta Casa.*

2. *Recurso conhecido e provido. (Acórdão 513896, 20090110923179APC, Relator: MÁRIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/06/2011, Publicado no DJE: 27/06/2011. Pág.: 95).*

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e do apelo e nego-lhes provimento, mantendo incólume a sentença.

É como voto.

Des. Jair Soares (Revisor) – Argui o apelante, em preliminar, impossibilidade jurídica do pedido.

O julgador, ao examinar as condições da ação, quanto à possibilidade jurídica, deve considerar o pedido “*não em seu sentido estrito de mérito, mas conjugado com a causa de pedir*” (Nelson Nery Júnior e Rosa de Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª edição, editora RT, p. 437).

A propósito do tema, oportuna a lição de Alexandre Freitas Câmara:

Outros autores, porém, ampliam o conceito desta ‘condição da ação’, afirmando que a mesma alcança, também, a causa de pedir. Em outros termos, significa dizer que não só o pedido, mas também o seu fundamento devem ser juridicamente possíveis, sob pena de se ter presente o fenômeno da ‘carência de ação’. Fala-se, então, e a nosso juízo mais propriamente, em ‘possibilidade jurídica da demanda’.

Esse requisito deve ser verificado por um critério negativo, ou seja, deve-se buscar determinar os casos em que o mesmo está ausente. Assim é que se deve considerar juridicamente impossível a demanda quando o pedido ou a causa de pedir sejam vedados pelo ordenamento jurídico, não podendo o Estado-juiz, ainda que os fatos narrados na inicial tenham efetivamente ocorrido, prestar a tutela jurisdicional pretendida (...). (in Lições de Direito Processual Civil, vol. I, 14ª edição revista e atualizada, Lúmen Júris, página 130).

Note-se que a possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação, segundo entendimento do e. STJ, “deve ser sindicado com base na Teoria da Asserção (‘prospettazione’), portanto com observância do que foi alinhavado pelo impe-

trante, sob pena de invasão do mérito da demanda.” (RMS 2004/0082597-4, Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 23.4.10).

Rejeito a preliminar.

Postulam os autores diferenças de vencimentos do cargo que foram investidos – policial militar – para o que, em tese, efetivamente exercem – agente penitenciário.

Com o advento da Constituição de 1988, o acesso a cargos públicos somente é possível mediante concurso público (CF, art. 37, II).

A propósito do tema, ensina Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, por meio de transferência de servidor público para outros cargos diversos daqueles para o qual foi originariamente admitido. (Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional, Atlas, 4ª edição, 2004, p. 840).

Aquele que, após aprovação em concurso público, investido no cargo, não pode desempenhar atribuições de outro cargo. Caso desempenhe, ainda que por determinação da Administração, incorre em desvio de função que, embora ilegal, não autoriza o pagamento das diferenças respectivas. Do contrário, estaria aberta a possibilidade de se violar a norma constitucional.

Nesse sentido, decisão da Suprema Corte:

ADMINISTRATIVO. FUNCIONALISMO. EXERCÍCIO DE CARGO DE MAIORES VENCIMENTOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SÚMULA 339.

Ante a jurisprudência fixada no enunciado da súmula 339, segundo a qual não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, não é possível determinar-se o pagamento de diferença de vencimentos ao fundamento de que o servidor desempenha atribuições iguais ao de exercente de outro cargo de maior retribuição. (RE 821.253, DJ de 19.12.85)

E deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. HIPÓTESE DE DESCABIMENTO.

- O servidor público faz jus apenas aos vencimentos do cargo no qual foi legalmente investido, ainda que, por desvio de função, exerça, indevidamente, atividades de outro cargo com vencimentos superiores.

- Não cabe ao Poder Judiciário, ao fundamento do princípio da isonomia, aumentar vencimentos dos servidores públicos (Súmula 339 do STF). O princípio isonômico compreende-se nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. (20010110108356APC, Relator Dácio Vieira, 5ª Turma Cível, julgado em 10/06/2002, DJ 24/02/2005 p. 61).

As atribuições dos autores, policiais militares, inerentes à Polícia Militar do DF, relacionam à manutenção da ordem pública, segurança interna do Estado, e, por consequência, de forma preventiva, à segurança do complexo prisional do DF.

O desempenho de funções pelos autores no presídio não caracteriza desvio de função. As atividades que ali desenvolvem são próprias da atividade militar.

A manutenção preventiva da ordem e segurança das pessoas e dos respectivos patrimônios, público ou privado, é função institucional da polícia militar. E a região circunvizinha ao complexo prisional, perigosa, é local em que, preventivamente, se faz necessária a presença dos policiais militares.

E a lotação dos autores na unidade penitenciária justifica em razão da carência de servidor nos estabelecimentos prisionais.

E o Decreto 88.777/83 dispõe, no art. 21, que:

Art. 21. São considerados no exercício de função de natureza policial-militar ou de interesse policial-militar ou de bombeiro-militar, os militares dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, da ativa, colocados à disposição do Governo Federal para exercerem cargo ou função nos seguintes órgãos: (Redação dada pelo Decreto 5.896, de 2006)

1 – *Gabinetes da Presidência e da Vice-Presidência da República; (Redação dada pelo Decreto 5.896, de 2006)*

2 – *Ministério da Defesa; (Redação dada pelo Decreto 5.896, de 2006)*

3 – *Casa Civil da Presidência da República; (Redação dada pelo Decreto 5.896, de 2006)*

4 – *Secretaria-Geral da Presidência da República; (Redação dada pelo Decreto 5.896, de 2006)*

5 – *Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; (Redação dada pelo Decreto 5.896, de 2006)*

6 – *Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República; (Redação dada pelo Decreto 6.604, de 2008)*

7 – *Agência Brasileira de Inteligência; (Redação dada pelo Decreto 5.896, de 2006)*

8 – *Secretaria Nacional de Segurança Pública, Secretaria Nacional de Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos e Conselho Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça; (Redação dada pelo Decreto 7.538, de 2011)*

9 – *Secretaria Nacional de Defesa Civil do Ministério da Integração Nacional; (Incluído pelo Decreto 5.896, de 2006)*

10 – *Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça e Tribunais Superiores; (Redação dada pelo Decreto 7.730, de 2012).*

11 – *Ministério Público da União. (Incluído pelo Decreto 5.896, de 2006)*

12 – *Ministério da Fazenda; e (Incluído pelo Decreto 7.522, de 2011)*

13 – *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. (Incluído pelo Decreto 7.522, de 2011)*

§ 1º *São ainda considerados no exercício de função de natureza policial-militar ou bombeiro-militar ou de interesse policial-militar ou bombeiro-militar,*

os policiais-militares e bombeiros-militares da ativa nomeados ou designados para: (Redação dada pelo Decreto 4.531, de 19.12.2002)

1) o Gabinete Militar, a Casa Militar ou o Gabinete de Segurança Institucional, ou órgão equivalente, dos Governos dos Estados e do Distrito Federal; (Redação dada pelo Decreto 4.531, de 19.12.2002);

2) o Gabinete do Vice-Governador; (Redação dada pelo Decreto 4.531, de 19.12.2002);

*3) a Secretaria de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal, **ou órgão equivalente**; (Redação dada pelo Decreto 4.531, de 19.12.2002);*

(...) – grifou-se.

Não há, pois, desvio de função. A administração pública tem discricionariedade para gerir, da melhor forma, os recursos humanos que dispõe, sobretudo no âmbito da segurança pública do DF.

Ainda que fosse possível reconhecer desvio de função, descabida a percepção de diferenças de vencimentos entre os cargos de policial militar e de agente penitenciário.

Dou provimento e julgo improcedente a ação. Custas e honorários de R\$ 300,00 (trezentos reais) para cada autor.

Des. José Divino de Oliveira (Presidente e Vogal) – Com o Revisor.

DECISÃO

Deu-se provimento. Por maioria. Redigirá o acórdão o Revisor.

APELAÇÃO CRIMINAL

2007071029475-4

Relator – Des. João Batista Teixeira

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal e processo penal. Apelações criminais. Crimes ambientais. Recurso do Ministério Público. Condenação pelo art. 40 C/C o art. 40-A da Lei 9.605/1998. Relação de dependência entre os delitos. Crime-meio para a consumação do crime-fim. Princípio da consunção. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Reconhecimento de ofício.

1. Aplica-se o princípio da consunção aos delitos ambientais imputados aos apelados, porquanto visam tutelar o equilíbrio ecológico, possuindo, assim, o mesmo objeto jurídico, além de haver relação de dependência entre eles, na medida em que o dano ambiental provocado à Unidade de Conservação (art. 40 c/c o art. 40-A, da Lei 9.605/1998) constituiu crime-meio para a consumação do delito previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998 (crime-fim).

2. Nos termos do inciso IV do art. 107 c/c o § 1º do art. 110, ambos do Código Penal, com a redação anterior à Lei 12.234/2010, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, tendo em vista que decorreram mais de 4 anos entre a data dos fatos imputados aos réus e o recebimento da denúncia pelo Juízo de primeiro grau.

3. Recurso do Ministério Público conhecido e desprovido, declarando-se, de ofício, a extinção da punibilidade do crime previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998, em relação aos réus, em face da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Batista Teixeira – Relator, Jesuino Rissato – Revisor, José Guilherme – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Nilsoni de Freitas, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Julgou-se extinta a punibilidade dos réus. Negou-se provimento ao recurso do Ministério Público. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Na peça acusatória, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS imputou aos denunciados PETS PAPÉIS E COMÉRCIO DE PRODUTOS RECICLÁVEIS LTDA. ME, J.F.S.R., G.P.B. e A.P.S.R. a prática dos delitos previstos no art. 40, c/c o art. 40-A, e no art. 54, § 2º, inciso V, todos da Lei 9.605/1998, bem como no art. 330 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos (fls. 02-04):

Desde aproximadamente maio de 2002 até março de 2008 os denunciados mantiveram em funcionamento a empresa Pets Papéis e Comércio de Produtos Recicláveis Ltda., situada nos lotes XX/XX, QI X, Taguatinga Norte-DF, sem autorização ambiental para as atividades de reciclagem, depositando materiais sólidos em área pública, às imediações do terreno da empresa.

O local está inserido na Área de Proteção Ambiental (APA) do Planalto Central, sendo unidade de conservação, consoante o inciso I do artigo 14 da Lei 9985/2000.

Conforme laudo 6569/2007 do Instituto de Criminalística:

[...] concluem os peritos que a atividade de reciclagem desenvolvida no local examinado, dada a falta de manejo e controle adequados dos resíduos sólidos ali processados, causam danos ao meio ambiente, pois: prejudicam a saúde e o bem-estar da população, através dos vetores que ali se alojam; afetam desfavoravelmente a biota, notadamente com a infiltração do chorume (sem

qualquer tratamento prévio); afetam as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente [...].

Outrossim, face às irregularidades observadas, o Instituto Brasília Ambiental (IBRAM) lavrou o Auto de Infração 1342/2007, série B, interditando totalmente as atividades da empresa.

O mandamento proibitivo constante do auto de infração foi ignorado pelos denunciados, que mantiveram normalmente o funcionamento da empresa, desobedecendo flagrantemente ordem de funcionário público.

Destarte, a pessoa jurídica, por não cumprir o mandamento proibitivo e por desprezar os encargos ambientais a ela impostos, se beneficiou economicamente da situação. Sendo responsáveis pela degradação ambiental, tanto a empresa denunciada quanto os sócios, além de seu administrador, visto que estes tinham a obrigação de agir em prol da defesa do meio ambiente e não o fizeram, configurando assim crime comissivo por omissão.

Assim, ao depositar resíduos sólidos em área pública e em área particular sem manejo adequado, causando danos diretos e indiretos à unidade de conservação onde se encontram, provocando, ainda, poluição que resulta em danos à saúde humana, por lançamento de resíduos sólidos em desconformidade com a legislação vigente os denunciados incorreram na prática criminosa capitulada nos artigos 40 c/c 40-A e artigo 54, § 2º, V, da Lei 9605/98.

Ademais, ao desobedecerem ordem legal de funcionário público, os denunciados incorreram na prática capitulada no artigo 330 do Código Penal.

Em 22.09.2009, foi formulada proposta de suspensão condicional do processo aos réus G.P.B. (fls. 124-125), A.P.S.R. (fls. 126-127) e J.F.S.R. (fls. 128-129).

Em 21.06.2011, foi decretada a revelia dos referidos réus, bem como revogado o benefício da suspensão condicional do processo (fls. 212), com o prosseguimento da ação penal.

Às fls. 240 (retificada às fls. 245), verifica-se que, em 27.10.2011, o douto Juízo *a quo* declarou a extinção da punibilidade em relação a J.F.S.R., em razão do cumpri-

mento das condições impostas quando da suspensão condicional do processo (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95).

Na mesma ocasião, o Magistrado homologou nova proposta de suspensão condicional do processo em relação aos réus G. e A., os quais, novamente, descumpriram as condições impostas, o que ensejou a revogação do benefício, em 08.06.2012, com o prosseguimento do feito, e a decretação de revelia, consoante se verifica das fls. 264.

Na r. sentença de fls. 316-322, proferida pelo douto Juízo da Segunda Vara Criminal de Taguatinga, os denunciados G.P.B. e A.P.S.R. foram condenados como incurso nas penas do art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998 a 1 ano de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. O Juízo *a quo* registrou, na r. sentença, que a instrução processual realizou-se apenas em relação aos réus G. e A., não tendo sido apresentada proposta de suspensão condicional do processo à pessoa jurídica diante da informação de encerramento de suas atividades. Contra a referida sentença, recorrem o MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS e os denunciados G.P.B. e A.P.S.R.

Nas razões de fls. 329-337, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS insurge-se contra o entendimento do Juízo de primeiro grau, que, em face do princípio da consunção, condenou G.P.B. e A.P.S.R. apenas pelo delito previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998, por entender que este absorveria o crime tipificado no art. 40 c/c o art. 40-A da Lei 9.605/1998.

Asseverou, no ponto, que os crimes mencionados não constituem tipos penais progressivos, uma vez que tutelam bens jurídicos diversos. Argumentou que o tipo penal previsto no art. 40 c/c o art. 40-A, da referida lei, possui como objeto jurídico a proteção ao meio ambiente, especificamente às Unidades de Conservação. Por sua vez, o delito previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei de Crimes Ambientais, possui como objeto jurídico não apenas a proteção ao meio ambiente, mas também à incolumidade pública.

Assim, requereu a reforma da r. sentença, para que G.P.B. e A.P.S.R. sejam condenados também pela prática do delito tipificado no art. 40 c/c o art. 40-A da Lei 9.605/1998.

Nas razões recursais de fls. 361-372, a Defesa dos réus G. e A., com base no art. 386, incisos II e IV, do Código de Processo Penal, postulou sua absolvição em razão da ausência de prova da materialidade do fato e da autoria. Subsidiariamente, pugnou pela aplicação do princípio da insignificância, com a consequente absolvição dos condenados pela atipicidade material do fato, na forma do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Caso não acolhidos os pedidos mencionados, requereu a desclassificação para o crime previsto no art. 54, § 1º, da Lei 9.605/1998, que trata da modalidade culposa.

Nas contrarrazões (fls. 340-346 e 374-380), ambas as partes postularam o conhecimento e o desprovimento do recurso da parte contrária.

No Parecer de fls. 388-396, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso do Ministério Público e pelo conhecimento e desprovimento da apelação interposta pela Defesa.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Batista Teixeira (Relator) – Aprecio, inicialmente, o recurso do Ministério Público. Presente o pressuposto de admissibilidade, conheço do recurso.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

a) Do pedido de condenação dos réus Genival e Adriana pelo art. 40 c/c o art. 40-A, da Lei 9.605/1998.

Materialidade incontroversa

A materialidade do delito está comprovada pela (a) portaria de instauração do Inquérito Policial (fls. 06-08); (b) pelo Laudo de Exame de Local (fls. 21-31); (c) pelo Ofício do IBRAM (fls. 41), que informa a ausência de licença ou autorização ambiental para obras ou edificações na QI X, Lote XX/XX, Setor de Indústria de Taguatinga; (d) pelas alterações do Contrato Social (fls. 57-59 e 60-61); (e) pelo Ofício do IBRAM (fls. 62), que noticia que a sociedade empresária Pet – Papéis e Comércio de Produtos Recicláveis descumpriu a penalidade de interdição total

de suas atividades, cominada no auto de infração 1342, continuando a funcionar irregularmente; (f) bem como pela Procuração por Instrumento Público (fls. 71).

Autoria – Princípio da consunção

A autoria restou demonstrada, mas o crime previsto no art. 40 c/c o art. 40-A deve ser absorvido pelo do art. 54, § 2º, inciso V, todos da Lei 9.605/1998.

Convém transcrever, por oportuno, os tipos penais imputados aos denunciados G.P.B. e A.P.S.R..

Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:

1º Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre. (Redação dada pela Lei 9.985, de 18.7.2000)

§ 2º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena. (Redação dada pela Lei 9.985, de 18.7.2000)

Art. 40-A. (VETADO) (Artigo incluído pela Lei 9.985, de 18.7.2000)

§ 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural. (Parágrafo incluído pela Lei 9.985, de 18.7.2000)

§ 2º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Uso Sustentável será considerada circunstância agravante para a fixação da pena. (Parágrafo incluído pela Lei 9.985, de 18.7.2000)

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

§ 2º Se o crime:

(...)

V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

No Laudo de Exame de Local, constata-se que os peritos compareceram ao local em que a sociedade empresária Pets Papéis e Comércio Ltda exercia sua atividade de reciclagem, tendo assim concluído (fls. 21-31):

(...) Concluem os peritos que a atividade de reciclagem desenvolvida no local examinado, dada a falta de manejo e controle adequados dos resíduos sólidos ali processados, causam danos ao meio ambiente, pois prejudicam a saúde e o bem-estar da população, através de vetores que ali se alojam; afetam desfavoravelmente a biota, notadamente com a infiltração do chorume (sem qualquer tratamento prévio); afetam as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.

Saliente-se que aproximadamente 500m² de área pública adjacente ao lote é utilizado no exercício da atividade descrita, também ali efetuada de forma precária e rudimentar, contribuindo para a degradação da qualidade ambiental.

Às fls. 22 do referido laudo, consta, ainda, a informação de que a área examinada e degradada, em razão da atividade desenvolvida pela sociedade Pets Papéis e Comércio Ltda., situa-se dentro da Área de Proteção Ambiental (APA) do Planalto Central, bem como se encontra na Bacia Hidrográfica do Rio Descoberto.

Importante ressaltar que a sociedade empresária referida além de exercer atividade de reciclagem causadora de degradação ambiental, sequer possuía licença ou autorização ambiental para obra ou edificações no local dos fatos, o que evidencia a ilegalidade da atividade exercida, que, por relacionar-se à reciclagem de resíduos sólidos, pressupõe a autorização emanada por órgão ambiental competente.

Com efeito, do Laudo de Exame de Local é possível extrair, tal como constou da sentença, que a atividade desenvolvida dirigia-se à separação e prensagem de resíduos sólidos, condicionando-os no interior do estabelecimento comercial e na área externa a ele adjacente, de natureza pública. Para o exercício de ambas as atividades, inexistia qualquer autorização concedida por órgão competente.

De outra parte, conforme registrado no aludido laudo, embora o lixo doméstico não transmita diretamente nenhuma doença, pode provocar enfermidades em virtude da presença de vetores, tais como ratos, baratas, moscas, urubus, cães, gatos e gado, esses sim, responsáveis pela transmissão de diversas formas de diarreias, disenterias, febre tifoide, tifo, cisticercose e, notadamente, a leptospirose.

Sob essa perspectiva, o acervo fático carreado aos autos deixa inequívoco que o exercício da atividade de reciclagem de resíduos sólidos pela sociedade empresária causou dano direto à Área de Proteção Ambiental, de modo que restou caracterizado o tipo penal previsto no art. 40 c/c o art. 40-A, da Lei 9.605/1998.

De outra parte, a responsabilidade penal imputada a G.P.B. e a A.P.S.R. decorre do fato de eles terem exercido a função de gerente e de administrador da sociedade empresária. Com efeito, da leitura da cláusula sexta do contrato social de sociedade por cotas de responsabilidade limitada (fls. 60-61) e da cláusula nona da alteração contratual (fls. 57-59), depreende-se que G.P.B. exerceu a gerência e a administração da sociedade no período entre maio de 2002 e julho de 2003, quando foi substituído por A.P.S.R., até abril de 2004, ocasião em que outorgaram procuração por instrumento público a J.F., pai de A., para que este gerisse a atividade empresarial, de sorte que a partir daí não há como imputar-se qualquer responsabilidade penal a G. e a A.

Nesse contexto, restou demonstrado que G. e A., na condição de gerentes e administradores da empresa Pets Papéis e Comércio de Produtos Recicláveis Ltda. ME, nos períodos acima delineados, cientes da ilegalidade da atividade empresarial

exercida em condições precárias e sem observar os procedimentos técnicos exigidos legalmente, causaram dano ambiental à Área de Proteção Ambiental.

Logo, restou caracterizado o delito previsto no art. 40 c/c o art. 40-A da Lei 9.605/1998.

Por outro lado, afirma o Ministério Público que os crimes do art. 40 c/c o art. 40-A e do art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998 não constituem tipos penais progressivos, uma vez que tutelam bens jurídicos diversos. Argumenta que o tipo penal previsto no art. 40 c/c o art. 40-A, da referida lei, possui como objeto jurídico a proteção ao meio ambiente, especificamente às Unidades de Conservação. Por sua vez, o delito previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei de Crimes Ambientais, possui como objeto jurídico não apenas a proteção ao meio ambiente, mas também à incolumidade pública.

Contudo, razão não lhe assiste.

A meu sentir, agiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado de primeiro grau, ao entender que o ato de causar dano à Área de Proteção Ambiental está abrangido pelo ato de causar poluição que possa resultar em dano à saúde humana, sobretudo porque ambos os crimes possuem o mesmo objeto jurídico, o meio ambiente, motivo pelo qual o delito do art. 40 c/c o art. 40-A deve ser absorvido pelo do art. 54, § 2º, inciso V, todos da Lei 9.605/98.

Confira-se, a propósito, a lição de Fernando Capez, ao comentar os referidos tipos penais:

Comentários ao art. 40

5.12.4. Objetividade Jurídica

Protege-se o equilíbrio ecológico.

(...)

5.12.5. Objeto material

São as Unidades de Conservação e as áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274/90 (áreas localizadas num raio de 10 km a partir das Unidades de Conservação). Convém notar que o art. 24 da Lei 9.985/2000 dispõe que o

subsolo e o espaço aéreo, sempre que influírem na estabilidade do ecossistema, integram os limites das unidades de conservação.

5.12.6. Conduta típica

Consiste em causar dano, que significa ocasionar, provocar estrago, deterioração, danificação ou prejuízo efetivo.

(...)

5.12.9. Elemento subjetivo

É o dolo, consistente na vontade livre e consciente de causar dano às Unidades de Conservação ou às áreas aos arredores destas, num raio de 10 km (...).

5.24. Comentários ao art. 54

(...)

5.24.3 Conceito geral de poluição

Poluição é qualquer tipo de degradação do meio ambiente decorrente da atividade humana de nele introduzir substâncias ou energias prejudiciais, ocasionando danos aos diversos ecossistemas. O art. 54 da Lei do Meio Ambiente exige que o agente provoque a poluição em níveis tais que resultem, ou possam resultar, danos à saúde humana ou que causem a mortandade de animais ou destruição significativa da flora. Assim, não é qualquer poluição que será punida, mas somente aquela que resultar em danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora.

5.24.4. Objetividade Jurídica

Tutela-se o equilíbrio ecológico.

5.24.5 Objeto material

O ser humano, a fauna e a flora.

5.24.6. Conduta típica

Consiste em causar (motivar, originar, produzir) poluição (qualquer tipo de degradação do meio ambiente decorrente da atividade humana de nele intro-

duzir substâncias ou energias prejudiciais, ocasionando danos aos diversos ecossistemas) em níveis prejudiciais (...). (In Curso de Direito Penal, volume 4: legislação penal especial. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 102-136)

Diante de tais considerações, é inegável que ambos os delitos imputados aos denunciados G. e A. visam tutelar o equilíbrio ecológico, de sorte que detêm o mesmo objeto jurídico. Aliado a esse fundamento, no caso concreto, revela-se evidente a relação de dependência entre os delitos, na medida em que o dano ambiental provocado à Unidade de Conservação constituiu crime-meio para a consumação do delito previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998 (crime-fim).

Dessa forma, não merece qualquer reparo a r. sentença, cujos fundamentos, sobre o tema em debate, reproduzo (fls. 318):

Impõe reconhecer que o crime previsto no art. 40 c/c o art. 40-A da Lei 9.605/98 prevê a conduta de causar dano direto ou indireto à Área de Proteção Ambiental, certo de que o local do fato se insere no referido conceito, uma vez que assim dispõe o art. 14, I, da Lei 9.985/00, e o Laudo de Exame de Local (fls. 21/27) atesta claramente que “consoante o mapa ambiental do Distrito Federal (SEMARH 2002) a área situa-se dentro da Área de Proteção Ambiental (APA) do Planalto Central”. Por sua vez, o crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98 descreve a conduta de causar poluição que possa resultar em dano à saúde humana por meio de lançamento de resíduos sólidos em desacordo com exigências estabelecidas em lei ou regulamentos. Ora, vê-se claramente que o ato de causar dano à Área de Proteção Ambiental está abrangido pelo ato de causar poluição que possa resultar dano à saúde humana, visando ambos os crimes à proteção do mesmo bem jurídico, o meio ambiente, razão pela qual se permite concluir de modo inarredável que o primeiro crime é absorvido pelo segundo, sob pena de evidente dupla punição pelo mesmo fato.

Ao causar poluição danosa à saúde humana em Área de Proteção Ambiental há de se reconhecer que não há duas condutas penalmente relevantes, mas uma só, em especial aquela que revela a finalidade da conduta, ou seja, o lançamento de resíduos sólidos em confronto à lei.

Em face das considerações acima expendidas, não comporta acolhida o pedido do Ministério Público de que seja afastada a aplicação do princípio da consunção a

fim de que os réus Genival e Adriana sejam condenados também pelo delito do art. 40 c/c o art. 40-A da Lei 9.605/1998.

RECURSO DE G.P.B. e A.P.S.R.

Verifico, inicialmente, a ocorrência da extinção da punibilidade do crime previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998, imputado a G. e a A., em face da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Quanto a G.P.B., foi imposta a pena definitiva de 1 ano de reclusão pela prática do delito previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998, ocorrido entre maio de 2002 a julho de 2003, de sorte que incide a prescrição em quatro anos (inciso V do art. 109 c/c o § 1º do art. 110, ambos do Código Penal, este último com redação anterior à Lei 12.234/2010). A denúncia foi recebida em 25.06.2009 (fls. 97).

Da mesma forma, quanto a A.P.S.R., foi imposta a pena definitiva de 1 ano de reclusão pela prática do delito previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998, ocorrido entre julho de 2003 a abril de 2004, de sorte que incide a prescrição em quatro anos (inciso V do art. 109 c/c o § 1º do art. 110, ambos do Código Penal, este último com redação anterior à Lei 12.234/2010). A denúncia foi recebida em 25.06.2009 (fls. 97).

Observa-se que o fato criminoso imputado aos réus ocorreu antes da edição da Lei 12.234/2010, a qual vedou que a prescrição de que trata o § 1º do art. 110 do Código Penal tenha por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Dessa forma, por ser mais benéfica ao réu, aplica-se ao caso a redação anterior dos §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal, que assim dispõem:

§ 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. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

Assim, segundo a legislação vigente à época dos fatos, possível o reconhecimento da prescrição retroativa em momento anterior ao recebimento da denúncia. No

caso, transcorreram mais de 4 anos entre a data em que o delito foi cometido (julho de 2003 em relação a G. e abril de 2004 em relação a A.) e o recebimento da denúncia, no dia 25.06.2009 (fls. 97), de sorte que restou consumada a prescrição da pretensão punitiva retroativa. Registro, por oportuno, que o benefício da suspensão condicional do processo foi concedido a eles em momento posterior à consumação da prescrição, de sorte que não influenciou no decurso do prazo prescricional.

Diante de tais fundamentos, voto no sentido de se CONHECER dos recursos, NEGAR PROVIMENTO ao interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e, de ofício, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE do crime previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/1998, em relação a G.P.B. e a A.P.S.R., nos termos do inciso IV do art. 107 do Código Penal, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva (inciso V do art. 109 c/c o § 1º do art. 110, em sua redação anterior à edição da Lei 12.234/2010, ambos do Código Penal), restando prejudicadas as alegações invocadas nas razões recursais apresentadas pela Defesa.

É como voto.

Des. Jesuino Rissato (Revisor) – Com o Relator.

Des. José Guilherme (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Julgou-se extinta a punibilidade dos réus. Negou-se provimento ao recurso do Ministério Público. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2011011194994-3

Relator Designado – Des. Jesuino Rissato

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal. Processo penal. Cárcere privado e lesão corporal seguida de morte. Identidade física do juiz. Princípio não absoluto. Contraditório observado. Provas suficientes da materialidade e autoria. Semi-imputabilidade. Sentença condenatória. Causa de diminuição obrigatória. Medida de segurança substitutiva. Parcial provimento.

1. O princípio da identidade física do juiz, estabelecido no art. 399, § 2º, do CPP, não tem caráter absoluto, podendo ser excepcionado nas hipóteses previstas no art. 132, do CPC.

2. As regras do contraditório e da ampla defesa são satisfeitas quando a parte toma ciência de documento juntado após o encerramento da instrução e antes das alegações finais, e a defesa técnica apresenta efetiva resistência ao teor do documento juntado.

3. Inviável a absolvição por insuficiência probatória, se a condenação vem lastreada em provas robustas, especialmente no depoimento das testemunhas, na confissão extrajudicial do réu e na prova técnica produzida nos autos.

4. Descabe a desclassificação do crime de cárcere privado para o de maus-tratos, se a prova dos autos demonstra que houve a efetiva privação da liberdade da vítima.

5. O laudo pericial que indica a semi-imputabilidade do réu deve prevalecer frente aos demais relatórios médicos, especialmente quando mais harmônico com os demais elementos de prova e mais adequadamente correlacionado com o fato investigado.

6. A semi-imputabilidade configura causa de diminuição, e não de isenção de pena, pelo que não cabe a sentença absolutória imprópria, restrita tão somente aos casos de inimputabilidade.

7. A causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do art. 26 do Código Penal é obrigatória na hipótese de réu semi-imputável.

8. A medida de segurança substitutiva de que cuida o art. 98, do CP, tem por principal escopo promover a saúde do condenado por meio da adoção do tratamento de saúde adequado à sua condição mental, razão pela qual a substituição não se lastreia em juízo de periculosidade e não viola o sistema vicariante.

9. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Batista Teixeira – Relator, Jesuino Rissato – Revisor, Relator Designado e Presidente, e José Guilherme – Vogal, em conhecer do recurso e dar parcial provimento, por maioria, nos termos do voto do Revisor, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

R. L. C. N. interpôs APELAÇÃO CRIMINAL contra a sentença de fls. 818-827v, proferida pelo Juízo do Terceiro Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília, que o condenou à pena de 6 anos de reclusão, como incurso no art. 129, §§ 3º e 10, em concurso material com o art. 148, § 2º, ambos do Código Penal, c/c o art. 5º, incisos I e II, da Lei 11.340/2006, substituída a pena por medida de segurança consistente no tratamento hospitalar pelo prazo mínimo de 3 anos e não superior a 6 anos.

Consta da denúncia que, entre meados de setembro de 2011 até o dia 05 de outubro desse mesmo ano, na AGAN 911, Módulo “F”, Bl. X, apt. XXX, o apelante

privou sua mãe P. B. Z. de sua liberdade, mediante cárcere privado, resultando-lhe, em razão de maus-tratos, lesões corporais e grave sofrimento físico e moral, em face da natureza da detenção. No mesmo período, o apelante ofendeu a integridade corporal e a saúde da ofendida, causando-lhe lesões corporais graves que a levaram à morte (fls. 2-4 e 734-736).

Nas razões de fls. 869-884, a defesa arguiu a preliminar de nulidade do processo por violação ao princípio da identidade física do juiz, bem como a nulidade do aditamento do laudo psiquiátrico.

Com relação à inobservância do princípio da identidade física do juiz, afirmou que três juízes diversos presidiram audiências de instrução e julgamento, enquanto a sentença foi proferida por uma quarta magistrada, com inobservância ao disposto no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal.

No que se refere ao laudo psiquiátrico constante de fls. 188-194, do apenso, afirma que o mesmo encontra-se em conflito com o parecer técnico elaborado pelo SERAV (fls. 595-597 dos autos principais), uma vez que o primeiro concluiu ser necessária a internação do apelante em local com características hospitalares, enquanto o segundo considerou essa medida perniciosa. Ademais, não lhe foi aberta vista dos autos para se manifestar acerca do aditamento ao referido laudo psiquiátrico, o que redundou em prejuízo, por ter reflexos na reprimenda imposta ao apelante.

No mérito, requereu a reforma da sentença para absolvê-lo do crime de cárcere privado, ou para desclassificar sua conduta para o delito de maus-tratos. Asseverou não estar demonstrada a intenção do apelante em privar a ofendida de sua liberdade. Esta, ouvida apenas pelos peritos do IML e por profissionais do SERAV, em nenhum momento afirmou ter sido impedida de se locomover.

De outra parte, a autoridade policial afirmou, no relatório de fls. 68-75, que não foi encontrado nenhum material eventualmente utilizado para amarrar a ofendida. Ressaltou que esta era portadora de esquizofrenia e de tetraplegia. Assim, insuficientes as provas acerca da configuração do delito de cárcere privado, impõe-se a sua desclassificação para o de maus-tratos. Alternativamente, postula a absolvição imprópria do apelante, impondo-lhe medida de segurança consistente em trata-

mento ambulatorial conforme recomendado pelo SERAV (fls. 595-597), ou a sua aplicação pelo prazo máximo de três anos.

No que se refere ao delito de lesão corporal seguida de morte, afirma existir uma causa preexistente absolutamente independente da conduta do apelante (possível quadro de esquizofrenia catatônica da ofendida), conforme descrito no laudo de exame de corpo de delito, cujos portadores podem apresentar características relacionadas ao desleixo, perda gradual e insidiosa da vontade, do interesse e da iniciativa, tendência ao isolamento, embotamento do afeto, desalinho pessoal, ausência de prazer por atividades naturais, falta de motivação, retraimento social, autolesão entre outras.

Desse modo, as lesões sofridas pela ofendida não podem ser atribuídas ao apelante, especialmente porque não foi possível determinar a origem das mesmas, devendo ser aplicado ao presente caso o art. 13 do Código Penal.

Ademais, a morte da ofendida decorreu de infecção generalizada, conforme consta do laudo de exame cadavérico (fls. 734-736), o qual concluiu não haver elementos para avaliar a ocorrência de maus-tratos, não havendo como se afirmar que o resultado morte se deu em face das lesões experimentadas pela ofendida.

Por fim, sustenta que o laudo de exame psiquiátrico não é suficiente, por si só, para determinar o estado mental do apelante, devendo ser consideradas as circunstâncias em que se deram os fatos, especialmente a situação humana degradável em que ele e a ofendida viviam, sendo crível supor que não possuía nenhuma capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O Ministério Público pugnou pela rejeição das preliminares invocadas pela defesa, sob o fundamento de que o presente feito refere-se a causa complexa, na qual foi necessária a atuação de mais de um juiz na colheita da prova. Ressaltou que a prolatora da sentença praticou diversos atos processuais, como por exemplo a conversão da prisão em flagrante em preventiva, recebimento da denúncia, instauração do incidente de insanidade mental, indeferimento do pedido de revogação de prisão e outras.

Com relação ao aditamento ao laudo psiquiátrico, quando os autos principais foram com vistas à defesa para oferecer alegações finais (fls. 793), o procedimento para instauração do exame de insanidade mental já havia sido apensado a eles, não havendo que se falar que não teve conhecimento do seu teor.

No mérito, requereu o conhecimento e desprovimento do recurso, com a alegação de que as provas dos autos não deixam nenhuma dúvida de que o apelante manteve a ofendida em cárcere privado por pelo menos duas semanas, período em que a submeteu a agressões físicas, ofendendo-lhe a integridade e a saúde, fatos que a levaram a óbito, pois não falava, não bebia e não comia, enquanto estava sob o seu jugo, gerando um quadro de anemia e desidratação.

A Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 905-905v, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Batista Teixeira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

a) Preliminar de nulidade do processo por violação ao princípio da identidade física do juiz

A defesa sustenta que houve violação ao princípio da identidade física do juiz, uma vez que três juízes presidiram audiências de instrução, enquanto a sentença foi proferida por uma quarta magistrada.

Razão não lhe assiste.

Dispõe o § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal que "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença". Embora não conste do referido dispositivo legal, sua aplicação, conforme entendimento pacificado pelos Tribunais Superiores e por este Tribunal, deve se dar em consonância com o disposto no art. 132 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

Não se trata, portanto, de princípio absoluto, devendo ser observadas as exceções do dispositivo legal acima transcrito.

No presente caso, a audiência de fls. 390-403, em que foram ouvidas as testemunhas de acusação e uma do juízo, foi presidida pela Juíza de Direito Substituta Vanessa Duarte Seixas. Ressalte-se que a ofendida estava ausente por se encontrar internada na UTI e ao todo foram ouvidas cinco testemunhas que prestaram longos e minuciosos depoimentos, presumindo-se gasto dispendioso de tempo. Ademais, naquela ocasião, foi determinada a realização de diversas diligências que certamente demandaram longo período de tempo para serem concluídas.

Às fls. 643-647, realizou-se nova audiência, a qual foi presidida pela Juíza de Direito Substituta Carla Christina Sanches Mota. Nessa ocasião houve o interrogatório do réu, declarando-se encerrada a instrução e determinada a apresentação de alegações finais pelas partes.

Aditada a denúncia (fls. 651-652), procedeu-se a nova citação do réu e a novo interrogatório, cuja audiência foi presidida pelo Juiz de Direito Substituto Atalá Correia (fls. 750-752).

Do relato acima, infere-se que todas as audiências foram presididas por Juizes de Direito Substitutos. Estes, pela natureza cargo, são sucessivamente designados para o exercício pleno, nos diversos juízos do Distrito Federal, nos casos de afastamentos dos juizes titulares por férias, promoção, aposentadoria, licenças e outros dos juizes titulares, conforme dispõe o art. 132 do Código de Processo Civil. São designados, também, para auxílio aos juizes titulares, de acordo com a necessidade do serviço, mediante interesse da Administração.

Por outro lado, trata-se de causa complexa, em que foram ouvidas diversas testemunhas e realizadas várias diligências, conforme consta do termo de fls. 390-391, não se podendo perder de vista que a ofendida faleceu no curso da instrução (fls. 618).

De outra parte, a sentença foi proferida pela Juíza Titular da Vara, a qual praticou diversos atos processuais durante o curso da instrução, tais como a conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 40-41), recebimento da denúncia (fls. 108), instauração do incidente de insanidade mental do réu (fl. 13 do apenso), indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 170-172), além de presidir o que seria a primeira audiência de instrução, a qual não foi realizada em face da ausência do réu (fls. 203-204).

Desse modo, não há que se falar em violação ao princípio da identidade física do juiz, pois, embora diversos magistrados tenham participado da instrução do feito, tais fatos se sucederam, especialmente em virtude da complexidade da causa.

Acerca do tema, assim já se manifestou esta Corte:

"(...) 1. O princípio da identidade física do juiz no processo penal não é absoluto, devendo o magistrado que instruiu o feito sentenciá-lo apenas se estiver em exercício no juízo quando os autos estiverem conclusos. Aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil. pecuniária. (...)" (Acórdão 576548, 20060111190234APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 22/03/2012, Publicado no DJE: 03/04/2012. Pág.: 365).

"PENAL E PROCESSUAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ REJEITADA. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E DE INDÍCIOS DA AUTORIA. PRETENSÃO À IMPRONÚNCIA, DESCLASSIFICAÇÃO E EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA CONFIRMADA. (...) 2 A exigência do artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal não é absoluta, podendo ser excepcionada quando a ação penal é complexa, com vários réus e advogados diferentes, que exija a realização de várias audiências. Em tais casos, a própria dinâmica forense, que demanda constante movimentação de Juízes, por causa de licenças, férias e outros afastamentos legais, impõe que o princípio da identidade física do Juiz seja feita com temperança, e deve ser contemporizado quando não esteja claramente evidenciado prejuízo ao réu, dada a incidência de outros princípios igualmente relevantes, tais como o da economia e celeridade processual e o consagrado Pas de nullitè sans grief. (...)" (Acórdão

565386, 20080310094474RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 09/02/2012, Publicado no DJE: 29/02/2012. Pág.: 179).

Por fim, a sentença foi proferida pela juíza titular da vara, a quem compete praticar tal ato nos processos que tramitam em seu juízo, não havendo nenhuma ilegalidade nesse procedimento.

Rejeita-se a preliminar.

b) Preliminar de nulidade do aditamento ao laudo psiquiátrico

A defesa sustenta que não teve vista dos autos para se manifestar acerca do aditamento ao laudo psiquiátrico do réu, juntado às fls. 188-194 do apenso, o qual se encontra em contradição com o parecer técnico do SERAV (fls. 595-597 dos autos principais), razão pela qual tal documento seria nulo.

Não lhe assiste razão.

Embora os autos do apenso não tenham sido remetidos com vista à defesa, os mesmos foram apensados ao processo principal em 24.09.2012 (fls. 770), a pedido do Ministério Público, mesma data da juntada do referido aditamento (fls. 197). No dia 25.09.2012 (fls. 771), foi dada vista dos autos ao Ministério Público, que apresentou alegações finais.

Posteriormente, no dia 22.10.2012, os autos foram remetidos à Defensoria Pública, que também apresentou suas alegações finais e requereu “a nulidade do aditamento ao laudo psiquiátrico de fls. 188/194, elaborado pelo Instituto Médico Legal – IML, acostado aos autos 2011.01.1.198693-9, eis que não foi concedida vista prévia à Defesa Técnica para se manifestar”.

Ora, se a defesa fez menção expressa à existência do referido aditamento, obviamente teve conhecimento do seu teor. Se não concordava com as conclusões dos peritos, poderia deixar de apresentar alegações finais, pois a isso não estava obrigada, e requerer as diligências que julgasse necessárias. Como preferiu apresentá-las, nada obstava que nelas impugnasse os termos do referido documento, em vez de simplesmente invocar a sua nulidade.

A defesa alega, ainda, a existência de conflito entre o parecer técnico do SERAV e o laudo psiquiátrico, uma vez que o primeiro recomendou a internação do apelante em local com características hospitalares, enquanto o segundo considerou essa medida perniciosa.

Embora haja dissonância entre as conclusões dos técnicos do SERAV e as dos peritos do IML, não há que se falar na existência de nulidade, especialmente porque, conforme dispõe o art. 182 do Código de Processo Penal: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".

Desse modo, se não está o julgador obrigado a aceitar as conclusões dos peritos oficiais, o mesmo sucede com as que foram proferidas pelos profissionais do SERAV ou de qualquer outro órgão técnico que lhe preste auxílio.

De outra parte, a defesa não demonstrou a existência de nenhum prejuízo, o que, à luz do princípio *pas de nulitte sans grief*, previsto no art. 536 do Código de Processo Penal, seria imprescindível para a declaração de eventual nulidade.

Rejeita-se a preliminar.

MÉRITO

c) Pedido de absolvição do delito de cárcere privado ou sua desclassificação para maus-tratos

Inicialmente, registro que o delito de cárcere privado, conforme consta da denúncia, configurou-se porque o apelante "privou sua mãe P. B. Z. de sua liberdade, mediante cárcere privado, resultando-lhe, em razão dos maus-tratos, lesões corporais e da natureza da detenção, grave sofrimento físico e moral" (fls. 2).

Sustenta a defesa que o apelante negou a prática desse delito, devendo ser absolvido ou ter a sua conduta desclassificada para o crime de maus-tratos.

Razão não lhe assiste.

Materialidade incontroversa

O cárcere privado é delito material que se consuma com a privação da liberdade da ofendida, ainda que por curto espaço de tempo. No presente caso, houve grave sofrimento físico e moral, conforme dispõe o § 2º do art. 148 do Código Penal.

Desse modo, a materialidade do crime está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 6-13), laudo de exame de corpo de delito (fls. 98-105), laudo de exame de local (fls. 318-249) e laudo de exame cadavérico (fls. 734-736).

Autoria sobejamente provada

O apelante, ouvido perante a autoridade policial, afirmou que a última vez que sua mãe saiu de casa foi há cerca de duas semanas antes dos fatos, permanecendo em casa após isso, "porque não tinha mais nada para fazer". Uma semana antes do ocorrido, ela passou a reclamar de fraqueza e dores no corpo, piorando a cada dia, ocasião em que começou a ficar apenas na cama, sem se alimentar e sem fazer sua higiene pessoal. No domingo, 02.10.2011, três dias antes da sua prisão, ela foi em sua direção para agredi-lo, ocasião em que o arranhou no braço, no peito e no pescoço. Para se defender, também a agrediu com um soco na barriga, momento em que ela sentiu o golpe e voltou para a cama, não se levantando mais. Negou tê-la trancado em casa (fls. 12-13). Em juízo, afirmou que não se lembrava de nada (fls. 645-647 e 751-752).

O policial militar condutor do flagrante, I. D. A., disse em juízo, que ao chegarem ao local, percebeu que a porta do apartamento estava trancada, mas o apelante se negava a entregar a chave, sendo necessário prendê-lo para conseguirem pegá-la, a fim de terem acesso ao seu interior (fls. 392-393).

A. R. B., policial que também participou das diligências, disse que "chegou junto à ofendida e pode perceber que ela estava definhando viva". Perguntou por que o réu não queria que fosse chamada ajuda externa, mas ele não respondeu. Diante da sua recusa em abrir a porta do apartamento, encontrou a chave em seu poder e, após realizar busca pessoal, ingressou no imóvel, percebendo que o local estava muito sujo, contendo muitas sacolas de lixo amarradas e espalhadas pelo chão (fls. 394-396).

M. L. L., porteiro do edifício onde residiam o apelante e a ofendida, declarou que aquele pediu ajuda para levar a mãe dele até o carro. Contatou o vigilante, que foi até o local e, em seguida, solicitou apoio, acreditando que ela estava morta. Ao chegar ao apartamento, percebeu que estava viva, mas decidiu acionar o SAMU. Quando os profissionais desse órgão chegaram, pediram que chamasse a polícia,

alegando que havia algo de errado. Acrescentou que a ofendida fedia muito e não se mexia (fls. 400-401).

E. C. Z. C., irmã da ofendida, disse que não tinha contato com ela há cerca de três anos. Após os fatos, conversou com o apelante e ele confirmou ter desferido um murro na barriga dela, mas não chegou a espancá-la, acrescentando que ela estava fraca, sentindo tontura, enjôo e vômito, razão pela qual se negava a se alimentar (fls. 397-399). Perante a autoridade policial, essa testemunha disse que ao chegar ao hospital, o médico que atendeu sua irmã disse que ela apresentava um forte odor, o qual não saiu nem mesmo após o banho. Disse, ainda, que as roupas delas estavam sujas de fezes e urina ressecadas, sugerindo que ela estava urinando e defecando nas roupas há alguns dias (fl. 14).

Pelo que se depreende dessas provas, a ofendida teria permanecido enclausurada no interior do apartamento, por período de tempo indeterminado, sob o jugo do apelante, sendo privada de alimentos e sem condições de realizar sua higiene pessoal, o que lhe causou grave sofrimento físico e moral.

As condições gerais do local dos fatos, que media pouco mais de 20m², eram as piores possíveis. Os peritos responsáveis pela confecção do laudo de fls. 318-349 constataram grande acúmulo de lixo no interior do apartamento, que cobria praticamente todo o piso, tais como diversas sacolas de plástico contendo fezes, papel higiênico, restos de alimentos, material orgânico em estado de putrefação e chumaços de cabelo. Ao final, classificaram o local como insalubre.

O simples fato de não ter sido localizado nenhum material utilizado para amarrar a ofendida, conforme afirma a defesa, não é suficiente, por si só, para descaracterizar o delito de cárcere privado, especialmente porque o apelante afirmou que ela apresentava debilidade, reclamando de fraqueza, bem como tinha enjôos e vômitos.

O mesmo sucede com a afirmação de que era portadora de esquizofrenia e tetraplegia. Embora tais fatos não estejam comprovados nos autos, nessas condições a situação dela apenas se agravava, pois não teria como buscar algum tipo de auxílio a fim de se livrar do estado de penúria em que se encontrava.

Ressalte-se que o réu apresentava “escoriações em região esternal e peitoral esquerda” (fls. 29-30), as quais corresponderiam, segundo afirmou perante a autoridade policial, às agressões perpetradas por sua mãe, o que o levou a revidar e atingi-la violentamente, tanto que se deitou e assim permaneceu até o dia em que foi socorrida.

O réu apenas buscou algum tipo de ajuda quando a ofendida já estava à beira da morte e tentou evitar a presença de pessoas habilitadas para socorrê-la. Pretendia carregá-la até o veículo, a fim de levá-la ao “postinho”, de acordo com as declarações prestadas pela testemunha M. L. (fls. 400-401).

Segundo leciona Mirabete:

“O dolo do crime de sequestro ou cárcere privado é a vontade de privar a ofendida da liberdade de locomoção. Não prevê a lei, no tipo fundamental, nenhuma finalidade específica para a privação da liberdade, podendo ocorrer o delito por vingança, ciúme ou qualquer outro motivo.” (in Código Penal Interpretado, 7ª edição, Editora Atlas, pág. 880).

Desnecessário, assim, perquirir os motivos que levaram o apelante a manter sua genitora em cárcere privado, causando-lhe intenso sofrimento físico e moral, em razão dos maus-tratos e da natureza da detenção.

Diante desses fundamentos, não há que se falar em absolvição do apelante por negativa de autoria, nem em desclassificação do crime de cárcere privado para o de maus-tratos, devendo ser mantida a condenação.

d) Pedido de absolvição do delito de lesões corporais seguida de morte pela existência de causa preexistente absolutamente independente

Sustenta a defesa que o apelante deve ser absolvido do delito de lesões corporais seguida de morte, em face da existência de causa preexistente absolutamente independente da conduta do apelante (possível quadro de esquizofrenia catatônica), não sendo possível atribuir a ele as lesões por ela sofridas, devendo ser aplicado o art. 13 do Código Penal.

Nesse ponto, também não assiste razão à defesa.

Materialidade incontroversa

A materialidade do delito de lesão corporal seguida de morte encontra-se comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 06-13), relatório da autoridade policial (fls. 68-75), laudo de exame de corpo de delito (fls. 98-105) e laudo de exame cadavérico (fls. 734-736).

Autoria sobejamente provada.

Perante a autoridade policial, o apelante confessou ter agredido sua genitora, embora afirme que assim agiu a fim de se defender das agressões por ela perpetradas contra si:

“Há cerca de duas semanas começou a discutir com sua genitora em razão da falta de organização do apartamento causada por R. Disse que a última vez que sua mãe saiu de casa foi há cerca de duas semanas, quando ela foi ao supermercado para fazer compras. Desde então, sua mãe ficou em casa porque não tinha nada mais para fazer. Há uma semana, P. começou a adoecer, reclamando de fraqueza e dor no corpo, piorando a cada dia. Neste período, sua mãe começou a ficar apenas na cama e, há três dias nem mesmo saía da cama para alimentar-se nem para sua higiene pessoal. Esclareceu que no domingo, 02.10.2011, sua mãe perdeu a cabeça e partiu em sua direção para agredi-lo, ocasião em que o arranhou no braço, no peito e no pescoço, havendo marcas dos arranhões até a presente data. O interrogando, em defesa, também a agrediu, mediante um soco na região da barriga da ofendida, que continuou lhe agredindo, porém, logo sentiu o soco que havia sofrido, parou de agredi-lo e retornou para a cama. Deste dia em diante, a situação de sua mãe piorou e ela não levantou mais, nem mesmo para alimentar-se ou para ir ao banheiro fazer suas necessidades fisiológicas. Sobre o cabelo da ofendida, respondeu que caiu sozinho. Negou também que tenha a trancado dentro de casa e disse que não sabe explicar o motivo pelo qual o corpo dela está cheio de hematomas. Noticiou que acredita que a lesão causada no rim de P. foi em razão do soco que desferiu contra ela no domingo (2/11/2011). Explicou que percebeu o estado grave de sua mãe na data de ontem, quando percebeu que ela não estava comendo nem bebendo, não conseguia falar e estava com as calças sujas de fezes e urina, além da cor “amarela”” (fls. 12-13).

Embora nas duas oportunidades em que foi ouvido em juízo (fls. 645-647 e 751-752), o réu tenha afirmado não se lembrar dos fatos, por estar sob o efeito de medicamentos, de forma inusitada, descreveu diversos outros acontecimentos que se deram durante o tempo em que morava com sua mãe, especialmente aqueles que desqualificam a personalidade dela ou que evidenciam seu comportamento agressivo:

“(...) sua genitora ainda era agressiva e tentava lhe agredir fisicamente com tapas frequentemente (...) que tomou conhecimento da morte da sua genitora por meio do seu tio L.; que ficou triste com a notícia (...) (fls. 645-647); sua mãe tinha depressão e não fazia tratamento, que era uma pessoa muito nervosa, gritava muito, batia a cabeça na parede e às vezes se batia; que não tinha a saúde muito boa; que se recorda que sua mãe ficou muito tempo deitada e tinha escarras no corpo; que após a morte da mãe, ela perdeu a vontade de viver, e ficava deitada, não sabendo precisar, mas seria semanas; que nesse período o depoente ficava em casa assistindo televisão e jogando vídeo game” (fls. 751-752).

Contudo, sua confissão prestada na delegacia policial está corroborada por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório. Ademais, soa bastante estranho que não se lembre de nenhum acontecimento relacionado às lesões experimentadas por sua mãe e se recorde de outros acerca do seu comportamento, além do momento em que recebeu a notícia de sua morte.

O policial militar I. D. A. descreveu o estado deplorável em que encontrou a ofendida quando chegou ao local dos fatos:

“(...) a ofendida possuía hematomas pelo corpo, que do lado direito da ofendida havia uma perfuração na altura da barriga, de onde saía uma secreção (pus misturado com sangue); que o cenário era muito pesado e o declarante se afastou bastante; que pelo que se recorda de um lado da cabeça da ofendida faltava cabelos” (fls. 292-293).

A. R. B., que também participou das diligências, esclareceu o seguinte:

“(...) pode perceber que a ofendida estava “definindo viva”; que pelo que percebeu como leigo, na cabeça da ofendida faltava não apenas cabelo, mas

couro cabeludo, mas não tem certeza pois havia sangue seco no local; que os olhos estavam fundos e um pouco amarelados, estatelados; que sua boca estava aberta, com aparência de um cadáver em vida; que havia lesões na altura do braço e antebraço, com focos de sangue; que percebeu também cortes nos braços; que pode perceber que uma lateral da ofendida, na altura do abdômen, havia uma perfuração e do local saía um líquido amarelo; que muitas marcas arroxeadas pelo corpo e pelo tórax e marcas de escoriações pelo tórax; que aparentemente a ofendida estava desidratada e desnutrida; (...) que indagou ao denunciado a razão de o mesmo não querer que fosse chamada ajuda externa do SAMU e dos Bombeiros para atender a sua mãe, não tendo o mesmo respondido à pergunta sobre pedido de ajuda externa; que perguntou ao réu se tinha sido o mesmo que tinha causado aquelas lesões na vítima, tendo o denunciado silenciado” (fls. 394-396).

E. C. Z. C., irmã da ofendida, confirmou que teve contato com o réu após os fatos, ocasião em que ele confirmou ter desferido um murro na barriga dela:

“(...) quando encontrou com o réu perguntou o que tinha acontecido com sua mãe, tendo ele dito que teve uma briga com a mãe e desferiu-lhe um murro na barriga; que o mesmo também disse que não chegou a espancar a sua mãe; que o denunciado não comentou nada a respeito de autolesão da ofendida” (fl. 397).

O exame de corpo de delito a que foi submetido o réu, concluiu que ele apresentava “escoriações em região esternal e peitoral esquerda” (fls. 20-30), as quais resultaram das agressões perpetradas por sua mãe contra ele, o que o fez revidar, conforme declarou à autoridade policial (fls. 12-13).

O laudo de exame de corpo de delito da ofendida (fls. 98-105), descreveu seu estado, no momento em que deu entrada na UTI, destacando que apresentava forte odor, com calças sujas de fezes e urina ressecadas, pesava 45kg, possuía vários hematomas pelo corpo causados por ação contundente; rins gravemente lesionados em razão de ação contundente, com consequente risco de perda do órgão e parte do couro cabeludo lesionado.

O referido laudo descreve, ainda, a existência de várias escoriações, equimoses, lesões e escaras, com tamanhos e formas diversas por todo o corpo.

Diante desse quadro, não é crível supor que as lesões foram provocadas pela própria ofendida, que nem mesmo conseguia se locomover há algum tempo.

A suposta causa preexistente, independente da conduta do apelante, conforme alegado pela defesa, não restou comprovada nos autos, pois os peritos consignaram apenas a probabilidade de que “A pericianda tem um possível (informado por terceiros) histórico de ser portadora de esquizofrenia” (fl. 100).

Embora os portadores desse mal possam apresentar características relacionadas ao desleixo, perda gradual e insidiosa da vontade, do interesse e da iniciativa, tendência ao isolamento, embotamento do afeto, desalinho pessoal, ausência de prazer por atividades naturais, falta de motivação, retraimento social, autolesão, entre outras, conforme relatado pelos expertos, não há nos autos nenhuma prova de que esse possível fato tenha alguma relação com as lesões sofridas pela ofendida. Por esse motivo, não há como se aplicar na espécie, a regra do art. 13 do Código Penal.

e) Da ausência de provas de que a morte da ofendida decorreu das lesões corporais

Afirma a defesa que a morte da ofendida se deu por infecção generalizada, conforme consta do laudo de exame cadavérico (fls. 734-736), o qual concluiu não haver elementos para avaliar a ocorrência de maus-tratos, não havendo como se afirmar que aquele resultado mais grave se deu em face das lesões por ela sofridas.

Razão não assiste à defesa.

O perito responsável pela elaboração do laudo de exame cadavérico (fls. 734-736) concluiu que a ofendida morreu “*por seps*e (infecção generalizada com focos pulmonar, pericárdico e renal)”. Esse resultado possui relação direta com o estado em que a ofendida foi socorrida, não havendo dúvidas de que foram as lesões e as condições em que foi deixada ao abandono que redundaram na sua internação e seu posterior falecimento.

As provas dos autos demonstram que o apelante, única pessoa que manteve contato com a ofendida nas semanas que antecederam sua internação, agrediu-a fisicamente e a impediu de sair de casa, agravando o seu quadro de saúde.

Nesse contexto, à vista do acervo fático-probatório delineado nos autos, não há como deixar de imputar ao réu o resultado mais grave, qual seja, a morte de sua mãe.

f) Da imprestabilidade do laudo de exame psiquiátrico para determinar o estado mental do apelante

No que concerne ao laudo de exame psiquiátrico, a defesa sustenta que o mesmo não é suficiente, por si só, para determinar o estado mental do apelante, sendo possível concluir que ele não possuía nenhuma capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Os peritos que avaliaram o apelante concluíram que ele “Era e é portador de transtorno de personalidade”. Ademais, eis o que consta dos quesitos de nº 1 e 2 com suas respectivas respostas:

“1º) Era o periciando, ao tempo do fato descrito no BO 011611/2011, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou determinar-se de acordo com esse entendimento? RESPOSTA: Não 2º) O periciando era, ao tempo do fato descrito na ocorrência, parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? RESPOSTA: Sim” (fl. 193).

Desse modo, sem nenhuma razão a defesa em afirmar ser possível concluir que o apelante não possuía nenhuma capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

Tratando-se de exame mental, impossível ao leigo determinar a capacidade de entendimento do agente, como quer a defesa, considerando-se as circunstâncias em que se deram os fatos e tendo em vista a situação humana degradável em que o apelante e a ofendida viviam.

O referido laudo foi elaborado mediante minucioso estudo técnico, com entrevista do apelante, de parentes dele, exame mental, exame do relatório de médico assistente, do prontuário do presídio e do prontuário do CAPs 2, sendo consideradas todas as circunstâncias direta ou indiretamente relacionadas aos fatos.

Portanto, não há como invalidar a conclusão exarada pelo perito acerca da condição mental do apelante, sendo impossível a imposição de medida de segurança

consistente em tratamento ambulatorial conforme recomendado pelo SERAV (fls. 595-597), devendo-se manter sua condenação.

g) Da absolvição imprópria e da aplicação de medida de segurança de tratamento ambulatorial

Subsidiariamente, pretende a defesa a absolvição imprópria do réu, com a imposição de medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial, nos termos recomendados pelo SERAV.

Diferentemente do que entende a doutrina pátria, penso que a sentença que impõe pena ao semi-imputável é de natureza condenatória, mas a que impõe a medida de segurança é absolutória imprópria. No presente caso, embora se trate de sentença condenatória, uma vez que foi imposta pena ao apelante, a hipótese é de aplicação isolada da medida de segurança, como se verá a seguir.

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 passa a expor.

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 vertente, não há dúvidas quanto à semi-imputabilidade do apelante, pois, conforme ficou registrado na resposta ao quesito de nº 2, acima transcrito, o qual volto a repisar, diante da sua relevância:

"2º) O periciando era, ao tempo do fato descrito na ocorrência, parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? RESPOSTA: Sim" (fl. 193).

Essa resposta caracteriza a semi-imputabilidade do agente.

De acordo com o exposto acima, passa-se, a seguir, à verificação da aplicação de medida de segurança ou de pena. Como ressaltado, a aplicação da medida demanda a comprovação de que ele necessita de especial tratamento curativo.

No presente caso, pela leitura dos quesitos de nº 4 e 5, constata-se que o apelante deverá receber tratamento em regime de internação:

"4º) O periciando necessita de tratamento médico especializado destinado à sua recuperação em face do quadro clínico? RESPOSTA: Sim. 5º) O quadro clínico do paciente recomenda tratamento sob regime de internação hospitalar ou extra-hospitalar com assistência de serviço social competente? RESPOSTA: No momento, este tratamento deverá ser realizado em regime de internação em local de onde não possa evadir-se considerando sua elevada periculosidade" (fl. 193).

Dessa forma, tenho como devidamente demonstrada a necessidade de o apelante ser submetido a especial tratamento curativo, em razão de sua periculosidade.

Por se tratar de crime punido com reclusão, a modalidade da medida de segurança a ser imposta é a de internação, a teor do disposto nos arts. 97, *caput*, e 98, ambos do Código Penal.

No particular, entendo ser flagrante a incúria proclamada pelo art. 98 do Código Penal Brasileiro, quando faz referência ao parágrafo único do art. 26 do Código Penal (semi-imputabilidade), para autorizar a substituição da pena privativa de liberdade pela internação ou tratamento ambulatorial, na hipótese de o condenado necessitar de especial tratamento curativo. Acredito não existir a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), pois a pena somente pode ser imposta a autor de crime imputável e semi-imputável, e a medida de segurança, ao agente inimputável ou semi-imputável. A pena tem por fundamento e pressuposto a culpabilidade, e a medida de segurança fundamenta-se na periculosidade. Uma não pode substituir

a outra, por serem resultantes de institutos absolutamente diversos e até conflitantes.

Já tive a oportunidade de me manifestar sobre a matéria:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PROVA DA AUTORIA E DA MATERIALIZIDADE. RÉU SEMI-IMPUTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA EM MEDIDA DE SEGURANÇA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM DOIS TERÇOS EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. (...) 3. Ao semi-imputável pode ser aplicada pena ou medida de segurança, não sendo possível a substituição da primeira pela segunda, em razão de serem institutos absolutamente diversos e com diferentes pressupostos, a despeito do que dispõe o art. 98 do Código Penal. (...)” (Acórdão 579451, 20090210026775APR, Relator JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, julgado em 12/04/2012, DJ 17/04/2012 p. 313)

Às fls. 192-193, o perito afirmou que o apelante “apresenta curva de vida e exame clínico compatíveis com grave perturbação da saúde mental”. Embora a literatura médica “não aponte para um prognóstico favorável em casos semelhantes”, ressaltou haver relatos de indivíduos que são beneficiados com psicoterapia que vise mobilizar recursos internos para o enfrentamento adequado das demandas sociais e que a farmacoterapia, em alguns momentos, também pode ser útil no sentido de controlar os impulsos agressivos.

No que diz respeito à duração da medida de segurança, o art. 97, § 1º, do Código Penal dispõe que a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. Estabelece, ainda, o prazo mínimo de 1 a 3 anos para a realização do primeiro exame destinado a averiguar a cessação da periculosidade. No presente caso, pelo grau de debilidade mental do apelante, verifico ser necessário o prazo de 2 anos para realizar o primeiro exame, a fim de averiguar eventual cessação da periculosidade.

Posto isso, assiste parcial razão à defesa, quanto ao pleito de absolvição imprópria do apelante. Contudo, diante dos fundamentos acima expostos, incabível a imposição da medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial, mas

sim de internação, conforme recomendado no laudo de exame psiquiátrico de fls. 188-194.

Todavia, a fim de se evitar *reformatio in pejus*, registro que a medida de internação não poderá exceder o prazo de 6 anos constante da sentença, pois se trata de recurso exclusivo da defesa.

Portanto, voto no sentido de se CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para absolver o apelante (absolvição imprópria), com fundamento no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal, impondo-lhe a medida de segurança consistente em internação, pelo prazo máximo de 6 anos, embora conste do § 1º do art. 97 do CP ser esse prazo por tempo indeterminado, porém, uma vez que o Ministério Público não recorreu da sentença, não pode haver reforma em prejuízo do réu, fixando a primeira avaliação para verificar a cessação da periculosidade (Art. 97, § 1º, CP) em 2 anos, repetindo-se a reavaliação a cada 6 meses em instituição a ser designada pelo Juízo da Execução, da qual o apelante não possa evadir-se.

É como voto.

Des. Jesuino Rissato (Revisor, Relator Designado e Presidente) – Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de fls. 818/827 condenou o réu à pena unificada de 6 (seis) anos de reclusão pela prática dos delitos descritos nos art. 129, §§3º e 10º e art. 148, §2º, ambos do CPB, c/c art. 5º, incisos I e II, da Lei 11.340/06.

O Juízo de origem, tendo em vista a necessidade de especial tratamento curativo, substituiu a pena de reclusão por medida de segurança de internação hospitalar, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, em instituição hospitalar a ser designada pelo Juízo da execução.

Em apelação, a Defesa apresentou duas preliminares.

Na primeira preliminar pugna a Defesa pela nulidade da sentença por ofensa ao princípio da "identidade física do juiz".

A tese não prospera.

Com efeito, o princípio da identidade física do juiz não é absoluto. O princípio invocado recebe pelo menos duas mitigações no caso concreto, a primeira decorre do fato de a instrução ter sido conduzida por mais de um juiz, a segunda decorre da inversão do ônus da prova quanto às hipóteses dispostas no art. 132 do CPC (convocação, licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria).

Na espécie, a instrução foi presidida por mais de um magistrado, e a Defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a designação dos Juízes Substitutos não se adequou a nenhuma das hipóteses previstas no art. 132 do CPC.

Nesse sentido os julgados:

"(...)1. A Lei 11.719/2008 introduziu, no parágrafo 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal o princípio da identidade física do juiz, o qual somente é aplicável quando a audiência de instrução tiver observado as novas regras estabelecidas pelo artigo 400 do Código de Processo Penal e, no caso dos crimes de competência do Júri, pelo artigo 211 do mesmo diploma legal. Considerando que, na espécie, ocorreu a impossibilidade de realização de uma única audiência de instrução (diante do não comparecimento de testemunhas), e que, além disso, as audiências foram presididas por Magistrados diversos, sem insurgência da Defesa quanto a este procedimento, forçoso convir que o princípio da identidade física do juiz ficou relativizado na espécie, pois tal princípio está intimamente ligado à realização de audiência una de instrução. (...)” (Acórdão 503909, 20080110224003RSE, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 05/05/2011, DJ 16/05/2011 p. 183)

“1. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, podendo ser mitigado se o juiz que presidiu a instrução, por qualquer motivo, não puder proferir a sentença, e sendo a instrução presidida por juiz substituto, caberia ao recorrente comprovar que, na data da conclusão para sentença, o magistrado ainda estava em exercício de substituição ou auxílio na Vara. Ao reverso, no caso concreto, a Juíza titular encontrava-se em gozo de férias na primeira audiência, vindo a presidir o último ato de instrução e a proferir a r. sentença de pronúncia. 2. (...) 4. Preliminares Rejeitadas e Negado provimento ao recurso

do réu.” (Acórdão 537048, 20070910155330RSE, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 15/09/2011, DJ 26/09/2011 p. 189)

Não havendo ofensa ao art. 399, §2º, do CPP, afasto a primeira preliminar arguida.

A segunda preliminar arguida diz respeito à nulidade no processo por violação ao contraditório. Nesse sentido alega a defesa que não lhe foi oportunizada manifestação acerca do aditamento ao laudo havido às fls. 188-194 dos autos apensos.

Os autos foram apensados em 24.09.2012, a Defesa teve vista pessoal dos autos em 22.10.2012, oportunidade em que, querendo, poderia ter contraditado o aditamento juntado aos autos apensos, solicitando, caso entende-se necessária, a realização de audiência para oitiva conjunta dos profissionais do SERAV e dos peritos da Polícia Civil do Distrito Federal. Tal medida, contudo não foi requerida.

A Defesa Técnica, em suas alegações finais, apresentou seu inconformismo e as razões pelas quais o Juízo sentenciante deveria afastar a conclusão da perícia realizada pela Polícia Civil em favor do relatório apresentado pelo SERAV. Assim o sendo, não só foi observada a bilateralidade da audiência das partes como houve contraditório efetivo e resistência específica ao teor do documento, não havendo, portanto, qualquer vício instrumental que justifique a prolação de nulidade do ato.

Assim o sendo, entendo que a juntada do aditamento observou todas as garantias constitucionais do processo, não havendo qualquer ofensa à instrumentalidade da persecução penal, tampouco à ampla defesa do réu, que além de não ter sido cerceada ainda foi efetivamente exercida pelo combativo Defensor Público nomeado.

Além disso, é de se ter em mente que no sistema do livre convencimento motivado o Juízo não está adstrito a qualquer laudo juntado aos autos, desde que apresente as razões de fato e de direito que amparam a decisão tomada.

A segunda nulidade agitada também não merece acolhida.

No mais, o feito está em ordem, sem qualquer vício, pelo que adentro ao mérito.

No mérito a defesa técnica alega que não há provas de materialidade e da autoria do crime de cárcere privado. Alega que não houve ofensa a liberdade da vítima, uma vez que ela não deixava o apartamento em que foi encontrada por vontade

própria, tendo plena liberdade de fazê-lo. Pugna, ainda, pela eventual desclassificação do crime de cárcere privado para o crime de maus-tratos.

A sentença não comporta reforma no particular. A extensa prova produzida nos autos informa que a vítima passava por evidente quadro de vulnerabilidade. Nesse sentido, a testemunha A.R.B. chegou a consignar em seu depoimento que a vítima estava “definindo viva” (fls. 394/396). A testemunha M.L.L. por sua vez referiu que foi procurado pelo vigilante de nome E. que solicitou apoio por crer que a vítima estava morta (fls. 400/401). O réu, no interrogatório de fls. 751/752 por sua vez informou que vítima estava em um quadro de depressão profunda: “que se recorda que sua mãe ficou muito tempo deitada e tinha escaras no corpo; que após a morte da mãe dela, ela perdeu a vontade de viver, e ficava deitada, não sabendo precisar, mas seriam semanas”.

O documento de fl. 35 informa que a vítima, quando deu entrada no Pronto Socorro do Hospital de Base de Brasília, encontrava-se não contactante, com condições precárias de higiene e desidratada; apresentando múltiplos hematomas, escoriações, lesões cortantes e escaras pelo corpo. Já no laudo de fls. 98/101, consignou o perito que em exame direto constatou-se a ausência de movimento dos membros apresentando apenas débil movimentação da cabeça e dos supercílios.

Na informação médica de fl. 534 está descrito que o déficit motor neurológico da vítima tinha por etiologia uma desnutrição calórico-protéica grave, o que indica que a ré foi privada de alimento ao ponto de não ser capaz de mover-se.

Diante desse quadro inequívoco de vulnerabilidade, o fato de não haver amarras no local do encarceramento, ou mesmo a existência de telefones celulares no interior do imóvel, não afastam a possibilidade de ocorrência do crime de cárcere privado, que, diante da incapacidade motora da vítima poderia ser perpetrado independentemente dessa espécie de instrumento ou de um qualificado isolamento.

A prova dos autos dá conta que a vítima foi submetida a um quadro de desnutrição, desidratação e descuido tão qualificado que não era mais capaz de mover-se e tampouco de pedir socorro.

A liberdade da vítima, no caso concreto, não estava adstrita ao apartamento em que foi encontrada, mas ao leito em que permanecia continuamente deitada, ao

ponto de desenvolver escaras em seu corpo. É possível inferir dos autos que a vítima permanecia deitada em um papelão no chão, em meio a todo o lixo acumulado, como noticia o depoimento de fl. 395:

“que num canto da sala pode verificar um papelão grande estendido, com cerca de 1 metro e meio de comprimento, com tufo de cabelo, com líquido seco, sangue espalhado pelo papelão; que teve a impressão que os tufos de cabelo eram escalpes retirados da cabeça da vítima, mas não pode precisar; que teve a impressão que a vítima quando dentro do apartamento estava deitada nesse pedaço de papelão”

A vítima permaneceu tanto tempo deitada que desenvolveu diversas escaras, destacando-se uma profunda escara sacral (ilustração 5 de fl. 104) que, conforme relatório médico de fl. 534, era porta de entrada para a maioria das infecções que a paciente apresentou e que culminaram em seu óbito, cuja causa principal declarada foi “sepsis”.

Por fim, vale destacar que, segundo narrativa do réu apresentada na delegacia (fls. 12/13), sua mãe parou de movimentar-se após receber um soco por si desferido, informação corroborada em juízo pelo depoimento de E.C.Z.C. (fl. 398), transcrevo:

“O interrogando, em defesa, também agrediu, mediante um soco na região da barriga da vítima, que continuou lhe agredindo, porém, logo sentiu o soco que havia sofrido, parou de agredi-lo e retornou para cama. Deste dia em diante, a situação de sua mãe piorou e ela não levantou mais, nem mesmo para alimentar-se ou para ir ao banheiro”

“que quando encontrou com o réu perguntou o que tinha acontecido com sua mãe, tendo ele dito que teve uma briga com a mãe e desferiu-lhe um murro na barriga”

O golpe desferido pelo réu agravou tão severamente o quadro já vulnerável de saúde de sua genitora que ela já não pode mais levantar-se, agravando-se então o seu quadro de desnutrição causando a perda de sua capacidade motora e privando-a totalmente de sua liberdade, sujeitando-a permanecer deitada no chão sobre um papelão.

Estando incapacitada de se movimentar a vítima desenvolveu a profunda escara sacral que culminou em um quadro clínico instável de sucessivas infecções que culminaram no óbito da vítima por sepse, pneumonia, pericardite e nefrite (fl. 562).

Esse o quadro, a condenação do réu deve ser mantida tanto pelo crime de cárcere privado qualificado pelo sofrimento físico e psicológico como pela lesão corporal seguida de morte. Pelo que, no particular, o decreto condenatório não merece qualquer reparo.

A Defesa pugna, subsidiariamente, pela absolvição imprópria do apelante em face de sua inimputabilidade.

O relatório de fls. 622/628 conclui que o réu, ao tempo do fato investigado era inimputável, uma vez que já era portador de esquizofrenia paranoide.

Já o laudo de fls. 188/194 dos autos apensos conclui que o réu, ao tempo do fato investigado era parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, uma vez que era portador de transtorno de personalidade, transcrevo: "existe, no entanto, nexó causal entre o delito e sua condição caracterológica que compromete parcialmente sua capacidade de autodeterminação, tornando-o semi-imputável".

A Defesa pugna, nesse sentido, pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo* no sentido de reconhecer-se a inimputabilidade do réu.

O pleito não prospera. A leitura do relatório de fls. 622/628 permite extrair que, o signatário do relatório, por meio de sua investigação clínico farmacológica concluiu que o réu era ao tempo do fato portador de esquizofrenia paranoide. Acontece, contudo, que o simples fato de o apelante ser portador dessa espécie de transtorno comportamental não leva à conclusão necessária de que o réu era completamente incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta à época dos fatos, tampouco que era incapaz de autodeterminar-se.

Como leciona Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer, "não somente a doença para excluir ou diminuir a imputabilidade. É necessário que a enfermidade cause vício de entendimento ou de vontade".

O relatório é omissivo quanto às fundamentações científicas necessárias para a conclusão de que a espécie de transtorno comportamental indicado conduziu o réu, no caso concreto, a uma ação alheia a *libertas intellectus* e a *libertas propositi* (capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se).

Apesar de o laudo de fl. 147 (apensos) chegar à conclusão semelhante quanto ao diagnóstico nosológico do réu, i.e., identificá-lo como portador de transtorno misto de personalidade com predomínio de características paranoídes e esquizóides; o perito oficial não concluiu diretamente pela inimputabilidade do agente, como o fez o médico signatário do relatório de fls. 622/628, antes, o perito oficial fez constar expressamente que a condição do paciente, por si só, não o torna inimputável.

É de se concluir, nesse sentido, que o laudo pericial oficial é mais condizente com a realidade dos autos, pois considera com maior cuidado e acuidade a relação entre a condição clínica do apelante e o fato investigado propriamente dito, devendo, portanto, o laudo oficial ser acolhido em detrimento do relatório de fls. 622/628, dada a maior especificidade das ponderações científicas examinadas, como se lê no trecho já transcrito.

A sentença, desse modo, não merece reparo quanto à semi-imputabilidade do réu.

O dispositivo da sentença também não merece reforma.

Ao tratar da imputabilidade, Francisco de Assis Toledo lança definição de salutar clareza acerca do instituto: “Quando se afirma que certa pessoa é imputável, está-se dizendo ser ela dotada de capacidade para ser um agente penalmente responsável (...) imputabilidade é, tecnicamente, a capacidade de culpabilidade (...)”¹.

Assim, a imputabilidade diz respeito à capacidade de o agente ser penalmente culpável pelos seus atos, e consequentemente, responsável ou não por tais atos.

Não há, nesse sentido, uma terceira espécie para além da imputabilidade ou inimputabilidade, i.e., ou o sujeito é capaz ou não é, não cabendo um terceiro gênero, como leciona Nelson Hungria, transcrevo:

“O parágrafo em questão [atual parágrafo único do art. 26 do CP] define a atitude do Código em face do que se costuma chamar ‘responsabilidade dimi-

1 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág. 313

*nuída'. Teoricamente, como acentua com acerto Wilmans, tal expressão é insustentável. Responsabilidade e irresponsabilidade são antônimos como vida e morte. Não é imaginável um meio-termo entre uma e outra. Non datur tertium sive medium inter duo contradictoria. A responsabilidade não tem graus. O que é suscetível de gradação é a culpabilidade, como medida da gravidade do crime e da pena. E deve-se, então, dizer que o que se chama impropriamente de "responsabilidade diminuída" não é senão responsabilidade com menor culpabilidade ou com pena atenuada."*²

O aparente preciosismo do mestre penalista no uso da linguagem não é desprovido de repercussão prática.

Isso porque, como lecionado, a responsabilidade não comporta gradação, ao passo que a culpabilidade é sempre proporcional à gravidade da conduta.

Assim, entende-se que o parágrafo único do art. 26 do Código não é regra de exclusão da imputabilidade. O Código Penal ao disciplinar a semi-imputabilidade como uma causa de diminuição de pena está a tomar relevante posição teórica no sentido de que os semi-imputáveis são culpáveis e responsáveis penalmente por seus atos, sendo, contudo, a conduta perpetrada um pouco menos grave, haja vista a condição mental relativamente prejudicada do agente quanto à prática do crime.

Conclui-se, dessa ordem de ideias, que a semi-imputabilidade não é um pressuposto de exclusão da culpabilidade, como o é a inimputabilidade.

Repito, a imputabilidade é um pressuposto da culpabilidade do agente. O agente inimputável não é culpável, ao passo que o agente imputável pode ser culpável.

A semi-imputabilidade, noutro giro, é uma espécie de imputabilidade, na qual o agente é plenamente responsável, considerando-se, contudo, menos grave sua conduta (censurabilidade), dada a relativa incapacidade de compreensão ou autodeterminação, todavia, o semi-imputável é sempre responsável, capaz de ser culpável, não cabendo nesse sentido, a absolvição imprópria do semi-imputável, medida esta restrita ao inimputável.

2 HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958. Págs. 338/339

Não é por outro motivo que o artigo 98 do CP usa textualmente o termo condenado ao referir-se ao semi-imputável.

É a lição de Nelson Hungria:

“A responsabilidade do psicopata [referindo-se aos semi-imputáveis], embora com atenuação facultativa de pena, não é somente uma ilação da moderna psiquiatria, mas uma necessidade de defesa social. Se ele, como diz Schäfer, não é incapaz de satisfazer as exigências médias da ordem jurídica, e deixa de empregar na medida do possível, uma resistência mais forte à inclinação para o crime, não é admissível que fique à margem da reação punitiva. (...) A sua minusvalia psíquica poderá justificar a minoração da pena, quando venha a delinquir, mas não a exclusão de sua responsabilidade.”

Quando no curso da ação penal há provas suficientes de que o semi-imputável foi autor de fato típico, antijurídico e não esteve presente qualquer exculpante (a semi-imputabilidade não tem natureza de exculpante), a sentença penal a ser proferida será sempre de natureza condenatória, pois a semi-imputabilidade não afasta a responsabilidade penal, tampouco a formação do injusto, cuidando-se de crime propriamente dito, como leciona a ementa do julgado:

“(...) 1. A sentença proferida contra o semi-imputável é condenatória, sendo a reprimenda fixada normalmente, seguindo as regras do critério trifásico. Difere do plenamente imputável apenas porque, sobre a pena obtida após a análise das circunstâncias judiciais, das atenuantes e agravantes, causas de diminuição e aumento, será aplicado o redutor previsto no art. 26, parágrafo único, do Código Penal. (...)” (HC 135604/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 05/09/2011)

No mesmo sentido a doutrina de Cleber Masson:

“Na semi-imputabilidade subsiste a culpabilidade, devendo o réu ser condenado, mas por se tratar de pessoa com menor grau de censurabilidade, a pena há de ser obrigatoriamente reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”³

3 MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2013. Pág. 187

Quanto à aplicação da causa de diminuição, a despeito de o texto legal trazer o termo “poderá”, é fato que não é lícito ao Juiz deixar de aplicar a minorante, sob pena de transgressão ao princípio da individualização da pena, pois, dosar-se-ia pena idêntica ao inteiramente capaz de compreender o ato ilícito e determinar-se e ao relativamente capaz de compreender o ato ilícito e determinar-se, nesse sentido o julgado:

“(...) Conforme entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, uma vez reconhecida pelo magistrado a semi-imputabilidade do réu, impõe-se a observância da redução da pena, nos moldes do preconizado pelo art. 26, parágrafo único do CP. (...)” (HC 19.916/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2002, DJ 18/11/2002, p. 254)

Resta por fim, tratar da mais tormentosa das questões, a saber, a exegese do art. 98 do CP, transcrevo:

“Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.”

A natureza jurídica da medida de segurança é uma das mais contemporâneas e relevantes discussões existentes na seara do direito penal, pondo em franca rota de colisão diversos valores constitucionais e pressupostos basilares da técnica penal hodierna.

Ao lado da afirmação de que a medida de segurança é uma sanção penal, dado o seu caráter coercitivo de inequívoco exercício do monopólio do uso da força pelo Estado, está a afirmação de que o verdadeiro escopo da medida de segurança é curativo e não punitivo, cuidando-se, nesse sentido, de medida sanitária, haja vista que punir o inimputável (sem consciência alguma da ilicitude de seu ato ou sem qualquer capacidade de abster-se de praticá-lo) é uma inegável violação do sistema penal finalista e do conceito de ação penalmente relevante.

Essa é a perplexidade exposta por Paulo Vasconcelos Jacobina:

“Podemos, pois, a essa altura, introduzir a questão que está sendo gestada no decorrer de todo este trabalho: a medida de segurança é sanção penal ou tratamento terapêutico? Não há uma resposta clara para essa pergunta, nem no plano filosófico, nem no plano doutrinário, nem no plano legal, a essa altura do desenvolvimento do nosso Direito.”⁴

A doutrina destaca uma forma de interpretação do art. 98 do CP que coloca dentro do campo semântico de interpretação da expressão “especial tratamento curativo” a idéia de periculosidade do agente. Nesse sentido Cleber Masson:

“Ao semi-imputável, em razão de se tratar de pessoa com menor grau de censurabilidade, pode ser imposta pena, obrigatoriamente diminuída de um a dois terços. (...) Se o semi-imputável necessitar de especial tratamento curativo, por ser dotado de periculosidade, e assim recomendando o exame pericial, o juiz optará pela substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, nos moldes do dispositivo em análise.”⁵

Quero crer, por outro lado, que caso o legislador quisesse se referir à periculosidade do agente, teria o feito expressamente, como o fez no §1º do art. 97 do CP.

Penso que não cabe a nós aplicadores do direito assumir que as palavras “tratamento curativo” foram escolhidas a esmo, e fazê-las significar “necessidade de isolamento da sociedade em face da periculosidade do agente”.

No plano legal, o texto frio do art. 98 do CP informa que o requisito essencial para a “substituição” da pena é a necessidade de “especial tratamento curativo” para o “condenado” e não para a “sociedade”, o que nos leva a entender que o que se busca salvaguardar é a saúde do agente em um primeiro plano e a segurança pública em plano reflexo.

A expressão “especial tratamento curativo” parece-nos clara no sentido de que a verdadeira preocupação do legislador é a saúde do semi-imputável.

4 JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. Brasília: ESMPU, 2008. Pág. 133

5 MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2013. Pág. 404

No plano científico, contudo, está a reforma psiquiátrica a enfatizar que a internação compulsória é medida de valor curativo extremamente esvaziado, nesse sentido, Jacobina:

“Tampouco se pode admitir que, no âmbito do direito sanitário, possa reconhecer-se a validade desse procedimento como clinicamente eficaz. A reforma psiquiátrica – e sua projeção no mundo jurídico – descaracterizou absolutamente a abordagem coativa, manicomial, unidisciplinar, repressora, como uma abordagem clinicamente eficaz. Portanto, o jurista que estiver utilizando a medida de segurança lastreada na convicção de que está utilizando uma medida terapêutica de cunho sanitário está se enganando.”⁶

Ora, se o plano legal impõe a conclusão gramatical de que a aplicação da medida de segurança deve submeter-se ao interesse terapêutico curativo do semi-imputável e o plano científico refuta a eficácia da internação compulsória, como aplicador do direito creio que o avanço científico não é capaz de revogar o texto legal ou de transtornar completamente sua interpretação.

Inequívoca a necessidade de abertura do Direito, enquanto fenômeno histórico e social aos diversos saberes, devemos prosseguir, contudo, *cum granus salis*, sob pena de garantias processuais e materiais construídas a grande esforço histórico ficarem a mercê das mais voláteis inovações acadêmicas.

É de se destacar, nesse sentido, que os autos em análise tiveram uma abertura inequívoca ao diálogo com os mais diversos saberes, nesse sentido os pareceres da equipe do SERAV, do médico psiquiatra da Clínica do Renascer e a oitiva dos peritos médicos da Polícia Civil do Distrito Federal.

Foram os especialistas, versados na ciência da psiquiatria que indicaram a necessidade de tratamento para o réu, e nesse sentido, o laudo de fls. 188/194 dos autos apensos é expresso ao informar que o réu necessita de tratamento em regime de internação.

Assim a palavra dos peritos, mesmo que contrária ao conhecido movimento anti-manicomial, por estar mais próxima ao caso concreto, deve conduzir o magistrado

6 JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. Brasília: ESMPU, 2008. Pág. 134

à conclusão de inafastabilidade da internação compulsória como medida de salvaguarda da saúde do réu, e não da segurança da sociedade.

No plano científico, tendo em vista a conclusão exposta pelos peritos legais, a internação deve ser decretada atendendo a necessidade de tratamento curativo ao réu.

Nesse sentido, destaco ainda as informações consignadas à fl. 191, no sentido de que o periciando não portava medicamentos quando foi encontrado, e ainda, à fl. 188, a notícia de que o periciando, em exame mental, não apresentava alterações da motricidade características dos pacientes em uso de neuroléptico, indicando a não adesão ao tratamento ambulatorial.

No plano axiológico constitucional, por fim, o que se busca com esse provimento judicial é atender ao fundamento precípua da República Federativa do Brasil de proteger a dignidade da pessoa humana, inclusive do condenado, especialmente o psiquiatricamente vulnerável, promovendo o seu acesso ao tratamento mais indicado a sua situação pessoal de debilidade, a saber, a internação compulsória, sem prejuízo de posterior reinserção paulatina na sociedade, conforme recomendação médica especializada.

O semi-imputável, portanto, não deve ser submetido a tratamento de internação em face de sua periculosidade, e sim da necessidade do tratamento para sua saúde pessoal.

Isso somos levados a concluir pela própria gênese histórica do instituto da periculosidade.

Registram alguns autores⁷ que o conceito de medida de segurança como sanção penal⁸ de internação de doentes mentais surge na Inglaterra em 1860, haja vista uma tentativa de homicídio perpetrada contra o rei Jorge III por um doente mental.

7 *Exempli Gratia*: COHEN, Claudio. **Medida de Segurança**. In: Saúde Mental, Crime e Justiça. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – 2. ed. rev. e atual. 2006. pág. 123

8 As medidas de segurança já possuíam uma espécie de prototípica no direito romano (COHEN: 2006, p. 126) que cuidava dos *furiosi* (loucos) e os submetia a medidas *ad seritatem proximorum* (para segurança de terceiros) contudo, foi o Código Penal Suíço de 1893 o primeiro a mencionar expressamente a medida de segurança, como informa FÜHRER: 2000, p. 138.

Na hipótese histórica, o réu teria sido absolvido em face de sua condição mental absolutamente afetada, mas teria sido internado por motivo de segurança pública, haja vista a sua periculosidade.

Ou seja, a periculosidade surge na cultura jurídica como instituto subsidiário à culpabilidade, enquanto fundamento da internação do agente de fato típico com fulcro em uma prognose do risco para a sociedade de sua vida em liberdade, e não em face de um juízo de reprovabilidade de sua conduta pretérita.

A periculosidade nesse sentido é categoria que se manifesta como subsidiária as hipóteses em que a culpabilidade é excluída por ausência do pressuposto imputabilidade.

Noutro giro, cuidando o art. 98 do CP de substituição da pena aplicada ao semi-imputável, está prevendo hipótese de aplicação de medida de segurança ao indivíduo culpável, ou seja, na hipótese não se cuida de um juízo lastreado na periculosidade do agente ou no risco à sociedade decorrente da liberdade do réu, cujo delito será penalmente retribuído conforme a censurabilidade de sua conduta pretérita.

Antes, a aplicação da medida de segurança está lastreada no prognóstico terapêutico havido pelo médico especialista que indicou em laudo a necessidade de intervenção terapêutica na modalidade internação.

Nesse sentido, a aplicação do art. 98 do CP se assemelha mais ao art. 183 da LEP do que ao art. 97, §1º, do CPB.

Ad argumentantum tantum, admitamos a hipótese de indivíduo semi-imputável portador de distúrbio comportamental compulsivo que em face de uma neuropatia congênita é relativamente capaz de compreender a ilicitude de sua conduta, que foi condenado a pena de 8 anos de reclusão, sendo esta pena de reclusão substituída pela medida de segurança internação, nos termos do art. 98 do CP.

Após seis meses de execução da medida de segurança, cogitemos que ele foi submetido a tratamento cirúrgico experimental que com sucesso o levou a cura completa de seu distúrbio, tornando-se pessoa mentalmente saudável.

Tal indivíduo deveria voltar à vida em sociedade como se não tivesse praticado o crime a que foi condenado, deveria continuar cumprindo medida de segurança de internação ou deveria terminar de cumprir sua pena de reclusão?

Parece-nos que a última opção é a mais consentânea com o ordenamento jurídico prático, a demonstrar que o escopo da substituição de que cuida o art. 98 do CP é tão somente promover a intervenção terapêutica mais adequada à patologia do agente, não se cuidando do isolamento de um indivíduo perigoso (como o é a medida de segurança do penalmente inimputável, que não teria resto de pena a cumprir haja vista sua condição de penalmente irresponsável à época do fato).

Cuidando-se de medida de segurança substitutiva, assim como a prevista no art. 183 da LEP, a aplicação do tratamento de internação não pode perder de vista a existência de culpabilidade do réu e conseqüentemente a existência de uma pena a cumprir.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência consolidada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXECUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. MANUTENÇÃO. TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA EXTRAPOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em se tratando de medida de segurança aplicada em substituição à pena corporal, prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, sua duração está adstrita ao tempo que resta para o cumprimento da pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes desta Corte. 2. Ordem concedida." (HC 130.162/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 15/08/2012).

"HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. DOENÇA SUPERVENIENTE. PRAZO ESTABELECIDO NA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O entendimento desta Corte é no sentido de que a superveniência de doença mental no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade enseja sua substituição por medida de segurança, limitada, contudo, ao tempo que faltar para o término da sanção imposta na condenação. 2. Ordem concedida." (HC 44.972/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ de 8.10.2007).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA. MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO DO PACIENTE. PERÍODO DE CUMPRIMENTO DA PENA EXCEDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO-CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, quando do surgimento de doença mental ou perturbação da saúde mental no curso do cumprimento da pena, consoante disposto no art. 183 da Lei 7.210/84. 2. No incidente de execução, consistente na conversão de pena privativa de liberdade em medida de segurança, a pena imposta na sentença condenatória é substituída por medida de segurança, sendo limitada ao tempo máximo da pena aplicada. 3. Extrapolado o prazo máximo da pena privativa de liberdade, não há como manter o paciente no cumprimento da medida de segurança, a qual deve ser declarada extinta. 4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para declarar extinta a medida de segurança, mantendo a liminar anteriormente deferida." (HC 130.160/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 14.12.2009)

Oportuno, ademais, excerto de precedente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"(...) A chamada 'medida de segurança substitutiva' não se identifica e nem tem os mesmos pressupostos da medida de segurança prevista no art. 96, I, do CP, embora as providências importem a internação do doente ou perturbado mental em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A medida de segurança prevista na lei penal, que se destina aos inimputáveis autores de fato típico e deita raízes no conceito de periculosidade, não tem prazo determinado e só cessa com a cessação da periculosidade. A 'medida de segurança substitutiva', ao contrário, aplica-se a quem foi julgado imputável e substitui a pena imposta. Sua duração não pode, por isso mesmo, e em respeito à coisa julgada, ser maior do que o tempo da pena. Se, ao término desta, o condenado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, o juiz da execu-

ção deverá colocá-lo à disposição do juízo cível competente para as medidas de proteção aconselhadas por sua enfermidade. (...)»⁹

Não há nesse sentido de se falar em ofensa ao sistema vicariante ou regresso ao sistema duplo binário, pois na espécie não se aplica a medida de segurança depois de cumprida a pena de reclusão, tal como se fazia outrora, mas substituiu-se uma pela outra, não havendo de falar em cumprimento de uma e outra (sistema duplo binário), mas de cumprimento de uma ou outra (sistema vicariante ou unitário) conforme a necessidade de tratamento do condenado.

Repito, a disciplina a ser aplicada à medida de segurança substitutiva de que cuida o art. 98 do CP deve se assemelhar mais àquela prevista no art. 183 da LEP, que a prevista no art. 97, §1º, do CP.

Na presente hipótese, portanto, penso que não há de falar-se em absolvição imprópria, antes, o réu deve ser condenado, como de fato o foi, e sua pena de reclusão merece ser substituída pela medida de segurança substitutiva de internação, sem qualquer reparo a sentença nesse aspecto.

DA DOSIMETRIA DA PENA

A sentença merece reparo tão somente quanto à causa de diminuição prevista no parágrafo único do artigo 26 do CPB, cuja não aplicação pelo Juízo de origem, a meu ver, fere o princípio da individualização da pena. Passo então à nova dosimetria:

Cárcere Privado Qualificado:

A pena-base permanece fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, a atenuante de menoridade relativa prepondera frente à agravante de violência doméstica contra a mulher, pelo que a pena se mantém no patamar mínimo legal, em obediência a Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase de aplicação da pena, presente a causa de diminuição referente a semi-imputabilidade, reduzo a pena na fração mínima de 1/3, (um terço), haja vista que, nos termos do laudo, o réu possui apenas a capacidade de determinação comprometida, possuindo consciência lúcida, pensamento organizado, inteligên-

9 TJSP, Ag. 71.408/3, 4ª Câmb., rel. Des. Dante Busana, j. em 10-2-1989, RT, 640/294. In: MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 343.

cia mediana e juízo crítico de realidade preservado, pelo que fixo a pena definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

Lesão corporal qualificada:

A pena-base permanece fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, a atenuante de menoridade relativa prepondera frente à agravante de violência doméstica contra a mulher, pelo que a pena se mantém no patamar mínimo legal, em obediência a Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase de aplicação da pena, presente a causa de diminuição referente à semi-imputabilidade, reduzo a pena na fração mínima de 1/3, (um terço), haja vista que, nos termos do laudo, o réu possui apenas a capacidade de determinação comprometida, possuindo consciência lúcida, pensamento organizado, inteligência mediana e juízo crítico de realidade preservado, pelo que fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

A pena definitiva unificada, portanto, é de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente semiaberto.

Cuidando-se de réu semi-imputável e indicando o laudo pericial a necessidade de intervenção terapêutica na modalidade internação, mantenho a substituição da pena de reclusão pela medida de segurança de internação, na forma do art. 98 do CP, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos, não podendo ultrapassar o prazo de 6 anos previsto na sentença, em face de ser o recurso somente da defesa.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, tão somente para aplicar a causa de diminuição geral prevista no art. 26, parágrafo único, do CP, fixando a pena corporal unificada em 4 (quatro) anos de reclusão, mantida sua substituição pela medida de segurança na modalidade internação hospitalar pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos.

É como voto.

Des. José Guilherme (Vogal) – Pedi vista para melhor análise dos argumentos lançados por Relator e Revisor.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela defesa de R.L.C.N., que argui a preliminar de nulidade do processo por violação ao princípio da identidade física do juiz, bem como a nulidade do aditamento do laudo psiquiátrico e, no mérito, pleiteia a absolvição pelo delito de cárcere privado ou a desclassificação de sua conduta para o delito de maus-tratos. No tocante ao delito de lesão corporal seguida de morte que lhe é imputado, afirma que não é possível afirmar que a morte da vítima se deu em face das lesões por ela experimentadas e, por fim, sustenta a inimputabilidade do apelante.

Não há discordância entre Relator e Revisor no tocante ao afastamento das nulidades aventadas e tampouco no que se refere à prática dos crimes de cárcere privado e lesão corporal seguida de morte pelo apelante, razão pela qual deixo de tecer maiores comentários e sigo o entendimento unânime.

O dissenso entre Relator e Revisor se dá quanto à natureza jurídica da sentença a ser aplicada, à incidência da causa geral de diminuição de pena do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal e à possibilidade de substituição da pena por medida de segurança prevista no artigo 98 do mesmo Código, razão pela qual me atenho à análise dos argumentos expendidos sobre tais pontos.

Compulsando o voto do Relator, verifico que seu posicionamento é no sentido de que a sentença que impõe medida de segurança ao réu semi-imputável possui natureza absolutória imprópria. Esclarece que a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal só tem incidência quando o agente semi-imputável não carece de tratamento curativo, pois, caso necessite desse tratamento, deve ser imposta a ele medida de segurança, que tem finalidade unicamente preventiva e se fundamenta na periculosidade do sujeito.

O Relator ressalta seu dissenso com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança para o semi-imputável, que necessite de especial tratamento curativo, conforme o artigo 98 do Código Penal, e alicerça tal posicionamento no fato de que pena e medida de segurança são institutos absolutamente diversos, com fundamentos até conflitantes, de modo que uma não pode substituir a outra.

Nesse sentido, o Relator votou pela absolvição imprópria do apelante, haja vista tratar-se de semi-imputável que carece de especial tratamento curativo, com fun-

damento no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal, impondo-lhe a medida de segurança consistente em internação, pelo prazo máximo de seis anos, fixando a primeira avaliação para verificar a cessação da periculosidade em dois anos, repetindo-se a reavaliação a cada seis meses, em instituição a ser designada pelo Juízo da Execução, da qual o apelante não possa evadir-se.

Tal posicionamento encontrou divergência no voto do Revisor, que entende ser o caso de sentença condenatória para o apelante semi-imputável, com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, no patamar de 1/3 (um terço). Uma vez aplicada a causa de diminuição de pena do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, entende o Revisor ser a hipótese de incidência da norma prevista no artigo 98 do mesmo Código, qual seja, a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança na modalidade "internação", haja vista a necessidade de que o apelante se submeta a especial tratamento curativo.

Nesse sentido, o Revisor condenou o apelante, redimensionou as reprimendas, de maneira a aplicar a causa de diminuição de pena referente à semi-imputabilidade na fração de 1/3 (um terço), e unificou as penas em quatro anos de reclusão. Incontinenti, por força do artigo 98, aplicou a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de dois anos, não podendo ultrapassar o período máximo de quatro anos previsto na sentença, em face de ser o recurso somente da defesa.

Após análise minuciosa dos fundamentos adotados pelo Relator e pelo Revisor, me coaduno com o posicionamento externado pelo Revisor, de modo que entendo ser necessária a aplicação da causa de diminuição da semi-imputabilidade para fins de prolação de sentença condenatória, podendo, por fim, ante a necessidade de o apelante receber especial tratamento curativo, a pena ser substituída por medida de segurança de internação.

Saliento que até a reforma da Parte Geral de 1984, o sistema adotado para a aplicação de medida de segurança era o "duplo binário", que permitia a aplicação cumulativa de medida de segurança e pena; no entanto, esse sistema cedeu espaço ao sistema vicariante, que só permite a aplicação de uma espécie de sanção penal ao acusado, pena ou medida de segurança.

Desse modo, a solução apontada pelo Revisor, de substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança para o acusado semi-imputável, que demonstra periculosidade em razão de perturbação mental, é a que melhor se amolda às regras do sistema vicariante e aos ditames do artigo 98 do Código Penal.

Ante o exposto, acompanho integralmente o Revisor para dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, tão somente para aplicar a causa de diminuição geral prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, fixando a pena corporal unificada em quatro anos de reclusão, mantida sua substituição por medida de segurança na modalidade internação hospitalar pelo prazo mínimo de dois anos.

É como voto.

DECISÃO

Recurso conhecido. Parcialmente provido, nos termos do voto do Revisor, que redigirá o acórdão.

EMENTA

Apelação criminal. Racismo. Desacato. Excludente de culpabilidade. Embriaguez completa (Art. 28, §1º, do CP). Impossibilidade. Ausência de provas. Revelia. Adequação. Art. 387, Inc. IV, do CPP. Valor mínimo da reparação. Dano moral. Pedido e instrução específicos. Extensão e valor do dano. Decote. Ausência de elementos probatórios.

O art. 28, §1º, do CP estabelece ser isento de pena o agente que, “por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Não configurados os elementos transcritos, não há como aplicar a causa de isenção de pena.

Nos termos do art. 367 do CPP, o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao Juízo.

Para fixação do valor mínimo dos danos causados pelo réu à vítima é indispensável o pedido formal desta, de seu advogado ou do Ministério Público, aliado à instrução específica que comprove o dano causado pelo crime, em observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da inércia do Juízo.

No que concerne ao dano material, é pacífico o entendimento de que poderá ser fixado quando atendidos os requisitos (pedido, prova e contraditório).

O mesmo não se pode dizer com relação ao dano moral, dada à necessidade de maior dilação probatória para sua quantificação, que poderia prejudicar a razoável duração do processo penal.

Não havendo a produção de prova acerca da extensão do dano moral, sua fixação na sentença penal é medida incabível, devendo tal discussão ser travada no Juízo Cível.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Souza e Avila – Relator, Cesar Laboissiere Loyola – Revisor, Roberval Casemiro Belinati – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Souza e Avila, em proferir a seguinte decisão: dar parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

M. da C.C. de M. foi denunciada como incurso nas penas do artigo 20 da Lei 7.716/1989 e do artigo 331 do Código Penal (racismo e desacato), em razão dos seguintes fatos (fls. 2/4):

1º FATO

No dia 01 de abril de 2011, por volta das 22:50h, na Estação Metropolitan, ao lado do Estádio, Taguatinga Norte – DF, a acusada, voluntária e conscientemente, praticou discriminação e preconceito de raça e cor ao se referir a P.C. da M.C. como “preto vagabundo que não deveria estar usando o sistema metroviário”. Além disso, com intenção de injuriar, ofendeu a dignidade e o decoro da vítima, ao chamá-lo de “preto” de forma ofensiva.

No dia e local acima indicados, no interior do Metrô, a denunciada, sem qualquer motivo aparente, passou a ofender P. com xingamentos relacionados a sua raça e a sua cor, além de proferir comentários preconceituosos e racistas. Por esse motivo, a vítima acionou os agentes de segurança do Metrô.

Ao ser questionada sobre os fatos alegados por P., a acusada disse que a vítima era um preto vagabundo que não deveria estar usando o metrô, o que levou os seguranças a conduzir os envolvidos à Delegacia, onde a acusada ofendeu a honra de P., chamando-o de "preto" de forma ofensiva.

2º FATO

Em virtude dos fatos acima narrados, a acusada foi conduzida à 12ª Delegacia de Polícia, oportunidade em que recusou adentrar o local e passou a desacatar o agente de polícia P.D.F.N., proferindo xingamentos como "filho da puta, desgraçado, vai se fuder".

Embora intimada (fl. 87), a ré não compareceu à continuação da audiência de instrução e julgamento e teve sua revelia decretada (fl. 94).

Após regular tramitação do processo, foi proferida sentença (fls. 112/117), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar M. da C.C. de M., como incurso no artigo 20, *caput*, da Lei 7.716/1989 e no artigo 331 do Código Penal, respectivamente, às penas de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, calculados à ordem de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, e de 6 (seis) meses de detenção.

Foi estabelecido o regime aberto para o cumprimento das reprimendas.

A pena privativa de liberdade estabelecida quanto ao crime de racismo foi substituída por uma restritiva de direitos.

A pena do crime de desacato foi substituída por 10 (dez) dias-multa, calculados sobre o menor valor legal.

Foi estabelecido valor mínimo de reparação civil para a vítima P.C. da M.C., em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e para a vítima P.D.F.N., em R\$ 1.000,00 (mil reais), por dano moral.

Inconformada, a defesa apelou e apresentou as razões (fls. 125/129). Requereu a aplicação da isenção de pena prevista no artigo 28, § 1º, do Código Penal, *c/c* o artigo 5º, *caput*, inciso LV, da Constituição Federal, sob pena de cerceamento de defesa.

Sustentou que a embriaguez da ré foi completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Argumentou que ninguém em estado psicológico normal e lúcido proferiria palavra de baixo calão contra um policial dentro da Delegacia de Polícia. Também, em estado lúcido, ninguém afirmaria ser da família Roriz, sem constar o sobrenome na carteira de identidade, onde consta a filiação.

Alegou que a revelia não poderia ser aplicada, uma vez que a ré não compareceu à audiência por estratégia da defesa, e que a ausência de interrogatório equivale ao exercício do direito constitucional de permanecer calado, consoante o disposto no artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 5º, *caput*, incisos LV e LXIII, da Constituição Federal.

Nas contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 169/174).

No parecer, a Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 180/184).

É o relatório.

VOTOS

Des. Souza e Avila (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento da apelação.

A materialidade e a autoria dos crimes foram devidamente comprovadas nos autos e não são o motivo da insurgência, de modo que não me prolongarei nesse tema.

DA ISENÇÃO DE PENA

O artigo 28, §1º, do Código Penal estabelece ser isento de pena o agente que “por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Para excluir a culpabilidade do agente a embriaguez deve ser completa e acidental, proveniente do caso fortuito ou de forma maior, estado em que o agente

torna-se inteiramente incapaz de compreender a natureza ilícita do fato, ou de determinar-se de acordo com tal entendimento.

A alegação de que “nenhuma pessoa em seu estado psicológico normal e com o juízo perfeitamente lúcido tem a coragem de chamar dentro da DP o policial de filho da puta e de afirmar que é da família Roriz sem constar o sobrenome na carteira de identidade...”, não é suficiente para provar a incidência da excludente de culpabilidade.

No caso, nota-se não haver qualquer prova de que a ré tenha feito uso de bebida alcóolica ou outra substância apta a torná-la inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Assim, não há como aplicar a causa de isenção de pena. Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 129, §9º DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. EMBRIAGUEZ. CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO E AUTODETERMINAÇÃO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE.

1. Se as provas dos autos são seguras a confirmar a ocorrência de lesão corporal cometida contra a mulher, o decreto condenatório deve ser mantido.

2. O fato de o réu estar embriagado ao lesionar a vítima não elide sua culpa.

3. A embriaguez voluntária e não acidental não exclui a imputabilidade penal, conforme a teoria da actio libera in causa; diferentemente da embriaguez completa proveniente do caso fortuito ou de forma maior, em que o agente é inteiramente incapaz de compreender a natureza ilícita do fato, ou de determinar-se de acordo com tal entendimento, e por isso, elide a responsabilidade penal do autor.

4. O exame da culpabilidade, para fins de modulação negativa das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, deve trazer elementos que possibilitem aferir que a conduta praticada pelo acusado extrapolou o tipo penal, devendo incidir um maior juízo de censurabilidade de seu comportamento.

5. Apelação parcialmente provida. (Acórdão 498169, 20100710089448APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 14/04/2011, Publicado no DJE: 25/04/2011. Pág.: 128 – grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA COMPANHEIRA. LEI MARIA DA PENHA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EMBRIAGUEZ COMPLETA. ELEMENTO SUBJETIVO. PRESENÇA. INTIMIDAÇÃO. APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO EXACERBADA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A embriaguez não afasta a tipicidade da conduta, mas, em verdade, será capaz de excluir a imputabilidade penal quando for completa e proveniente de caso fortuito ou força maior, em que o agente é inteiramente incapaz de compreender a natureza ilícita do fato, ou de determinar-se segundo tal entendimento. Noutros dizeres, para que incida a pretendida causa excludente, deve ser a embriaguez involuntária, acidental ou fortuita, além de completa. *Na espécie, nada obstante o estado de embriaguez do acusado, não há elementos probatórios que comprovem que fosse completa e que tenha decorrido de caso fortuito ou força maior. Assim, demonstrado que o réu proferiu ameaças eficazes, isto é, capazes de intimidar e abalar o estado psíquico da vítima, inculcando-lhe o temor de sofrer um mal injusto, mantém-se a condenação pela prática do crime do artigo 147 do Código Penal.*

(omissis)

4. *Recurso conhecido e parcialmente provido para, mantida a sentença condenatória do réu nas sanções do artigo 147 do Código Penal, reduzir a pena para 2 (dois) meses e 11 (onze) dias de detenção, no regime inicial semiaberto. (Acórdão 505155, 20100810060134APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 05/05/2011, Publicado no DJE: 23/05/2011. Pág.: 201 – grifo nosso).*

DA REVELIA

Nos termos do artigo 367 do Código de Processo Penal, o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao Juízo.

Nota-se que a apelante compareceu à audiência realizada em 7/3/2012 (fl. 87) e foi devidamente intimada na ocasião para a que foi designada para 6/6/2012. Contudo, a ré deixou de comparecer sem apresentar qualquer justificativa para a ausência (fl. 94). O decreto de revelia se impõe.

Assim, verifica-se que a revelia foi corretamente decretada e teve como consequência apenas a legalmente prevista, qual seja, a não intimação da ré para a prática dos demais termos do processo, nada impedindo que comparecesse espontaneamente.

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

APELAÇÕES CRIMINAIS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. CONDENAÇÃO. RECURSOS DE DEFESA. PRELIMINARES. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVERSÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. VIOLAÇÃO DO JUIZ NATURAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DOS SIGILOS. OMISSÃO DE PROVA. NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A REVELIA. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DO FATO E POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

(omissis)

6. Se os réus foram regularmente intimados, mas não compareceram à audiência de instrução e nem justificaram a ausência, correta a decisão que decretou a sua revelia processual, de acordo com o que dispõe o artigo 367 do Código de Processo Penal.

(omissis)

15. Preliminares rejeitadas. No mérito, recursos conhecidos e providos para absolver os réus das sanções do artigo 288 e artigo 168, §1º, inciso III, c/c o artigo 71, todos do Código Penal, e artigo 1º, inciso VII, da Lei 9.613/1998, com fundamento no artigo 386, incisos II e III, do Código de Processo Penal. (Acórdão 598884, 20090110103432APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 14/06/2012, Publicado no DJE: 02/07/2012. Pág.: 194 – grifo nosso)

Portanto, mantenho a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

DA DOSIMETRIA

No tocante à dosimetria das penas pelos crimes de racismo e desacato, as circunstâncias judiciais não eram desfavoráveis à ré, não havia atenuantes, agravantes, causas de diminuição e aumento a serem consideradas.

Assim, as reprimendas foram estabelecidas em definitivo no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa para o crime de racismo, e 6 (seis) meses de detenção para o crime de desacato, a serem cumpridas no regime aberto, conforme os termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

A pena do crime de racismo foi substituída por uma restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, conforme o disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal. E a pena relativa ao delito de desacato foi substituída por pena de multa isolada, quantificada em 10 (dez) dias-multa.

REPARAÇÃO DE DANOS

O Magistrado *a quo* ainda fixou valor mínimo de reparação civil e condenou a apelante a pagar à vítima P.C. da M.C. o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e à vítima P.D.F.N. o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), pelo dano moral causado pelas infrações penais, sem prejuízo da esfera civil competente.

Esse capítulo da sentença requer algumas considerações.

O artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719, de 11/6/2008, publicada no DOU de 23/6/2008, estabelece que o Juiz, ao proferir a sentença condenatória, "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

O artigo 63 do Código de Processo Penal estabelece que o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros podem promover a execução da reparação do dano. O parágrafo único, por sua vez, esclarece que transitada em julgado sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado, nos termos do artigo 387, inciso IV, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

O artigo 64 prevê que a ação para ressarcimento do dano pode ser proposta no Juízo Cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil. Caso seja intentada ação penal, o Juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Conclui-se que a Lei 11.719/2008 tornou possível fixar valor na sentença penal, de forma que a vítima possa promover de imediato a execução do montante arbitrado na sentença condenatória transitada em julgado, na esfera civil.

O artigo 91, inciso I, do Código Penal, já preceituava antes da Lei 11.719/2008, como efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado, a obrigação de reparar o dano causado pelo delito.

De fato, proferida a condenação criminal, conclui-se que o Magistrado convenceu-se da existência do crime e de que o réu foi o autor. Ou seja, acerca dessas questões, tratadas no Juízo penal, não haverá mais necessidade de nova discussão na esfera civil, valendo a condenação como título judicial (art. 63, do CPP, c/c o art. 475-N, inc. II, do CPC).

A doutrina e a jurisprudência, no entanto, divergem quanto à natureza do dano, cujo valor mínimo da reparação pode ser fixado na sentença condenatória, consoante os termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

O artigo 387, inciso IV, do Código Penal não possui ressalva quanto à natureza do dano ou prejuízo que pode ser ressarcido à vítima na sentença penal. Há quem entenda não ser possível estabelecer o valor mínimo da reparação de dano moral pelo Juízo criminal, por se tratar de valor que requer um aprofundamento no exame das provas, o que poderia acarretar indevida dilação probatória, comprometendo a razoável duração do processo.

Norberto Avena¹ entende que o legislador não restringiu a indenização tão somente aos danos patrimoniais, pois se referiu genericamente à "reparação de danos". Para ele, embora seja difícil a realização da estimativa do dano moral, não há razão para excluir do Juízo penal a possibilidade de fixar o valor destinado à reparação dos danos morais causados pela infração penal.

1 AVENA, Norberto. **Processo Penal**: Esquemático. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012. p. 308.

Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer², em sentido oposto, entendem que a Lei 11.719/2008 não aludiu aos danos de natureza moral, mas apenas aos de natureza material, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. Entendem que o arbitramento do dano moral implica “a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil” e “a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei 11.719/2008”.

No que concerne aos danos de natureza material, não há dúvidas quanto à possibilidade de fixação pelo Juízo Penal do *quantum* devido a título de indenização, pois pode ser facilmente quantificado, diante da prova dos autos, como por exemplo, em laudo de avaliação pericial direta ou indireta.

De qualquer sorte, para fixação do valor mínimo dos danos materiais causados pelo réu à vítima é indispensável o pedido formal desta, de seu advogado ou do Ministério Público, aliado à instrução específica que comprove o dano causado pelo crime, em observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da inércia do Juízo. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ART. 70 DO MESMO DIPLOMA. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. REPARAÇÃO CIVIL. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A agravante da reincidência deve ser integralmente compensada com a atenuante da confissão espontânea, na segunda etapa da dosimetria, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal.

2. O artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal estabelece que o Juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

2 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 723.

3. A fixação de reparação material mínima deve ser precedida de pedido formal, por parte do ofendido, de seu advogado ou do Ministério Público, e deve-se possibilitar ao réu defender-se e contraditar o pedido, preservando-se os princípios da inércia da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa.

4. *A legitimidade do Ministério Público para pleitear a condenação ressarcitória não transmuda o caráter privado do direito, pois a execução da sentença condenatória, título executivo judicial (art. 475 – N, II do Código de Processo Civil), far-se-á na esfera civil a pedido do interessado.*

5. *Recurso parcialmente provido. (Acórdão 681140, 20110110973233APR, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 28/05/2013, Publicado no DJE: 04/06/2013. Pág.: 244 – grifo nosso).*

No caso, o Ministério Público fez pedido de condenação à reparação de danos causados na inicial acusatória. O pedido, outrossim, foi genérico.

Não há nos autos comprovação de prejuízo material. Quanto à existência e quantificação de prejuízo moral, não foi realizada instrução específica que o comprovasse ou que possibilitasse a fixação do *quantum*.

De forma que não há elementos probatórios que permitam a análise da extensão do dano e, de consequência, o valor adequado e justo para o ressarcimento. De forma que a condenação na reparação civil deve ser excluída da sentença.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO. FALTA DE PROVAS DO ARROMBAMENTO. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DOSIMETRIA DA PENA DE MULTA. REGIME INICIAL DE PENA. DANO MATERIAL E MORAL. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. *Não se sustenta a preliminar de nulidade do processo por falta de fundamentação da análise das circunstâncias judiciais esculpidas no art. 59 do CP, haja vista que o d. Juiz de primeiro grau demonstrou as razões de seu convencimento, ademais, o legislador não exige do magistrado o exercício doutrinário*

exaustivo sobre as condições do réu ou do fato, nem atribuição de fração a cada uma das circunstâncias sopesadas.

2. Impossibilidade de afastar a qualificadora de arrombamento com base na simples alegação de que as testemunhas não viram o réu serrar o cadeado. Afinal, trata-se de uma qualificadora comunicável, conforme o artigo 30 do Código Penal.

3. Não tem o condão de tisonar os antecedentes: inquéritos policiais, ações penais em andamento, sentenças penais condenatórias não transitadas em julgado e fatos posteriores ao evento em julgamento.

4. Os bens furtados não foram devolvidos, podendo a circunstância “consequências do crime” ser valorada negativamente. Precedentes.

5. Não sendo o apelante reincidente, porém, atento a fixação dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, eis que o réu é possuidor de duas imputações negativas, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fixação do regime prisional semiaberto mostra-se mais adequada. 6. Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, tendo em vista que o acusado não preenche os requisitos.

7. A aplicação de pena de multa deve ser fixada atendendo os moldes do sistema trifásico.

(omissis)

9. Quanto aos danos morais, não existindo nos autos elementos capazes de identificar sua existência, bem como sua potencialidade, tampouco existindo informações aptas a demonstrar a situação econômica do acusado e das vítimas, o que impossibilita abalizar o quantum a ser reparado a este título, deve ser apurado perante a justiça cível, sendo descabida sua fixação sem fundamentação pelo douto juízo sentenciante.

10. Recurso provido parcialmente. (Acórdão 408969, 20070310086415APR, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 25/02/2010, Publicado no DJE: 26/03/2010. Pág.: 250 – grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA HARMÔNICAS COM A PROVA PERICIAL. PALAVRA DA OFENDIDA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO. CABIMENTO. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA AO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(omissis)

4. O artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, autoriza a fixação de valor mínimo a título de reparação de danos causados pela infração. Apesar da divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza do dano que pode ser objeto de reparação mediante a fixação do valor indenizatório mínimo, este Tribunal de Justiça adota a orientação restritiva do disposto no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, entendendo-se que não é cabível a fixação, pelo juízo criminal, de indenização a título de reparação por dano moral sofrido por vítima de crime, pois a intenção do legislador seria facilitar a reparação da vítima quando o prejuízo suportado fosse evidente. Ressalva ao entendimento do Relator.

5. *Recursos da Defesa e do Ministério Público conhecidos. Recurso do Ministério Público não provido e recurso da Defesa parcialmente provido apenas para, mantida a condenação do réu nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal, combinado com os artigos 5º e 7º, ambos da Lei 11.340/2006, diminuir o quantum de aumento aplicado pela reincidência, reduzindo a pena definitiva de 09 (nove) meses de detenção para 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, mantidos todos os demais termos da sentença. (Acórdão 713908, 20121110030445APR, Relator: ROBERVAL CASIMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 19/09/2013, Publicado no DJE: 24/09/2013. Pág.: 243 – grifo nosso).*

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. REGIME INICIAL FECHADO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NA ESFERA PENAL. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

(omissis)

6. A condenação em indenização pelos danos suportados pela vítima, prevista como efeito da sentença penal condenatória no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, refere-se, tão somente, aos prejuízos materiais e que estejam satisfatoriamente demonstrados nos autos. Qualquer diferença vislumbrada pela vítima poderá ser perseguida no juízo cível, onde também poderá pleitear reparação por dano moral.

7. Preliminar rejeitada. Recursos desprovidos. (Acórdão 674790, 20121110009418APR, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/05/2013, Publicado no DJE: 08/05/2013. Pág.: 153 – grifo nosso).

PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES. SUBTRAÇÃO MEDIANTE O USO DE VIOLÊNCIA FÍSICA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

(omissis)

3. A reparação mínima dos danos causados pelo crime, como efeito da condenação, por força do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, refere-se aos prejuízos materiais sofridos pelo ofendido e comprovados nos autos. A condenação do réu a reparar danos morais não tem aplicabilidade no juízo criminal, ante a impossibilidade de se mensurar tal espécie de dano.

4. Recurso conhecido e parcialmente provido, para excluir a condenação por danos morais. (Acórdão 716808, 20120111999448APR, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: JOSÉ GUILHERME, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 26/09/2013, Publicado no DJE: 03/10/2013. Pág.: 212 – grifo nosso).

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA GRAVE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA PENAL COMUM. LAUDO DE EXAME COMPLEMENTAR. DISPENSABILIDADE. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUTORIA DEMONSTRADA. CORREÇÃO NA DOSIMETRIA. PROCESSOS ANTERIORES ONDE O RÉU FOI BENEFICIADO COM A TRANSAÇÃO PENAL. MOTIVOS INERENTES AO TIPO. CONSEQÜÊNCIAS QUE NÃO SE PRESTAM À MAJORAÇÃO DA PENA. EXCLUSÃO DO LIMITE MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO CIVIL. 1. *Improcedente a alegação de competência dos Juizados Especiais, quando o laudo de exame de corpo de delito é claro em informar que a lesão causada pelo réu na vítima foi de natureza grave, por tê-la incapacitado para as ocupações habituais, por mais de trinta dias.* 2. *O laudo de exame complementar, previsto no § 2º do art. 168 do Código de Processo Penal, visa apurar a gravidade da lesão, o que é suprido quando a vítima ainda padece de sequelas da agressão, passados quase dois anos da data dos fatos.* 3. *Mesmo que, desde a fase inquisitorial o réu tenha negado o cometimento do crime e que a vítima não tenha visto quem a agrediu, não há se falar em insuficiência de provas quando testemunhas presenciais o apontam, com convicção, como o responsável pelo crime em questão.* 4. *Não servem para majorar a pena incidências penais anteriores em que houve o acolhimento da transação penal, nos termos do art. 76, § 6º, da Lei 9.099/95.* 5. *Não se defere a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a réu condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, quando o crime é cometido com violência à pessoa.* 6. Apesar da nova redação do art. 387, IV do Código de Processo Penal, conferida pela Lei 11.719/08, estabelecer que o juiz, ao proferir sentença condenatória “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;” (art. 387, IV CPP), a verdade é que não houve nenhuma manifestação da vítima, que não pediu nenhum pedido de indenização pelos prejuízos causados pelo Apelante. 6.1 Diante do princípio da inércia da jurisdição, não cabe ao juiz proceder de ofício. 6.2 Doutrina. 6.2.1 “admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar

valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa” (in Guilherme de Souza Nucci, RT, 2008, 8ª edição, pág. 691). 7. *Sentença parcialmente reformada. (Acórdão 450496, 20070110090814APR, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 23/09/2010, Publicado no DJE: 05/10/2010. Pág.: 171 – grifo nosso).*

Assim, a apuração dos danos morais eventualmente sofridos pelas vítimas, bem como a análise de sua extensão e fixação do valor adequado devem ser discutidos perante o Juízo Cível.

Cabe destacar que o Ministério Público não teria legitimidade para pleitear dano moral, o qual envolve direitos de personalidade de vítima maior e capaz e tendo em vista as incumbências conferidas a essas instituições nos artigos 127 e 134 da Constituição Federal.

Desse modo, decoto da sentença a condenação de M. da C.C. de M. ao pagamento do valor mínimo de reparação civil para as vítimas, estabelecido com fundamento no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal (R\$ 5.000,00 e R\$ 1.000,00).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para excluir da condenação de M. da C.C. de M., os valores estabelecidos a título de indenização por danos morais para as vítimas, prevalecendo os demais termos da sentença, por seus próprios fundamentos.

Nos termos do Provimento 29 do Conselho Nacional de Justiça, em atenção ao disposto na Lei Complementar nº 64/1990, a presente condenação deve ser incluída no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade – CNCIAI daquele órgão.

É como voto.

Des. Cesar Laboissiere Loyola (Revisor) – Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Com o Relator.

■ DECISÃO

■ Dar parcial provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2012011132544-4

Relatora Designada – Desa. Nilsoni de Freitas Custódio

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Arrombamento de caixa eletrônico. Furto qualificado e formação de quadrilha. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais. Culpabilidade e circunstâncias do crime. Manutenção. Personalidade. Afastamento. Pena pecuniária. Proporcionalidade. Regime aberto e semiaberto. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Impossibilidade. Provimento parcial.

1. Evidenciando os elementos de prova que guarnecem os autos que, além de subtrair os valores inseridos em caixa eletrônico, os 5 (cinco) réus da presente ação penal se associaram de forma estável e permanente com o objetivo de praticar reiteradamente essa espécie de delito, escorreita se mostra a condenação pelo crime de furto e formação de quadrilha.

2. A intensa articulação e divisão de tarefas entre os réus, necessárias à consecução do ambicioso intento de furtar valores de terminal de autoatendimento, releva a periculosidade dos agentes e autoriza a exasperação da pena-base, com lastro na circunstância judicial da culpabilidade.

3. Deve ser afastada a avaliação desfavorável da circunstância judicial relativa à personalidade quando não restar devidamente fundamentada a sua aplicação.

4. Correta se mostra a avaliação das circunstâncias do crime, diante do fato de que o furto de valores de caixas eletrônicos foi praticado mediante minucioso planejamento e alto grau de requinte, revelados pela troca constante de celulares como forma de dificultar o trabalho investigativo da polícia, pela destreza no manuseio do maçarico e demais instrumentos utilizados na empreitada criminoso, pelo *modus operandi* com que o crime foi praticado e pelo refinado conhecimento acerca

dos atos preparatórios e executórios necessários à concretização dessa espécie delitativa, de que são exemplos a visita prévia da agência objeto da ação criminosa, a utilização de lona plástica para impedir a visualização do ilícito por transeuntes e o desativamento de sensores de presença.

V – Evidenciado que os réus se associaram com o objetivo de cometer crimes graves, pois, além do dano provocado ao caixa eletrônico, poderiam auferir elevado numerário, com inequívocos prejuízos para a ordem econômica, ressoa patente que a pena aplicável ao crime de formação de quadrilha deve ser majorada, com lastro na circunstância judicial da culpabilidade.

VI – A pena de multa deve ser proporcional à pena privativa de liberdade fixada, devendo ser aquela reduzida quando estabelecida em quantidade excessiva se comparada a esta.

VII – Tratando-se de réus primários, com avaliação favorável da maioria das circunstâncias judiciais, o regime que se mostra mais adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos e menor ou igual a 8 (oito) é o semiaberto, ao passo que, para o condenado à pena corporal igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o regime aberto se afigura mais apropriado.

VIII – Inviável, *in casu*, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, seja porque aplicada pena corporal decorrente de crime doloso em patamar superior a 4 (quatro) anos, seja porque, a gravidade concreta dos delitos cometidos indica que a substituição não é medida socialmente recomendável, impondo-se sua vedação, nos moldes do art. 44, incisos I e III, do Código Penal Brasileiro.

IX – Recursos conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Terceira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Humberto Adjuto Ulhôa – Relator, Nilsoni de Freitas Custódio – Revisora e Relatora Designada, João Batista Teixeira – Vogal, sob a presidência da Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, em proferir a se-

guinte decisão: conhecer, dar parcial provimento, expeça-se alvará de soltura com relação a B.G.S.N., salvo se por outro motivo estiver preso, por maioria, vencido o Relator, redigirá o acórdão a Revisora, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

A. de O. e outros e E. de P.A.J., já devidamente qualificados nos autos do processo em epígrafe, foram denunciados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS como incurso nas penas do artigo 288, *caput*, c/c art. 155, §4º, incisos I e IV, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 01/04) que:

Entre os meses de abril de 2012 a agosto de 2012, os denunciados, associaram-se em quadrilha, de forma permanente e estável, para o fim de cometer reiteradamente furto de caixas eletrônicos, valendo-se de destreza para arrombar as máquinas com emprego de maçarico e subtrair o dinheiro sem queimar as cédulas. Para concretizar seus intentos criminosos, os denunciados dividiram as tarefas, cada um exercendo uma atividade, nas quais também havia revezamento, que contribuíam para o resultado final almejado pelo grupo. Por meio das diligências investigativas levadas a efeito na denominada "Operação Cash", restou apurado que os denunciados faziam parte de uma quadrilha conhecida por "Caixeiros de Joinville", grupo especializado na realização de furtos a terminais de autoatendimento bancário no Distrito Federal e em outras unidades da Federação. Para tanto, os denunciados atuavam sempre da mesma maneira, qual seja, cobriam a fachada frontal dos estabelecimentos bancários com uma lona plástica, com o fim de impedir a visualização da ação delituosa pelos transeuntes que passavam nas proximidades. Além disso, isolavam os sensores de alarme das agências com caixas de isopor. Em seguida, fazendo uso de um maçarico ou serras eletromagnéticas, os denunciados queimavam e cortavam os caixas eletrônicos, subtraindo todas as cédulas que estavam em seu interior, sem, contudo, queimá-las. Para lograr êxito em suas

investidas delituosas, os denunciados utilizavam-se de diversos aparelhos de telefone, com “chips” diferentes, a fim de dificultar possíveis interceptações, e a todo tempo comunicavam-se durante a execução dos crimes, enquanto outros integrantes da quadrilha ficavam do lado de fora nas imediações das agências, para não permitir que terceiros surpreendessem os executores dos furtos. Destarte, com o modus operandi supramencionado, no dia 25/08/2012, por volta das 02h20min, na agência do Banco HSBC, situado na Praça Tamandaré, Rua Maria B. Cruvinel nº 990, Setor Oeste, Goiânia/GO, os denunciados, com a utilização de um maçarico, arrombaram um dos caixas eletrônicos da referida agência e furtaram parte do dinheiro que estava em seu interior, totalizando o montante de R\$ 17.150,00 (dezesete mil, cento e cinquenta reais), em espécie. Além da prática desta subtração, os denunciados também furtaram inúmeras agências bancárias no Distrito Federal, tais como no dia 21/06/2012, adentraram no Banco Santander, localizado na CRS 513, Bloco B, Loja 15/19, Asa Sul (Ocorrência nº 8.105/12 – 12ª DP); dia 05/07/2012 na agência do Banco Santander localizada na CSB 04, lote 05, loja 01, Taguatinga Sul (Ocorrência nº 6.935/12 – 1ª DP); dia 10/07/2012 em outra agência do Banco Santander localizada no Setor Hospitalar Sul, SHIS 716, Bloco I, Loja 40, Asa Sul; entre várias outras ocorrências já mencionadas que apontam o envolvimento dos integrantes desta quadrilha.

Pela r. sentença proferida às fls. 811/828, o d. Juízo da Quarta Vara Criminal de Brasília julgou procedente a denúncia para condenar os acusados nos termos da exordial estabelecendo o total da pena em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, para cada um dos réus, exceto para o apelante B.G.S.N. que teve o total da pena fixada em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, todos no regime inicial fechado.

Inconformados, os réus interpõem apelação (fls. 851/853). Em suas razões (fls. 854/875 e 1021/1035), pleiteiam, em síntese, a absolvição do crime previsto no Art. 288, *caput*, do Código Penal. Alternativamente, requerem o redimensionamento das penas para ambos os crimes. Além disso, o apelante E. requer que a pena de multa guarde proporcionalidade com a pena corporal, bem como a revogação da decisão (fls. 958/959) que indeferiu a restituição do veículo placa JHP1328 e determinou a apuração de eventuais crimes perpetrados pela advogada E.P. da C.

O Ministério Público deixou de apresentar contrarrazões formais (fls. 878 e 1037).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer lançado às fls. 1039/1045, da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Gladaniel Palmeira de Carvalho, oficia pelo conhecimento e não provimento dos recursos, mantendo-se incólumes todos os termos da sentença.

É o relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por A. de O. e outros e E. de P.A.J. contra a r. sentença proferida (fls. 811/828) pelo d. Juízo da 4ª Vara Criminal de Brasília que os condenou como incurso nas penas do artigo 288, *caput*, c/c art. 155, §4º, incisos I e IV, na forma do art. 69, todos do Código Penal, estabelecendo o total da pena em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão para cada um dos réus, exceto para o apelante B.G.S.N. que teve o total da pena fixada em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, todos no regime inicial fechado.

Inconformados, os réus interpõem apelação (fls. 851/853). Em suas razões (fls. 854/875 e 1021/1035), pleiteiam, em síntese, a absolvição do crime previsto no Art. 288, *caput*, do Código Penal. Alternativamente, requerem o redimensionamento das penas para ambos os crimes. Além disso, o apelante E. requer que a pena de multa guarde proporcionalidade com a pena corporal, bem como a revogação da decisão (fls. 958/959) que indeferiu a restituição do veículo placa XXX XXXX e determinou a apuração de eventuais crimes cometidos pela advogada E.P. da C.

Narra a denúncia (fls. 01/04), em suma, que, "entre os meses de abril de 2012 a agosto de 2012, os denunciados, associaram-se em quadrilha, de forma permanente e estável, para o fim de cometer reiteradamente furto de caixas eletrônicos, valendo-se de destreza para arrombar as máquinas com emprego de maçarico e subtrair o dinheiro sem queimar as cédulas. Para concretizar seus intentos crimi-

nosos, os denunciados dividiram as tarefas, cada um exercendo uma atividade, nas quais também havia revezamento, que contribuíam para o resultado final almejado pelo grupo. Por meio das diligências investigativas levadas a efeito na denominada “Operação Cash”, restou apurado que os denunciados faziam parte de uma quadrilha conhecida por “Caixeiros de Joinville”, grupo especializado na realização de furtos a terminais de autoatendimento bancário no Distrito Federal e em outras unidades da Federação (...).”

DA MATERIALIDADE

A materialidade dos crimes em apreço está amplamente demonstrada nos autos conforme auto de prisão em flagrante (fls. 07/22), Ocorrência Policial (fls. 28/31), auto de apresentação e apreensão (fls. 32/36), termo de restituição (fl. 269), Laudo de Exame em Objeto (fls. 658/671), Laudo de Exame de Extração de Dados (fls. 677/682), memorando 12297/12 do Instituto de Identificação da Polícia Civil do DF (fl. 697), bem como pela prova oral produzida em Juízo.

DA AUTORIA

Quanto à autoria do crime de furto, observo que também emerge das provas carreadas aos autos, em especial pelo depoimento judicial dos acusados, que, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, confessaram o delito. Vejamos.

J. dos S. – fls. 641/642: “que participou do furto ocorrido no dia 25/08/2012 na agência do HSBC; que os outros acusados também participaram desse furto; que estavam bebendo na casa do E. quando surgiu a ideia da prática do furto; que utilizaram um maçarico e não utilizaram pé-de-cabra; que não cobriram a agência com lona; que não camuflaram o sensor; que salvo engano subtraíram 17.000,00 reais; que foram presos na casa do e.; que somente se juntaram para a prática desse furto do dia 25/08/2012; que não sabe dizer porque está sendo acusado do crime de formação de quadrilha; que não tem mais nada a dizer em sua defesa.” (Destaquei)

D.C. – fls. 643/644: “que participou do furto ocorrido no dia 25/08/2012 na agência do HSBC; que os outros também participaram; que estavam num pesque-pague e daí surgiu a ideia de praticar o furto; que utilizaram um maçarico; que não se recorda de outros instrumentos; que como não sabiam como fazer ao certo o furto ficaram se revezando durante a subtração do dinheiro; que após o furto foram

para casa do E. onde foram presos; que cerca de 17.000,00 reais foram subtraídos; que não praticaram e nem iriam praticar outros crimes juntos; que não sabe dizer porque esta sendo acusado do crime de formação de quadrilha; que esta arrependido dos fatos porque tem família, trabalha, que tudo não passou de um impulso.” (Destaquei)

B.G. – fls. 645/646: “que participou do furto ao banco HSBC no dia 25/08/12; que os outros acusados também participaram do furto; que estavam na casa do E. bebendo e surgiu a ideia da pratica do furto; que utilizaram maçarico e pé-de-cabra no furto; que colocaram lona; que não camuflaram o sensor; que não sabe o valor subtraído; que após o furto voltaram todos para casa do E.; que foram presos logo em seguida; que conheceu os outros acusados através do D.; que não confabularam a pratica de outros crimes; que apenas se juntaram para a prática do furto do dia 25/08/12; que não sabe porque esta sendo acusado pela formação de quadrilha; que não quer dizer nada em sua defesa.” (...) que já foi preso anteriormente pelo art. 155.” (Destaquei)

A. de O. – fls. 647/648: “que participou do furto ocorrido em 25/08/2012 no banco HSBC; que os outros acusados também participaram desse furto; que estavam bebendo em casa e surgiu a ideia de realizar o furto; que foi uma coisa de momento; que não sabe dizer o nome específico das ferramentas utilizadas; que não tamparam a frente da agencia com lona; que não bloquearam os sensores; que não se recorda do valor que foi subtraído; que após o furto foram para a casa de E.; que ali foram presos em flagrante; que nunca haviam se agrupado para a prática de crimes além desse furto ao HSBC; que acha que foi acusado por formação de quadrilha porque foram presos juntos na casa de E.; que não participou de qualquer outro furto; que não sabe quem participou dos outros furtos; que não quer dizer mais nada em sua defesa.” (...) “que já foi preso por tráfico de drogas e já cumpriu pena; que conheceu o E. através de D.; que conhece o D. e J. de festas; que D. e J. costumam lavar carro no lava-jato do depoente.” (Destaquei)

E. de P. – fls. 649/650: “que participou do furto do dia 25/08/2012 no banco HSBC em Goiânia; que estavam em Goiânia bebendo e de repente “ deram na cabeça” a ideia de furtar a agencia; que utilizou um maçarico; que não colocou lona na frente da agencia; que não camuflaram o sensor de movimento; que o total subtraído foi 17.150,00 reais nesta agencia; que estavam com ele todos os acusado; que

após a realização do furto todos foram para sua residência em Hidrolândia; que foram presos em sua residência; que tem ciência da existência de interceptações telefônicas; que não sabe nada a respeito dos outros furtos; que não participou de outros furtos; que não sabe informar se outros acusados participaram de outros furtos; que somente se juntaram para pratica do furto da agencia do HSBC no dia 25/08/12; que não sabe dizer porque esta sendo acusado ou quem participou dos outros furtos; que não quer dizer mais nada em sua defesa." (...) "que conhece o D. há mais ou menos 1 ano; que os outros conheceu através do J.; que os outros foram para Goiânia a passeio e foi onde os conheceu ." (Destaquei)

As demais provas produzidas em Juízo estão em harmonia. Nesse sentido, corrobora o depoimento do Policial A.P.P. (fls. 638/640). Confira-se:

que se recorda dos fatos da denúncia, que a investigação começou em 03 de abril de 2012 com furto da agencia do banco Santander localizada no SHS, que no local foi esquecido um telefone celular e após pericia foi solicitada quebra de sigilo de dados, que através da quebra foi constatado que o celular esquecido pertencia a C.P., que o outro aparelho para qual ele ligou estava cadastrado no nome de R., que o endereço de R. era em Hidrolândia, que verificaram que C. era arrombador de caixas eletrônicos, que nos cadastros da linha telefônica utilizada pelo C. constava o endereço do acusado E., que a pericia identificou digitais de C. na agencia onde ocorreu o furto no dia 03 de abril de 2012, que a interceptação de ligações não deu resultado em razão do modus operandi, que foram selecionados números para os quais haviam ligações com maior frequência, que solicitaram a interceptação telefônica desses números e de outros de Cristiano, que descobriram que C. foi preso no Rio de Janeiro por um crime praticado do mesmo modo com lona, isolamento de sensores e maçarico, que pelos áudios da interceptações em conversa com sua mãe, C. citava com frequência a pessoa de Gordão, posteriormente identificada como o acusado D.C., que C. orientou sua mãe que passasse ao "Gordão" telefones do acusado E. para que levantassem dinheiro no Distrito Federal, que em continuidade as investigações identificaram D. como praticante do crime, que o acusado E. era base da quadrilha no Distrito Federal, que chegaram aos outros acusados no final das investigações, que em relação ao furto do dia 21 de junho na mesma agência do Banco Santander localizada no Setor

*Hospitalar Sul, foram descobertas nas interceptações telefônicas diálogos entre R., esposa de E. e sua mãe na qual menciona que o furto rendera a quantia de 6.000,00 reais para cada um, que como foi furtado 30.000,00 reais, nessa oportunidade conclui-se que o bando era formado por 5 integrantes, que nesse mesmo dialogo de R. e sua mãe ela menciona que as pessoas de "magrelinho", "porquinho-da-índia" e seu irmão estavam hospedados na casa de E., que o acusado B. é irmão do acusado A.; que em outra ligação interceptada constatou-se que D. disse a sua esposa "Deu um pouquinho lá... uma merreca"; que o E. não reside em Brasília; que dia 05 de julho houve outro furto no banco Santander de Taguatinga sul; que nesse furto foram vistos entrando na agencia os acusados J. e B.; que após 05 de julho houve outro furto em Goiânia, onde foi possível interceptar as ligações telefônicas e constatar o envolvimento de todos nos furtos praticados; que após os furtos os acusados costumavam voltar para Joinville/SC; que através de monitoramento pessoal, os policiais puderam constatar que todos os acusados se encontram comprovando portanto que se conheciam; que a quadrilha comprava carros com produto dos crimes para a pratica de novos crimes; que foi constatado pelas interceptações que A. e J. conversavam sobre os carros adquiridos; que pelas investigações verificaram que a quadrilha atuava com **extrema cautela utilizando dezenas de prefixos telefones, utilizando áudio conferência na hora dos furtos**; que houve tentativas de outros furtos em Goiânia em razão da cautela com a qual operavam; que no dia 12 de agosto de 2012 os acusados prepararam o furto a uma agencia localizada em Goiânia que os policiais chegaram a montar campana no hotel em frente visualizando a ação dos acusados; que o depoente chegou a filmar os acusados entrando na agencia e juntou o "print screen" no relatório do inquérito; que os acusado não furtaram a agência porque o alarme disparou; que decidiram efetuar a prisão dos acusados na residência do acusado E. logo após o furto ocorrido dia 25 de agosto de 2012; que este furto foi monitorado por meio das interceptações telefônicas; que todos os acusados estavam na residência de E.; que o dinheiro já estava devidamente dividido; que apreenderam maçarico e demais equipamentos para arrombamento, inclusive um pé-de-cabra que nas imagens é possível ver B. e J. utilizando o referido pé-de-cabra; que no momento da prisão em flagrante os acusados confessaram a participação*

no crime de furto ao Banco HSBC no dia 25/08/2012; que no momento da prisão os acusados também confessaram a prática de outros furtos a agências bancárias; que durante a prisão em flagrante os acusados colaboraram e confessaram informalmente a prática dos furtos mas durante a lavratura do flagrante preferiram ficar em silêncio; *que a esposa do E., perante a autoridade policial, apontou a participação dos acusados na prática de furtos; que os familiares de todos os acusados tinham conhecimento da participação deles nos furtos;* que os acusados primeiro preparavam a agência, bloqueando sensores de presença com isopor e acrílico; que após prepararem a agência retornavam para buscar o maçarico e demais equipamentos utilizados; que no momento da prisão em flagrante da quadilha em Hidrolândia o depoente conversou com B. no momento que era conduzido e o mesmo confessou ter praticado o furto em companhia do J. e que C. e E. exerceram a função de olheiros, *tendo negado a participação do seu irmão A. nesse furto;* que descobriram que os acusados praticaram furto do dia 25/08/2012 por meio de interceptações telefônicas e monitoramento do local após o fato; que não presenciaram a prática do furto; que uma equipe da polícia avisou a outra possibilitando o deslocamento até Hidrolândia bem como a prisão em flagrante." (...) *"que é policial há 3 anos e meio; que participou das investigações desde o começo; que salvo engano foi encontrado um saco plástico na agência onde ocorreu o furto de 03 de abril de 2012; que a primeira interceptação telefônica durou 15 dias; que participava ativamente das interceptações. (Destaquei)*

Vale lembrar que, a respeito do depoimento prestado por policiais, inexistindo contradição apta a desabonar a versão dos fatos por eles narrados e, tratando-se de agentes públicos no exercício de suas funções, os depoimentos são dotados de presunção de veracidade, consoante consolidado na jurisprudência pátria.

Sobre a matéria, seguem julgados deste eg. Tribunal:

(...)Depoimentos prestados por policiais são merecedores de fé, na medida em que provêm de agentes públicos no exercício de suas atribuições, especialmente quando estão em consonância com o restante do conjunto probatório. (...) (Acórdão 564860, 20110110251819APR, Relator SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, julgado em 09/02/2012, DJ 15/02/2012, p.150)

*(...) Os depoimentos dos policiais militares, com observância do contraditório e em consonância com as demais provas colhidas na instrução criminal, gozam de presunção de idoneidade para o decreto de uma sentença condenatória.(...)
(Acórdão 567717, 20100310215124APR, Relator SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/02/2012, DJ 02/03/2012, p. 244)*

Em que pese os réus negarem a autoria do crime de quadrilha, inviável a absolvição, porque farto o acervo probatório colacionado, com destaque para a prova oral (fls. 638/640), que demonstra que os 05 (cinco) apelantes se associaram, durante 4 (quatro) meses, de forma estável e permanente, para juntos, cometerem crimes especializados na realização de furtos a caixas automáticos no Distrito Federal e em outras unidades da Federação, com planejamento prévio e alto grau de requinte, em perfeita divisão de tarefas, mostrando-se inverossímil suas alegações.

Dessa forma, constatando-se que as condutas dos recorrentes amoldam-se às disposições do artigo 155, §4º, inciso I e IV, e art. 288, *caput*, ambos do Código Penal, tornam-se inviáveis as teses defensivas.

Quanto aos pedidos de redimensionamento das penas, inicialmente tenho que a fixação da pena-base é um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando estabelecer sanção suficiente e necessária para prevenção e reprovação do delito. Assim sendo, o juiz detém margem para externa sua convicção. Coerente este subjetivismo quando o somatório das circunstâncias judiciais apresente justificativa bastante para a quantificação da pena-base acima do mínimo legal.

A lei não determina qualquer critério lógico ou matemático a ser seguido na dosagem do *quantum* da pena. Tão somente devem ser observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da individualização.

Quanto ao crime do artigo 155, §4º, inciso I e IV, do Código Penal, verifico que o magistrado singular fixou a pena-base acima do mínimo legal, com base na análise desfavorável das circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, à personalidade e às circunstâncias do crime.

Não laborou com acerto o magistrado singular ao valorar a personalidade dos apelantes como “ousada e determinada para a prática delituosa”, pois não há nos autos qualquer elemento concreto que possibilite assim concluir.

Do mesmo modo, não há como valorar negativamente culpabilidade do agente tendo em vista o seu “modo consciente e articulado de agir”, pois elementar do crime, não podendo servir para majorar a pena-base se inexistente um *plus* na reprovação de sua culpabilidade.

Assim, afasto a valoração negativa da culpabilidade e da personalidade dos agentes na análise das circunstâncias judiciais.

No entanto, mantenho a pena-base no *quantum* estabelecido, porque em face da amplitude de 02 (dois) a 08 (oito) anos da pena em abstrato cominada ao crime em apreço, revela-se proporcional a exasperação de 02 (dois) anos motivada na valoração negativa das circunstâncias do crime, que se revela intensa e na utilização de uma das qualificadoras (concurso de agentes) do crime.

De fato, as circunstâncias do crime ultrapassam as inerentes à espécie, pois os denunciados durante 04 (quatro) meses fizeram parte de uma quadrilha conhecida por “Caixeiros de Joinville”, grupo especializado na realização de furtos a caixas eletrônicos no Distrito Federal e em outras unidades da Federação, com planejamento prévio e alto grau de requinte, valendo-se de áudio conferência na hora dos furtos, dezenas de telefones celulares, isolamento dos alarmes, cobertura da fachada da agência, divisão de tarefas e destreza para arrombar as máquinas com emprego de maçarico, subtraindo o dinheiro sem queimar as cédulas, conforme constatado em longa investigação policial.

Quanto ao crime de quadrilha, assim como no crime de furto, afasto a valoração negativa da culpabilidade e da personalidade dos agentes na análise das circunstâncias judiciais, mantendo a pena-base no quantum estabelecido, porque em face do intervalo de pena estabelecido ao crime em apreço, revela-se proporcional a exasperação de 01 (um) ano motivada na valoração negativa das circunstâncias do crime que, diante de sua singularidade, extrapola em muito o tipo penal.

Realmente, no presente caso verifico que o *modus operandi* empregado na prática do delito impõe a exasperação da pena-base. Como dito, os 05 (cinco) denun-

ciados associaram-se durante 4 (quatro) meses, de forma permanente e estável, para o fim de cometer crimes especializados na realização de furtos a caixas automáticos no Distrito Federal e em outras unidades da Federação, extremamente organizados, com planejamento prévio e alto grau de requinte, valendo-se de áudio conferência na hora dos furtos, dezenas de prefixos telefones celulares, com diversos chips, para dificultar o rastreamento policial, divisão de tarefas e destreza para cometimento dos ilícitos, onde isolavam os sensores dos alarmes com isopor, cobriam a fachada frontal dos estabelecimentos bancários com uma lona plástica e olheiros com o fim de impedir a visualização da ação delituosa por transeuntes e policiais, com emprego de maçarico, serras eletromagnéticas ou pé-de-cabra arrombavam a máquina subtraindo o dinheiro sem queimar as cédulas.

Na 2ª e 3ª fases dos dois crimes (furto e quadrilha), corretamente considerados as diretrizes para a dosagem penalógica. Em relação ao apelante B., reduziu-se a pena pela atenuante da menoridade relativa, em 03 meses para cada crime. Assim, nada a reparar.

Os apelantes, ainda, requerem a fixação de regime prisional mais brando. Todavia sem razão, pois estabelecido o fechado em estrita observância ao art. 33, §3º, do Código Penal. Cumpre frisar que, para fixação do regime inicial do cumprimento de pena não basta apenas o lapso temporal, pois com base na análise das circunstâncias do art. 59 do CP, o magistrado pode fixar um regime mais gravoso, independente da pena aplicada.

Sobre a matéria, a jurisprudência:

(...) A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART.59 DO CP POSSIBILITA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, BEM COMO IMPEDE A SUA SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 33, §3º, E 44, INCISO III, AMBOS DO CP.(...) (2010021004827-2APR, Acórdão Número: 581163. 1ª Turma Criminal, Relator Designado: ROMÃO C. OLIVEIRA, Publicado no DJE: 04/05/2012. Pág.: 318)

As penas pecuniárias foram fixadas em proporção às penas corporais.

Portanto, a dosimetria não merece reparos, pois observados os critérios legais e os princípios da individualização das penas, da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser mantida.

Por fim, melhor sorte não reserva ao pedido da defesa de E. para que seja revogada a decisão (fls. 958/959) que indeferiu a restituição do veículo placa JHP1328 e determinou a apuração de eventuais crimes cometidos pela advogada E.P. da C., pois como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Gladaniel Palmeira de Carvalho, a quem peço vênia para adotar suas palavras como minhas razões de decidir:

O MM. Juiz a quo desfiou fundamentação irretocável, ao negar o pleito de restituição de veículo formulado pelo ora Apelante E.. O douto Magistrado afirmou a ilegitimidade da parte, bem como constatou a existência de indícios de fraude processual.

Em primeira instância, o Recorrente alegara que o veículo pertencia à sua genitora, e juntou cópia de documentos, no intento de comprovar as suas alegações. Contudo, consoante já decidiu essa Colenda Corte de Justiça, 'o terceiro proprietário do veículo apreendido na posse do réu é a parte legítima para postular a devolução do citado bem, não o próprio acusado.' (Acórdão 671574, Relator: Des. Jesuíno Rissato. DJe. 29/04/2013)

Ademais, o veículo reclamado foi apreendido em 25/08/2012 (fls. 32/36) e, a despeito da constrição judicial, vendido por J.S. de M. à genitora do sentenciado, em Goiânia/GO, na data de 14/12/2012 (fl. 916 e verso). O MM. sentenciante concluiu pela existência de indícios de fraude e, na forma do art. 40 do CPP, determinou a extração de cópias de algumas páginas do feito, a serem encaminhadas ao Ministério Público, para que fosse apurada a prática de crimes. Assim agindo, o douto Magistrado em nada feriu as prerrogativas profissionais da patrona do Apelante; apenas deu concreção ao mandado de dispositivo legal, cumprindo sua obrigação funcional.

Ante o exposto, CONHEÇO e NEGÓ PROVIMENTO às apelações interpostas, mantendo incólume a r. sentença.

É como voto.

Desa. Nilsoni de Freitas Custódio (Revisora) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por A. de O. e OUTROS¹ e E. de P.A.J.² em face da r. sentença³ que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar os réus A. de O., B.G.S.N., D.C., J. dos S. e E. de P.A.J. como incurso nas penas do art. 155, § 4º, incisos I e IV e art. 288, *caput*, ambos do Código Penal, na forma do art. 69, desse mesmo diploma normativo.

Em suas razões⁴, os réus A., B., D. e J. pleiteiam a absolvição do crime de formação de quadrilha, com lastro no art. 386, incisos III e VII do CPP. Argumentam que inexistem nos autos prova ou indício da existência de vínculo associativo estável e permanente capaz de ensejar a configuração do delito em comento, pelo qual foram condenados.

Outrossim, na impossibilidade de ser afastada a condenação pelo crime de formação de quadrilha, pugnam, pela redução da pena aplicada a este delito. Sustentam que a pena-base do crime de formação de quadrilha foi indevidamente fixada no patamar de 2 (dois) anos de reclusão. Defendem que todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal lhes são favoráveis e que, em razão disso, a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal.

Com relação ao crime de furto qualificado, não se insurgem quanto ao reconhecimento da materialidade e da autoria delitivas. Contudo, postulam o redimensionamento da pena aplicada ao delito. Defendem que inexistem elementos idôneos passíveis de ensejar a valoração negativa da culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, de sorte que a pena deste crime também deve ser fixada no mínimo legal.

Questionam a fixação do regime fechado para cumprimento da pena, aduzindo que esta medida foi adotada com a mera indicação de dispositivos legais, sem que fossem revelados motivos bastantes para sua adoção. Sustentam, ademais, que os

1 Fl. 851.

2 Fl. 852/853.

3 Fls. 811/828.

4 Fls. 854/875.

parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal para a fixação do regime de cumprimento de pena restaram violados. Pugnam pela fixação do regime aberto ou, no máximo, do regime semiaberto, caso a pena privativa de liberdade ultrapasse o montante de 4 (quatro) anos de reclusão.

Em suas razões⁵, E. de P.A.J. também pleiteia a absolvição do crime de formação de quadrilha. Nesse particular, sustenta que este crime somente se configura com a existência de um vínculo associativo estável e permanente entre mais de 3 (três) pessoas, com a finalidade precípua de cometer uma série indeterminada de crimes. Assevera que, no caso, não restou comprovado o *animus* associativo de formar uma sociedade criminosa voltada à prática de delitos, razão pela qual entende que a absolvição é medida imperiosa, máxime porque milita em seu favor o princípio *in dubio pro reo*.

Questiona a dosimetria da pena do furto qualificado e do crime de formação de quadrilha, sustentando que a culpabilidade, a personalidade e os motivos do crime não poderiam ter sido valorados negativamente. Quanto à culpabilidade aduz que o julgador deixou de apontar qualquer elemento que revelasse a existência de maior censurabilidade/reprovabilidade da sua conduta.

Pontua que o sentenciante limitou-se a dizer que possui personalidade ousada e determinada para a prática delituosa. Defende que os elementos de prova constantes dos autos não permitem uma valoração negativa de sua personalidade e que, demais disso, o argumento utilizado pelo sentenciante não traduz fundamentação idônea para exasperação da pena, com lastro nesta circunstância judicial.

Relata que o motivo do delito foi identificado, na sentença, com sendo a obtenção de lucro fácil com a subtração do patrimônio alheio. Sustenta que essa motivação é inerente ao tipo e, desta maneira, não se poderia ignorar que o legislador já lhe atribui a necessária censura, embutindo-a na pena mínima abstrata cominada ao delito. Defende com esteio nestes argumentos que a valoração negativa dos motivos do crime deve ser decotada do cálculo da pena-base.

Pontua que, no curso do processo, apresentou pedido para que lhe fosse restituído o veículo GM/Celta 4 portas, Spirit, cor prata, placa XXX XXX, chassi nº

5 Fls. 1021/1035.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ano 2008/2009, RENAVAL: XXXXXXXXXXX, de propriedade da sua genitora, a saber, M.C.O.R.

Notícia que o magistrado de origem indeferiu aludido pedido e, demais disso, determinou a extração de cópias de peças dos autos e seu encaminhamento ao Ministério Público para apuração de eventual crime de fraude processual ou estelionato ou falsidade ideológica ou falsidade de documento público ou particular, perpetrado em tese pelas pessoas de E. de P.A.J., E.P. da C., J.S. de M. e M.C.O.R. Pugna pela revogação da decisão em relação à sua advogada E.P. da C., argumentando que o advogado goza de imunidade no exercício do seu mister.

Pleiteia, ainda, a restituição do veículo referenciado, a redução da pena privativa de liberdade e de multa para o mínimo legal e a fixação do regime aberto.

Relatório do e. Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa às fls. 1047/1048.

É, em síntese, o que consta.

DO FURTO QUALIFICADO

A materialidade do delito encontra-se comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 07/22), Boletim de Ocorrência 121/2012 (fls. 28/31), Auto de Apresentação e Apreensão 328/2012 (fls. 32/36), Termo de Restituição (fl. 269), Laudo de Exame em Objeto (fls. 658/671), Laudo de Exame de Extração de Dados (fls. 677/682), memorando 12297/2012 do Instituto de Identificação da Polícia Civil (fl. 697), bem como pela prova oral colhida em juízo.

A autoria do furto qualificado, da mesma forma, restou plenamente evidenciada pelas provas coligidas aos autos, em especial, pelas declarações prestadas pelos policiais na esfera policial e judicial e, sobretudo, porque todos os réus confessaram, em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o cometimento do crime, sendo digno de nota que os apelantes sequer questionaram sua responsabilidade criminal pelo delito em questão, limitando-se a impugnar sua dosimetria.

DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA

Conquanto os réus neguem o cometimento do crime de formação de quadrilha, aduzindo que inexistente prova de que teriam se associado de forma estável e permanente com o propósito de praticar crimes, inviável se mostra a absolvição. Em

primeiro lugar, deve ser registrado que, no dia 25 de agosto de 2012, todos os réus foram presos em flagrante delito com uma gama enorme de equipamentos, instrumentos e objetos destinados ao arrombamento de caixas eletrônicos, os quais se encontram devidamente individualizados no Auto de Apresentação e Apreensão 328/2012 (fls. 32/36).

Afora o grande volume de materiais apreendidos, que já evidencia o interesse em se especializar na prática de furtos em terminais de autoatendimento, os depoimentos prestados pelos agentes policiais na esfera policial (fls. 07/17) e em juízo (fls. 638/640) revelam a existência de um vínculo associativo estável e permanente voltado ao cometimento de reiterados furtos no interior de agências bancárias.

Nesse particular, importa pôr em relevo que os agentes policiais responsáveis pela investigação e prisão dos apelantes, por ocasião dos seus depoimentos na delegacia de polícia, individualizaram vários inquéritos policiais relativos a arrombamentos de caixas eletrônicos, cujos autores/principais suspeitos são os apelantes.

Além disso, A.P.P., policial civil, declarou, em juízo, que, no momento da prisão em flagrante, os acusados confessaram a prática de outros furtos a agências bancárias além daquele que se examina nos presentes autos, tendo afirmado, ainda, que a esposa de E. apontou a participação dos acusados na prática de furtos, habitualidade esta que era de conhecimento dos seus familiares. Ao ensejo, transcrevo o seguinte excerto do seu depoimento:

Testemunha: A.P.P. – PCDF, brasileiro, residente nesta Capital, compromissado(a) e advertido(a) na forma da Lei. Dada a palavra ao Ministério Público, respondeu: que se recorda dos fatos da denúncia (...); que no momento da prisão em flagrante dos os acusados confessaram a participação no crime de furto ao Banco HSBC no dia 25/08/2012; que no momento da prisão os acusados também confessaram a prática de outros furtos a agências bancárias; que durante a prisão em flagrante os acusados colaboraram e confessaram informalmente a prática dos furtos mas durante a lavratura do flagrante preferiram ficar em silêncio; que a esposa do E., perante a autoridade policial, apontou a participação dos acusados na prática de furtos; que os familiares de todos os acusados tinham conhecimento da participação deles nos furtos; (...)

Diante desse quadro, ressoa patente que os apelantes, efetivamente, se associaram de forma estável e permanente, visando efetivar reiterados furtos em terminais de autoatendimento, mostrando-se correta a condenação pelo crime de formação de quadrilha.

DA DOSIMETRIA DA PENA

Após exame dos autos, o ilustre sentenciante condenou A., D., J., E. e B. como incurso nas penas dos arts. 155, § 4º, incisos I e IV e art. 288, *caput*, ambos do Código Penal, na forma do art. 69 desse mesmo diploma normativo, atribuindo aos 4 (quatro) primeiros a pena de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão em regime inicial fechado e 30 (trinta) dias-multa, no mínimo legal, e a este último (B.) pena privativa de liberdade no montante de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial fechado e pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa, à razão unitária mínima. A dosagem da pena foi assim empreendida pelo eminente juiz, *verbis*:

Passo à dosimetria e individualização das penas, nos termos dos arts. 93, IX, da CF/88 e 68 do CP.

A. de O.

FURTO QUALIFICADO

A culpabilidade do réu é extremamente reprovável em vista de seu modo consciente e articulado de agir; o réu é primário e não ostenta maus antecedentes; possui personalidade ousada e determinada para a prática delituosa; poucos elementos se coletaram acerca de sua conduta social; o motivo do delito é identificável com a obtenção de lucro fácil com a subtração do patrimônio alheio; as circunstâncias do crime foram premeditadas e com alto grau de requinte, conforme relatadas nos autos; o crime gerou consequências de pouca monta à vítima que não contribuiu à prática delitiva e teve seu bem restituído.

À vista das circunstâncias analisadas, desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão. A seguir, em razão da circunstância atenuante da confissão espontânea, porém pouco expressiva, em razão da prisão em flagrante com as ferramentas e o produto do crime, reduzo o castigo em 03 (três) meses, tornando a pena definitiva, à míngua de causas de aumento e/

ou diminuição de pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão que, conforme orientação do art. 33, § 3º do CP, deverá ser cumprida em regime FECHADO.

Considerando, ainda, as diretrizes acima consignadas, fixo em 30 (trinta) dias-multa a pena pecuniária, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nos termos do art. 387, IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo à reparação de danos, eis que o bem foi restituído à vítima.

QUADRILHA OU BANDO

Em observância ao art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade do réu, seus antecedentes, a conduta social, a motivação e as circunstâncias do crime, são as mesmas já mencionadas na decisão da análise das circunstâncias judiciais abordadas no delito de furto.

Assim, para o crime de quadrilha ou bando, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão, a qual deverá ser cumprida em regime FECHADO (art. 33, § 3º, do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nesse contexto, a pena total, em decorrência do concurso material de crimes e adotando-se a regra contida no art. 69 do CP, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime FECHADO, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Deixo de conceder ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo preso e porque permanecem hígidos os fundamentos

de sua prisão cautelar, quais sejam, resguardo da ordem pública e cumprimento da lei penal.

Recomende-se na prisão em que se encontra.

B.G.S.N.

FURTO QUALIFICADO

A culpabilidade do réu é extremamente reprovável em vista de seu modo consciente e articulado de agir; o réu é primário e não ostenta maus antecedentes; possui personalidade ousada e determinada para a prática delituosa; poucos elementos se coletaram acerca de sua conduta social; o motivo do delito é identificável com a obtenção de lucro fácil com a subtração do patrimônio alheio; as circunstâncias do crime foram premeditadas e com alto grau de requinte, conforme relatadas nos autos; o crime gerou consequências de pouca monta à vítima que não contribuiu à prática delitiva e teve seu bem restituído.

À vista das circunstâncias analisadas, desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão. A seguir, em razão da circunstância atenuante da menoridade relativa e da confissão espontânea, porém pouco expressiva, em razão da prisão em flagrante com as ferramentas e o produto do crime, reduzo o castigo em 06 (seis) meses, tornando a pena definitiva, à míngua de causas de aumento e/ou diminuição de pena em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão que, conforme orientação do art. 33, § 3º do CP, deverá ser cumprida em regime FECHADO.

Considerando, ainda, as diretrizes acima consignadas, fixo em 30 (trinta) dias-multa a pena pecuniária, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nos termos do art. 387, IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo à reparação de danos, eis que o bem foi restituído à vítima.

QUADRILHA OU BANDO

Em observância ao art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade do réu, seus antecedentes, a conduta social, a motivação e as circunstâncias do crime, são as mesmas já mencionadas na decisão da análise das circunstâncias judiciais abordadas no delito de furto.

Assim, para o crime de quadrilha ou bando, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão. A seguir, em razão da circunstância atenuante da menoridade relativa, reduzo o castigo em 03 (três) meses, tornando a pena definitiva, ante a ausência de causas de aumento e/ou diminuição de pena, em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e a qual deverá ser cumprida em regime FECHADO (art. 33, § 3º, do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nesse contexto, a pena total, em decorrência do concurso material de crimes e adotando-se a regra contida no art. 69 do CP, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime FECHADO, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Deixo de conceder ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo preso e porque permanecem hígidos os fundamentos de sua prisão cautelar, quais sejam, resguardo da ordem pública e cumprimento da lei penal.

Recomende-se na prisão em que se encontra.

D.C.

FURTO QUALIFICADO

A culpabilidade do réu é extremamente reprovável em vista de seu modo consciente e articulado de agir; o réu é primário e não ostenta maus antecedentes; possui personalidade ousada e determinada para a prática delituosa; poucos elementos se coletaram acerca de sua conduta social; o motivo do delito é identificável com a obtenção de lucro fácil com a subtração do patrimônio

alheio; as circunstâncias do crime foram premeditadas e com alto grau de requinte, conforme relatadas nos autos; o crime gerou consequências de pouca monta à vítima que não contribuiu à prática delitiva e teve seu bem restituído.

À vista das circunstâncias analisadas, desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão. A seguir, em razão da circunstância atenuante da confissão espontânea, porém pouco expressiva, em razão da prisão em flagrante com as ferramentas e o produto do crime, reduzo o castigo em 03 (três) meses, tornando a pena definitiva, à míngua de causas de aumento e/ou diminuição de pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão que, conforme orientação do art. 33, § 3º do CP, deverá ser cumprida em regime FECHADO.

Considerando, ainda, as diretrizes acima consignadas, fixo em 30 (trinta) dias-multa a pena pecuniária, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nos termos do art. 387, IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo à reparação de danos, eis que o bem foi restituído à vítima.

QUADRILHA OU BANDO

Em observância ao art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade do réu, seus antecedentes, a conduta social, a motivação e as circunstâncias do crime, são as mesmas já mencionadas na decisão da análise das circunstâncias judiciais abordadas no delito de furto.

Assim, para o crime de quadrilha ou bando, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão, a qual deverá ser cumprida em regime FECHADO (art. 33, § 3º, do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nesse contexto, a pena total, em decorrência do concurso material de crimes e adotando-se a regra contida no art. 69 do CP, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime FECHADO, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Deixo de conceder ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo preso e porque permanecem hígidos os fundamentos de sua prisão cautelar, quais sejam, resguardo da ordem pública e cumprimento da lei penal.

Recomende-se na prisão em que se encontra.

E. de P.A.J.

FURTO QUALIFICADO

A culpabilidade do réu é extremamente reprovável em vista de seu modo consciente e articulado de agir; o réu é primário e, além do presente feito, responde a outra ação penal pelo crime de furto qualificado (fl. 791); possui personalidade ousada e determinada para a prática delituosa; poucos elementos se coletaram acerca de sua conduta social; o motivo do delito é identificável com a obtenção de lucro fácil com a subtração do patrimônio alheio; as circunstâncias do crime foram premeditadas e com alto grau de requinte, conforme relatadas nos autos; o crime gerou consequências de pouca monta à vítima que não contribuiu à prática delitiva e teve seu bem restituído.

À vista das circunstâncias analisadas, desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão. A seguir, em razão da circunstância atenuante da confissão espontânea, porém pouco expressiva, em razão da prisão em flagrante com as ferramentas e o produto do crime, reduzo o castigo em 03 (três) meses, tornando a pena definitiva, à míngua de causas de aumento e/ou diminuição de pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão que, conforme orientação do art. 33, § 3º do CP, deverá ser cumprida em regime FECHADO.

Considerando, ainda, as diretrizes acima consignadas, fixo em 30 (trinta) dias-multa a pena pecuniária, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nos termos do art. 387, IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo à reparação de danos, eis que o bem foi restituído à vítima.

QUADRILHA OU BANDO

Em observância ao art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade do réu, seus antecedentes, a conduta social, a motivação e as circunstâncias do crime, são as mesmas já mencionadas na decisão da análise das circunstâncias judiciais abordadas no delito de furto.

Assim, para o crime de quadrilha ou bando, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão, a qual deverá ser cumprida em regime FECHADO (art. 33, § 3º, do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nesse contexto, a pena total, em decorrência do concurso material de crimes e adotando-se a regra contida no art. 69 do CP, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime FECHADO, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Deixo de conceder ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo preso e porque permanecem hígidos os fundamentos de sua prisão cautelar, quais sejam, resguardo da ordem pública e cumprimento da lei penal.

Recomende-se na prisão em que se encontra.

J. dos S.

FURTO QUALIFICADO

A culpabilidade do réu é extremamente reprovável em vista de seu modo consciente e articulado de agir; o réu é primário e não ostenta maus antecedentes; possui personalidade ousada e determinada para a prática delituosa; poucos elementos se coletaram acerca de sua conduta social; o motivo do delito é identificável com a obtenção de lucro fácil com a subtração do patrimônio alheio; as circunstâncias do crime foram premeditadas e com alto grau de requinte, conforme relatadas nos autos; o crime gerou consequências de pouca monta à vítima que não contribuiu à prática delitiva e teve seu bem restituído.

À vista das circunstâncias analisadas, desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão. A seguir, em razão da circunstância atenuante da confissão espontânea, porém pouco expressiva, em razão da prisão em flagrante com as ferramentas e o produto do crime, reduzo o castigo em 03 (três) meses, tornando a pena definitiva, à míngua de causas de aumento e/ou diminuição de pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão que, conforme orientação do art. 33, § 3º do CP, deverá ser cumprida em regime FECHADO.

Considerando, ainda, as diretrizes acima consignadas, fixo em 30 (trinta) dias-multa a pena pecuniária, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nos termos do art. 387, IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo à reparação de danos, eis que o bem foi restituído à vítima.

QUADRILHA OU BANDO

Em observância ao art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade do réu, seus antecedentes, a conduta social, a motivação e as circunstâncias do crime, são as

mesmas já mencionadas na decisão da análise das circunstâncias judiciais abordadas no delito de furto.

Assim, para o crime de quadrilha ou bando, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão, a qual deverá ser cumprida em regime FECHADO (art. 33, § 3º, do CP).

Inobstante a quantidade da pena imposta, deixo de substituí-la por pena restritiva de direitos, por entender não ser suficiente (Art. 44, III, do CP).

Nesse contexto, a pena total, em decorrência do concurso material de crimes e adotando-se a regra contida no art. 69 do CP, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime FECHADO, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, ante a situação econômica do condenado (art. 49 do CP).

DO CRIME DE FURTO QUALIFICADO

Na primeira fase da dosimetria da pena do crime de furto qualificado, o ilustre sentenciante considerou desfavoráveis a todos os réus a culpabilidade, a personalidade e as circunstâncias do crime, fixando a pena-base 2 (dois) anos acima do mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão. Digno de nota que, diferentemente do defendido por E. de P.A.J., os motivos do crime não foram considerados desfavoráveis. Na realidade, o eminente juiz não majorou a pena com lastro nessa circunstância judicial; apenas limitou-se a indicar o móvel da ação delituosa, de sorte que falece interesse recursal quanto a esse ponto em particular.

A culpabilidade foi considerada reprovável, tendo em vista o modo consciente e articulado de agir dos réus. Quanto ao ponto, nada há a reparar no julgado. Conquanto se deva reconhecer que o modo consciente de agir não possa ser utilizado para avaliar negativamente a culpabilidade dos réus, a intensa articulação entre eles, necessária à consecução do ambicioso intento de furtar valores de terminal de autoatendimento pode, sim, justificar a exasperação da pena-base. É que o fato de o furto ter sido praticado por 5 (cinco) agentes, com grande articulação e divisão de tarefas revela a periculosidade dos réus e legitima a aplicação de sanção com maior rigor.

Com relação à análise desfavorável da personalidade, cumpre destacar que esta deve ser entendida como a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, “*na análise da personalidade, deve-se verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu*”⁶.

No caso vertente, o magistrado *a quo* declarou que os apelantes possuem personalidade ousada e determinada para a prática delituosa. Contudo, não existem elementos concretos nos autos que amparem a referida assertiva, motivo pelo qual a circunstância judicial da personalidade não pode ser avaliada de modo desfavorável aos apelantes.

Finalmente, com relação à valoração negativa das circunstâncias do crime, a r. sentença não merece qualquer reparo. Com efeito, o furto de valores de caixas eletrônicos foi praticado mediante minucioso planejamento e alto grau de requinte, revelados pela troca constante de celulares como forma de dificultar o trabalho investigativo da polícia, pela destreza no manuseio do maçarico e demais instrumentos utilizados na empreitada criminosa, pelo *modus operandi* com que o crime foi praticado e pelo refinado conhecimento acerca dos atos preparatórios e executórios necessários à concretização dessa espécie delitiva, de que são exemplos a visita prévia da agência objeto da ação criminosa, a utilização de lona plástica para impedir a visualização do ilícito por transeuntes, o desativamento de sensores de presença, etc...

Tudo isso revela a periculosidade e a habilidade dos apelantes no cometimento de crimes e não pode passar despercebido do julgador. Portanto, plenamente viável a exasperação da pena com lastro nas circunstâncias do crime.

Como resultado dessas considerações, tem-se, portanto, a exclusão da avaliação negativa da personalidade e de outro lado a manutenção da análise desfavorável da culpabilidade e circunstâncias do crime. Diante desse quadro, reduzo, em benefício de cada um dos réus, a pena-base relativa ao crime de furto qualificado para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

6 In “**Tratado de Direito Penal** – Parte Geral, volume 1”, 13. ed., São Paulo – SP, Ed. Saraiva, p. 592.

Na segunda fase, a pena do crime em apreço deve ser reduzida, porquanto os réus confessaram a prática do delito em juízo. Contudo, como bem pontuou o magistrado de primeira instância, a confissão dos apelantes na esfera judicial pode ser reputada pouco expressiva, pois foram presos em flagrante delito com as ferreamentas e os produtos do crime, de sorte que os autos já contavam com vários elementos de prova que apontavam para a condenação. Desse modo, mantenho o *quantum* de redução fixado na origem, diminuindo a reprimenda penal em apenas 3 (três) meses. Com essa operação, fixo provisoriamente a pena privativa de liberdade dos réus A., D., J. e E. em 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão.

Quanto ao réu B., além da confissão espontânea, que também lhe permitirá a minoração da pena corporal em 3 (três) meses, deve ser considerada a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual sua pena privativa de liberdade deve ser reduzida em mais 10 (meses) de reclusão, ficando temporariamente estabelecida no patamar de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento ou diminuição, mantenho as penas nos montantes já apurados, ou seja, no importe de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão para A., D., J. e E. e de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão em relação a B.

DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA

Por sua vez, na primeira fase da dosimetria da pena do crime de formação de quadrilha, o douto sentenciante considerou que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a motivação e as circunstâncias do crime devem receber a mesma valoração que foi atribuída ao furto qualificado e, por este motivo, fixou a pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal, isto é, em 2 (dois) anos de reclusão.

Na espécie, a dosimetria da pena contou com alguns excessos, que devem ser reparados. Com efeito, conforme evidenciam os autos, os réus se associaram com o objetivo de cometer reiterados furtos mediante arrombamento de caixas eletrônicos. Tais crimes são bastante graves, pois, além do dano provocado à máquina, permitiriam que os apelantes viessem a auferir elevado numerário, com inequívocos prejuízos para a ordem econômica. Diante disso, ressoa patente que a conduta dos apelantes reveste-se de elevada culpabilidade, havendo inclusive notícia de que

a associação estaria concretizando diversas empreitadas criminosas nos 4 (quatro) meses que antecederam os fatos examinados no presente processo.

Por outro lado, inexistem elementos aptos a permitir uma valoração negativa da personalidade e das circunstâncias do crime, bem assim das demais circunstâncias judiciais. Diante desse contexto e tendo em conta a existência de apenas uma circunstância judicial negativa (culpabilidade), a pena-base, em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade deve ser fixada um pouco acima do mínimo legal, a saber, em 1 (ano) e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, deve ser considerada a atenuante da menoridade relativa quanto ao réu B., motivo pelo qual a pena privativa de liberdade aplicada a este agente deve retroceder ao mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão, permanecendo neste patamar, ante a ausência de circunstâncias agravantes. No tocante aos demais (A., D., J. e E.), inexistem atenuantes e agravantes a considerar, de sorte que mantenho provisoriamente a reprimenda no montante de 1 (ano) e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento ou diminuição, mantenho as penas nos montantes já apurados, ou seja, no importe de 1 (ano) e 4 (quatro) meses de reclusão para A., D., J. e E. e de 1 (um) ano de reclusão em relação a B.

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 espécie, cada um dos réus foi apenado com 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Por um lado, o valor de cada dia-multa não comporta minoração, pois já se encontra fixado no mínimo legal. De outra sorte, entendo que a quantidade de dias-multa deve ser reduzida de tal modo que se compatibilize com a pena privativa de liberdade atribu-

ída ao furto qualificado. Alinhada essa premissa e levando-se em consideração a dosimetria do aludido crime, fixo a pena pecuniária no montante de 18 dias-multa relativamente aos réus A., D., J. e E. e no importe de 12 dias-multa em relação a B.

DA UNIFICAÇÃO DAS PENAS

Na hipótese dos autos, os apelantes praticaram dois crimes, mediante duas diferentes ações, já que, além de furtar os valores contidos em caixa eletrônico mediante arrombamento da máquina, também se associaram de forma permanente e estável para a prática reiterada dessa espécie delitiva.

Essa situação enseja o reconhecimento do concurso material de crimes, hipótese em que as penas aplicadas aos delitos devem ser somadas, consoante assegura o art. 69, *caput*, primeira parte, do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (grifo nosso)

Com lastro nesses argumentos, fixo, definitivamente, a pena dos réus A., D., J. e E. em 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 18 dias-multa, no valor unitário mínimo, e a pena do réu B. em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e 12 dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

Os §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal fornecem as diretrizes para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a saber: a) o *quantum* da pena privativa de liberdade estabelecida; b) a reincidência; c) a observância do art. 59 do Código Penal.

Na espécie, os réus A., D., J. e E. são primários e foram apenados com pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão. O réu B., também primário, foi apenado com reprimenda de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão. Além disso, a maioria das circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Esse quadro enseja aos quatro primeiros réus a aplicação do regime

semiaberto, e ao réu B. o regime aberto para início de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, b e c (respectivamente), do Código Penal Brasileiro.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Em relação aos réus A., D., J. e E. a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se afigura inteiramente inviável, porquanto foram punidos com pena privativa superior a 4 (quatro) anos derivada do cometimento de crime doloso, não estando sequer cumprido o requisito previsto no inciso I, do art. 44, do CP.

Quanto ao réu B., a r. sentença também se encontra correta quanto à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, conquanto a pena aplicada em seu desfavor seja inferior a 4 (quatro) anos, a gravidade concreta dos delitos cometidos indica que a substituição não é medida socialmente recomendável, impondo-se sua vedação, nos moldes do art. 44, inciso III, do Código Penal Brasileiro.

DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO DE FLS. 958/959

Consoante pontuado, E. de P.A.J. pleiteia a revogação da decisão que indeferiu o pedido de restituição do veículo GM/Celta 4 portas, Spirit, cor prata, placa XXX XXXX, chassi nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ano 2008/2009, RENAVAM: XXXXXXXXXXX, de propriedade da sua genitora M.C.O.R. e, ainda, determinou a extração de cópias de peças dos autos e seu encaminhamento ao Ministério Público para apuração de eventual crime que, em tese, teria praticado juntamente com sua genitora, J.S. de M. e a advogada E.P. da C., subscritora da petição.

Quanto ao ponto, a pretensão agitada não merece acolhimento. Essa apreensão se justifica, em primeiro lugar, porque o réu E. não possui legitimidade para requerer a devolução de bem apreendido nos autos que pertença a terceiro, não podendo nem mesmo invocar a existência de vínculo de parentesco para justificar o pedido, pois a pretensão deve ser deduzida pelo próprio interessado ou pela pessoa que dele tenha recebido poderes para tanto.

Além de patente a ilegitimidade para a formulação do pedido, há fortes indícios da existência de fraude. O réu E. solicitou ao ilustre juiz a devolução do veículo referenciado, alegando que o bem pertence a sua genitora. Juntou escrituras públicas

com o objetivo de comprovar que de fato o automóvel foi transferido para sua mãe. Ocorre que o veículo foi apreendido em 25 de agosto de 2012 e, a despeito da constrição judicial, teria sido vendido por J. dos S. de M. à genitora de E., no dia 14 de dezembro de 2012, conforme documentos colacionados às fls. 916/917.

Sem dúvida, essa alienação é suspeita, pois, em princípio, a genitora de E. não teria interesse algum na aquisição de um bem apreendido pela polícia e constricto pela autoridade judiciária em virtude da sua vinculação com a prática de crimes. Diante disso, não há dúvidas de que a constrição judicial do bem deve permanecer até o esclarecimento da situação. Outrossim, o Ministério Público deve adotar as providências cabíveis no intuito de averiguar a conduta de todos os envolvidos nos fatos – inclusive a advogada E.P. da C., subscritora do pedido protocolado em juízo – a fim de verificar a existência de crimes e, se o caso, pleitear a aplicação da respectiva sanção penal. Ademais, ressalte-se que as prerrogativas do advogado não abrangem o direito de cometer ou participar de crimes.

Traçadas essas considerações, emerge evidente que o magistrado *a quo*, ao determinar a extração de cópia dos autos e seu encaminhamento ao Ministério Público para a adoção das providências cabíveis, procedeu com acerto e prestou com zelo o ofício jurisdicional, atentando-se para o comando do art. 40 do Código de Processo Penal. Destarte, plenamente inviável o acolhimento da pretensão recursal em foco.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto por A., D., J. e B. para redimensionar a pena dos três primeiros para o patamar de 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão em regime inicial semiaberto e 18 dias-multa, no valor unitário mínimo, e para reduzir a pena do réu B. para o importe de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial aberto e 12 dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

PROVEJO, AINDA, EM PARTE, a apelação interposta pelo réu E. para diminuir a reprimenda penal que lhe foi atribuída para o montante de 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão em regime inicial semiaberto e 18 dias-multa, no mínimo legal. Quanto ao mais, mantenho intacta a ilustrada sentença.

Expeça-se Alvará de Soltura em relação a B.G.S.N., devendo o réu ser colocado em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso.

É o voto.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Com a Revisora.

DECISÃO

Recurso conhecido. Deu-se parcial provimento, por maioria. Redigirá o acórdão a Revisora, com expedição de alvará de soltura em relação a B.G.S.N., salvo se por outro motivo estiver preso.

APELAÇÃO CRIMINAL

2012031017742-0

Relator – Des. Roberval Casemiro Belinati

Segunda Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Violação sexual mediante fraude praticado pelo genitor da vítima. Prática de cópula vaginal e coito anal em ofendida que se encontrava em sono profundo. Sentença condenatória. Recurso do Ministério Público. Desclassificação para estupro de vulnerável. Cabimento. Configuração do sono como estado de vulnerabilidade absoluta. Crime já consumado no momento em que a vítima acordou. Recurso da defesa. Absolvição por atipicidade. Pedido prejudicado. Pena-base. Avaliação desfavorável das consequências do crime. Afastamento. Recurso do Ministério Público conhecido e provido. Recurso da defesa conhecido e parcialmente provido.

1. Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima possui inegável valor probatório, desde que em consonância com outros elementos de prova constantes nos autos. Na espécie, os depoimentos da vítima foram consonantes entre si e condizentes com os laudos acostados aos autos, o que atesta a validade da palavra da ofendida.

2. O conjunto probatório demonstra que a conduta praticada pelo réu contra a sua filha consubstancia estupro de vulnerável, pois o sono profundo é causa apta a configurar a vulnerabilidade descrita na parte final do § 1º do artigo 217-A do Código Penal.

3. A penetração parcial ou completa do pênis na vagina é suficiente para consumir o crime de estupro de vulnerável e o depoimento da vítima demonstra que o delito já se encontrava consumado no momento em que esta acordou, além de os laudos acostados aos autos demonstrarem que o réu ejaculou, tanto na vagina quanto no ânus da ofendida.

3. A fundamentação utilizada para se avaliar negativamente as consequências do crime não se mostra idônea, de modo que deve ser afastada a valoração negativa de tal circunstância judicial.

4. A incidência da causa de aumento especial prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, exclui a possibilidade de aplicação da agravante genérica prevista na alínea "f", inciso II, artigo 61, Código Penal, de modo a obstar a dupla valoração jurídica do mesmo fato.

5. Recursos da Defesa e do Ministério Público conhecidos. Recurso do Ministério Público provido para condenar o réu nas sanções do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, combinado com o artigo 5º, inciso II, da Lei 11.340/2006 (estupro de vulnerável). Recurso da Defesa parcialmente provido para afastar a análise negativa das consequências do crime, aplicando a pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado de cumprimento de pena.

■ 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: dar parcial provimento ao recurso da defesa. Dar provimento ao recurso do Ministério Público. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2013.

■ RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público e pela Defesa de J.R.S.N. contra a sentença que desclassificou a conduta do réu para aquela tipificada no artigo 215, *caput*, do Código Penal (violação sexual mediante fraude), nos autos 2012.03.1.017742-0, em curso perante o Juízo do Segundo Jui-

zado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF (fls. 277/286).

O Ministério Público ofertou a denúncia imputando ao réu a conduta descrita no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, combinado com o artigo 5º, inciso II, da Lei 11.340/2006 (estupro de vulnerável), e narrou os fatos nos seguintes termos (fls. 02/04):

"[...] No dia 22/06/2010, por volta das 03h30, na EQNP XX/XX, Chácara Bonfim nº XX, Lote XX, Sul, Ceilândia/DF, o denunciado, de forma livre e consciente, valendo-se das relações domésticas e familiares e aproveitando do momento em que a vítima dormia e não podia oferecer resistência, praticou conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em desfavor de sua filha R.S.S., menor com 14 anos de idade na data do fato.

Na noite dos fatos, por volta das 21h30, a vítima colocou seu colchão na sala da residência para assistir televisão e para dormir, tendo lá se deitado e tendo adormecido em seguida. No momento dos fatos a vítima acordou e percebeu que seu genitor estava deitado em seu colchão debaixo do mesmo cobertor, mantendo relações sexuais com ela, tendo penetrado o pênis em sua vagina e em seu ânus.

Durante os atos sexuais o denunciado se levantou por duas vezes para ir ao banheiro, retornando em seguida e prosseguindo na conduta criminosa.

A vítima demorou para assimilar o que estava acontecendo por ter um sono 'muito pesado', tomando ciência do que ocorria no momento em que o denunciado se levantou para ir ao banheiro. A vítima se absteve de gritar ou sair correndo do local por medo da reação de seu genitor, acreditando que ele poderia lhe bater, pegar uma faca ou lhe matar.

O delito em tela foi praticado em situação de violência doméstica e familiar contra mulher, haja vista ter sido praticado pelo denunciado contra sua filha, valendo-se das relações domésticas e familiares. [...]"

Processo instruído, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva e desclassificou o crime de estupro de vulnerável para o de violação sexual

mediante fraude. A pena restou fixada em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

O Ministério Público recorre (fl. 289). Em suas razões, sustenta que a conduta do recorrido amolda-se ao crime de estupro de vulnerável, afirmando que, no momento em que a vítima acordou, o crime já estava consumado e que as circunstâncias do delito impediram a ofendida de oferecer qualquer resistência. Pede a condenação do réu nos exatos termos da denúncia (fls. 293/298).

Contrarrazões da Defesa pugnando pelo conhecimento e não provimento do recurso ministerial (fls. 309/313).

A Defesa também interpõe recurso de apelação (fl. 302). Em suas razões, postula a absolvição do recorrente por atipicidade da conduta, alegando que não restou demonstrada a vulnerabilidade da vítima. Subsidiariamente, pleiteia a redução da sanção e a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (fls. 321/328).

Contrarrazões do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios oficiando pelo conhecimento e não provimento do recurso da Defesa (fls. 336/342).

Parecer do ilustre Procurador de Justiça Criminal, Dr. Álvaro José Jorge, no sentido de conhecer dos recursos, negar provimento ao apelo do Ministério Público e dar parcial provimento ao recurso da Defesa, somente para fixar-se o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena (fls. 348/352).

É o relatório.

VOTOS

Des. Roberval Casemiro Belinati (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ressalte-se, inicialmente, que há erro material na data do fato descrito na denúncia ("22/06/2010"), pois este ocorreu, na realidade, em 22/06/2012, conforme facilmente constatado nos elementos presentes nos autos (fls. 41/80).

Assim, é de rigor a correção do erro material, que não acarreta qualquer tipo de nulidade, conforme já decidiu esta Corte:

"[...] Se o Juiz concluiu que o equívoco na indicação da data do fato é mero erro material que não prejudicou a defesa, não há que falar em nulidade por ausência de correlação entre a denúncia e a sentença, sobretudo se o decreto condenatório foi fundamentado de acordo com a descrição fática contida na peça acusatória [...]" (Acórdão 609264, APR 20090110749037, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/08/2012, Publicado no DJE: 20/08/2012. Pág.: 218)

"[...] 1. A denúncia indicou como data do fato janeiro de 2007, enquanto os documentos provam que a data correta é janeiro de 2006. O equívoco material não conduz à inépcia da peça acusatória, tendo em vista ser de fácil constatação, mediante análise dos autos, a correta data do evento. No entanto, a correção faz-se imperiosa para que haja conformidade da narrativa acusatória com o elemento temporal do fato, bem como para fins de exame de prescrição da pretensão executória [...]" (Acórdão 562978, APR 20070110093460, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 26/01/2012, Publicado no DJE: 08/02/2012. Pág.: 209)

Feitas essas considerações, passa-se à análise do mérito recursal.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Ministério Público sustenta que a conduta do recorrido amolda-se ao crime de estupro de vulnerável, pelo que pede a condenação do réu nos exatos termos da denúncia. Afirma que, no momento em que a vítima acordou, o crime já estava consumado e que as circunstâncias do delito impediram a ofendida de oferecer qualquer resistência.

Assiste razão ao Ministério Público.

Inicialmente, cumpre destacar que as provas carreadas aos autos demonstram que o recorrente, no dia dos fatos, manteve conjunção carnal (cópula vaginal) e praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal (coito anal) com a vítima, de acordo com o laudo de exame de corpo de delito e aditamento de fls. 175/177; laudo de exame de constatação de material biológico (fls. 185/189) e laudo de exame de DNA de fls. 192/195, que constatou que o sêmen encontrado na ofendida era do acusado, além de toda a prova testemunhal constante nos autos.

A acusação defende que a conduta do réu deve ser enquadrada no artigo 217-A, § 1º, *in fine*, do Código Penal, que assim dispõe:

“Estupro de vulnerável

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”

No entanto, a sentença guerreada condenou o acusado pela prática do crime previsto no artigo 215, *caput*, última parte, do Código Penal (violação sexual mediante fraude)¹, sob os seguintes argumentos (fls. 281/284):

“Após analisar atentamente o contexto fático e a condição da vítima em relação ao seu genitor no momento do ato, verifica-se que, no caso, a vítima era vulnerável, mas tal vulnerabilidade não era absoluta, a ponto de caracterizar o crime de estupro de vulnerável, mas uma vulnerabilidade relativa, que leva à desclassificação do fato para o crime previsto no artigo 215, última parte, do CP, que melhor se adequa aos fatos.

1 Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

[...]

O estupro de vulnerável não pode contar com o consentimento da vítima em nenhum momento do ato sexual, em especial na hipótese de incapacidade absoluta de resistência, enquanto que na violência sexual mediante fraude, o consentimento pode até ocorrer em algum momento em decorrência do meio empregado pelo agente, mas esse consentimento é viciado e ineficaz por conta do meio escolhido para a violação da dignidade sexual.”

Com a devida licença ao entendimento sufragado pelo magistrado sentenciante, entendo não ser esta a melhor interpretação dos fatos. A vítima, tanto em sede de inquérito (fls. 47/48) quanto em juízo, apresentou versões consonantes entre si e condizentes com as demais provas dos autos. Narrou que dormia em um colchão na sala de sua residência quando acordou com o seu pai introduzindo o pênis na sua vagina. Extrai-se, ainda, do seu depoimento, que a vítima ficou tão transtornada que não conseguiu esboçar nenhuma reação. Confira-se (fls. 255/256):

“Que colocou um colchão no chão da sala; que o primo da depoente estava na mesma sala deitado em um sofá, quase dormindo; que quando a depoente deitou, seu pai estava deitado do seu lado no sofá; que a depoente estava deitada no chão, sozinha, e seu pai deitado no sofá que ficava ao seu lado; que a depoente dormiu; que o seu sono é muito pesado; que quando acordou já estava acontecendo o ato; que o seu pai estava abusando da depoente; que ficou com medo de gritar, porque teve medo de seu primo e cunhado fazer alguma coisa com ele; que na hora que seu pai levantou a depoente começou a chorar; que o seu pai não viu que a depoente estava chorando, porque estava achando que a depoente estava dormindo; que quando o seu pai foi deitar na cama de sua mãe, a depoente correu para o quarto da irmã; que a depoente sentou no chão, perto da cabeça de sua irmã; que ficou chorando calada, sem gritar; que sua irmã levantou e perguntou o que foi; que a depoente estava muito nervosa e não conseguia falar nada; que só ficava apontando para o quarto de sua mãe; [...] que a depoente não conseguiu dormir e só ficou chorando; que ouviu seu pai se mexendo na cama do quarto ao lado e ficou nervosa olhando para a porta; [...] que quando acordou percebeu que o réu já estava introduzindo o pênis em sua vagina; [...] que o réu estava debaixo do cobertor que era usado pela depoente; que quando estava acontecendo, a

depoente não teve nenhuma reação, razão pela qual seu pai deve ter pensado que ainda estava dormindo; que a depoente não falou qualquer palavra ao réu quando percebeu que o mesmo estava introduzindo o pênis na sua vagina; que a depoente acordou com o réu praticando o ato; [...] que a depoente não queria acreditar no que tinha acontecido, porque ama muito seu pai e o mesmo nunca tinha mexido com a depoente.”

Insta consignar que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui inegável alcance, já que cometidos quase sempre sem a presença de testemunhas, mas, desde que as declarações sejam seguras, coerentes e corroboradas por outras provas. Nesse sentido:

“[...] 2. É assente tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive desta Corte de Justiça, que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, se firme e coerente, merece especial relevo, restando apta a embasar decreto condenatório, mormente quando corroborada por outros meios de prova [...]” (Acórdão 567399, APR 20080110458257, Relator SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/02/2012, DJ 02/03/2012 p. 239)

“[...] 2. Crimes contra a liberdade sexual são quase sempre praticados às escondidas, motivo pelo qual a palavra da vítima assume especial relevância, máxime quando se apresenta lógica e em harmonia com outros elementos de convicção [...]” (Acórdão 574448, APR 20110110412769, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 23/02/2012, DJ 28/03/2012 p. 255)

“[...] 4. Em crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, firme e coerente, corroborada com outras provas, é suficiente para embasar o decreto condenatório [...]” (Acórdão 575077, APR 20080510065002, Relator JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, julgado em 26/03/2012, DJ 29/03/2012 p. 230)

Nesse mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“[...] 3. Nos crimes contra a liberdade sexual, geralmente cometidos à clandestinidade, a palavra da vítima assume preponderante importância, como na hipótese vertente, pois se mostrou coerente, expondo os fatos com riqueza de

detalhes. Precedentes. [...]” (HC 267.027/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013)

[...] VI. Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que, em crimes contra a dignidade sexual, nos quais dificilmente há testemunhas ou deixam-se vestígios, a palavra da vítima é elemento de convicção de alta importância. Precedente. [...]” (HC 259.092/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 03/04/2013)

O depoimento da vítima não deixa dúvidas de que o réu já havia consumado a conjunção carnal no momento em que a ofendida acordou, pois esta afirmou que “quando acordou já estava acontecendo o ato”, reforçando a narrativa ao afirmar que “quando acordou percebeu que o réu já estava introduzindo o pênis em sua vagina” (fl. 255). Sobre o momento de consumação do estupro de vulnerável, Cezar Bitencourt² leciona:

“O crime de estupro de vulnerável, na modalidade constringer à conjunção carnal, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal, quando existente; consuma-se, enfim, com a cópula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação. Na modalidade praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso da conjunção carnal; o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso.”

Além disso, a doutrina dominante entende que o “sono” é causa apta a configurar a vulnerabilidade descrita na parte final do § 1º do artigo 217-A do Código Penal. Nas palavras de Rogério Greco³:

“Poderão ser reconhecidas, também, como situações em que ocorre a impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, tempo-

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 951.

3 GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, pp. 690/691.

rária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos etc.”

No mesmo sentido, transcrevo a doutrina de Luiz Regis Prado⁴:

“No que se refere à hipótese de a vítima, por qualquer outra causa, não poder oferecer resistência, o fundamento da disposição legal reside na impossibilidade de o sujeito passivo manifestar seu dissenso, como nos casos de imobilização; em decorrência de enfermidade; idade avançada; sono; hipnose; embriaguez completa; inconsciência pelo uso de drogas, entre outros.”

Dessa forma, diante do fato de que o réu se aproveitou de um momento em que a vítima não podia oferecer resistência, devido ao sono profundo, para exercer a cópula vaginal e o coito anal na ofendida (aditamento do laudo de exame de corpo de delito de fls. 176v/177), o crime melhor se amolda à conduta descrita no artigo 217-A, § 1º, *in fine*, do Código Penal (estupro de vulnerável).

Ressalte-se que o fato de a vítima não ter se pronunciado contra a atitude do réu após ter acordado não configura, de forma alguma, consentimento ou anuência com a violência sofrida. Em verdade, restou exaustivamente demonstrado pela prova testemunhal, através dos depoimentos da vítima (fls. 255/256) e de sua irmã (fl. 257), que a ofendida foi acometida por um estado de torpor e vergonha, uma vez que, ao procurar sua irmã para relatar o ocorrido, sequer conseguiu pronunciar qualquer palavra, apenas chorava e apontava para o cômodo em que o pai se recolheu para dormir.

Além disso, a vítima permanece realizando tratamento psicológico em virtude dos fatos (fls. 89 e 257), o que demonstra, irrefutavelmente, que a mesma não anuiu com a conduta do réu; pelo contrário, sofreu traumas difíceis de serem superados, ante a perda do genitor como figura paterna de proteção e segurança. Conforme bem apontado pelo órgão ministerial (fls. 296/297):

“[...] Da análise dos fatos, observa-se que no momento da consumação do ato delituoso praticado pelo réu, a vítima estava completamente adormecida e,

4 PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 672/673.

por tal circunstância, não pôde oferecer nenhuma resistência, fato esse, inclusive, reconhecido pela própria sentença ora recorrida.

Quando a vítima acordou, o abuso perpetrado pelo réu já estava consumado, vale dizer, o réu já estava introduzindo o pênis na vagina da vítima.

Outrossim, após já consumada a conjunção carnal, a vítima, então com quatorze anos, ao acordar não reagiu, diante do trauma de perceber, ainda acordando, que estava sendo vítima de um abuso praticado por seu pai. [...]

Assim, não há que se interpretar o silêncio da vítima, no momento da execução do ato delituoso, como forma de anuência, mas sim como o modo de reação particular da vítima em externar o pavor e a surpresa diante da ação delituosa do pai. [...]"

Assim, acolho o pedido acusatório para desclassificar a conduta imputada na sentença para o tipo previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, combinado com o artigo 5º, inciso II, da Lei 11.340/2006 (estupro de vulnerável).

RECURSO DA DEFESA

DA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA

A Defesa postula a absolvição do condenado por atipicidade da conduta, alegando que não restou demonstrada a vulnerabilidade da vítima. No entanto, ante à fundamentação já exposta, resta prejudicado o pleito defensivo.

DA APLICAÇÃO DA PENA

A Defesa pleiteia a redução da sanção e a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Ante à adequação da conduta do réu a um novo tipo penal, deve-se proceder a uma nova aplicação da pena, considerando-se o preceito sancionador do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.

No tocante à culpabilidade, o fato de o réu ser o genitor da vítima demonstra uma reprovabilidade mais acentuada da conduta. No entanto, tal fato já se encontra inserido no tipo penal incriminador, uma vez que será aplicada a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal (crime praticado por ascendente).

Assim, a fim de se evitar dupla condenação por um mesmo fato, a circunstância judicial da culpabilidade deve ser apreciada favoravelmente.

Em relação aos antecedentes, inexistente sentença condenatória transitada em julgado por fato anterior ao ora em exame, não constituindo, pois, fundamento idôneo para a análise desfavorável dessa circunstância.

No que concerne à conduta social, no caso dos autos, não há elementos para aferir tal circunstância. Desse modo, deve ser analisada favoravelmente.

No tocante à personalidade do agente, não há elementos nos autos que permitam a sua apreciação, devendo ser valorada positivamente.

O motivo do crime foi o inerente ao tipo penal, devendo, pois, ser considerado favorável ao réu.

No que tange às circunstâncias do crime, o Julgador deve voltar sua apreciação aos elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, apesar de envolverem o delito.

No caso dos autos, as circunstâncias do crime merecem avaliação desfavorável, pois o réu praticou conjunção carnal e outro ato libidinoso (coito anal) contra a vítima.

Vale ressaltar, quanto ao crime de estupro, que, seja pela nova redação do artigo 213, seja pelo artigo 217-A, ambos do Código Penal, passa a se configurar como crime de ação múltipla, de modo que existem várias formas de violar o tipo penal.

Verifica-se que, agora, ainda que o agente pratique vários atos libidinosos, haverá cometido apenas um crime de estupro. Não se pode olvidar, por outro lado, que a conduta do réu que pratica diversos atos libidinosos contra a mesma vítima é mais grave que a daquele que pratica apenas um.

Dessa forma, na linha de entendimento supra exposta, a conduta do réu – que abrange a prática de dois atos libidinosos – certamente é mais grave e reprovável do que o cometimento de uma única conduta sexual.

Quanto às consequências do crime, deve-se ressaltar que somente deve ser sopesada em desfavor do réu quando extrapolar as consequências já inerentes ao

modelo descritivo que individualizou a conduta penalmente relevante. Ao assim proceder, evita-se o *bis in idem*, pois o legislador, ao definir o limite mínimo e o máximo da pena abstratamente cominada ao delito, já considerou as consequências do resultado típico.

No caso, o MM. Juiz valorou negativamente a circunstância judicial das consequências do crime com base no trauma sofrido pela vítima.

O trauma – ao ser analisado no momento da valoração da circunstância judicial das consequências do crime – deve ser aferido em sua intensidade. Assim, se a agressão emocional sofrida pela vítima é desdobramento natural daquele que é sujeito passivo do crime, não extrapolando o resultado típico – levando em consideração o fato de que todo o crime, mormente os mais graves, gera um abalo, na pessoa física, enquanto sujeito passivo –, a circunstância judicial das consequências do crime não merece valoração negativa. Todavia, se o trauma revela-se de intensidade desproporcional, merece ser fundamento para majorar a pena-base.

No caso dos autos, não há dúvidas de que o trauma sofrido pela vítima extrapola aquele advindo do desdobramento natural do crime praticado, pelo fato de ter sido cometido pelo seu próprio genitor. No entanto, deixo de valorar negativamente as consequências do crime, porquanto tal fato – crime praticado por ascendente – será utilizado como causa de aumento a ser aplicada na terceira fase da dosimetria, de modo que sua aplicação acarretaria *bis in idem*.

Nesse caso, conquanto não se negue a existência da lesão psicológica, a circunstância judicial das consequências do crime deve ser considerada favorável ao réu.

Por fim, a circunstância judicial do comportamento da vítima somente apresenta relevância nos casos de a vítima incitar, facilitar ou induzir o réu a cometer o crime. Não é o caso, pois, de apreciar tal circunstância judicial.

Dessa forma, na primeira fase da dosimetria da pena, diante da avaliação negativa das circunstâncias do crime, revelando-se favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão.

Na segunda fase de cálculo, ausente qualquer atenuante, o magistrado *a quo* aplicou a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal (crime praticado no âmbito de violência doméstica). No entanto, conforme jurisprudência

desta Corte de Justiça, a incidência da causa de aumento especial prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal (crime praticado por ascendente), exclui a possibilidade de aplicação da agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal, de modo a obstar a dupla valoração jurídica do mesmo fato. A propósito:

“[...] A agravante do art. 61, inc. II, alínea ‘f’, do CP deve ser afastada quando incidir a causa especial de aumento do art. 226, inc. II, do mesmo diploma, por ser o agente padrasto da vítima, sob pena de ocorrência de bis in idem [...]” (Acórdão nº 612900, APR 20110310067343, Relator NILSONI DE FREITAS, 3ª Turma Criminal, julgado em 16/08/2012, DJ 27/08/2012 p. 256)

“[...] A causa de aumento de pena prevista no artigo 226, Inciso II, do Código Penal, afasta as agravantes genéricas do artigo 61, Inciso II, letras ‘e’ e ‘f’, do mesmo diploma, de modo a evitar o bis in idem [...]” (APR 20070610088723, Acórdão n. 528928, Relator SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 04/08/2011, DJ 23/08/2011 p. 168)

“[...] A causa de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, afasta a agravante genérica do artigo 61, inciso II, letra ‘f’, do mesmo diploma, elidindo o bis in idem [...]” (APR 20060110235533, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/04/2011, DJ 24/06/2011 p. 150)

Dessa forma, deve-se excluir a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal, mantendo-se a pena inalterada nesta fase.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, mas presente a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal (crime praticado pelo ascendente da vítima), impõe-se o aumento da pena em 1/2 (metade), restando-a fixada em 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Diante do *quantum* da nova pena estipulada ao réu, impossível acolher o pleito defensivo para determinar o regime inicial semiaberto, de modo que aplico o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal.

Analiso, por fim, o disposto no § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal (incluído pela Lei 12.736/2012), que determina que o tempo de prisão provisória seja computado na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Confira-se:

"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)"

Acerca da inovação legislativa, o autorizado doutrinador Rogério Sanches Cunha esclarece a necessidade de que o tempo de prisão provisória, para fins de determinação de regime, coincida com o requisito temporal da progressão, *verbis*:

"[...] Alertamos, porém, que a detração, nessa fase, só é capaz de permitir regime prisional menos rigoroso se o tempo de prisão provisória, administrativa ou internação coincidir com o requisito temporal da progressão, sem desconsiderar outros requisitos objetivos inerentes ao incidente (como a reparação do dano nos crimes contra a administração pública). [...]"

No caso dos autos, mesmo levando-se em consideração o período de prisão provisória, conforme determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (incluído pela Lei 12.736/2012), o regime inicial fechado é o mais adequado para o cumprimento da pena, pois o recorrente permaneceu preso por somente 06 (seis) dias (fl. 124), período inferior a 2/5 (dois quintos)⁵ da pena imposta.

Diante do exposto, conheço dos recursos, dou provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu nas sanções do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, combinado com o artigo 5º, inciso II, da Lei 11.340/2006 (estupro de vulnerável), e dou parcial provimento ao recurso da Defesa para afastar a análise negativa das consequências do crime, aplicando a pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado de cumprimento de pena.

5 Requisito temporal da progressão de regime no caso dos crimes hediondos e a ele equiparados, para apenado primário, conforme dispõe o artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990.

Nos termos do Provimento 29 – CNJ e da Lei Complementar 64/1990, a presente condenação gera inelegibilidade, de modo que seus dados devem ser incluídos no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade – CNCIAI do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

É como voto.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Revisor) – Com o Relator.

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Dar parcial provimento ao recurso da defesa. Dar provimento ao recurso do Ministério Público. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2012061010123-6

Relator – Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal. Apelação criminal. Latrocínio tentado. Concurso de agentes. Preliminares. Advogado excluído do quadro da OAB. Nulidade. Não configuração. Ausência de prejuízo ao réu. Juntada de laudo de perícia papiloscópica posteriormente à sentença. Nulidade. Rejeição. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Pleito de desclassificação. Não acolhimento. Dolo de matar evidenciado. Dosimetria. Primeira fase. Valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime. Validade. Agravante disposta no art. 61, inc. II, alínea “h” do CP (vítima maior de 60 anos). Configuração. Tentativa. Redução máxima. Impossibilidade. *Iter criminis*. Conduta delitiva que quase chegou à consumação. Isenção de custas processuais. Competência do juízo das execuções. Recursos conhecidos e improvidos. Sentença mantida.

Tratando-se de eventual nulidade na instrução criminal, não há como declarar-se nulo o ato se dele não resultou qualquer prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

Não há qualquer irregularidade na juntada do laudo de perícia papiloscópica após a prolação da sentença, uma vez que o decreto condenatório sequer fez menção a ele, baseando-se em outros elementos de prova carreados aos autos.

Impossível o acolhimento do pleito de absolvição formulado pelos réus, quando devidamente comprovado que os agentes, após anunciarem o roubo, despiram a vítima, então com 61 anos de idade, amarraram-na com as mãos para trás e empurraram-na em um despenhadeiro, sendo que o resultado morte somente não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, já que a vítima foi socorrida por trabalhadores rurais quatro dias após o crime.

Tendo ocorrido a subtração da coisa alheia móvel mediante violência e a tentativa de homicídio consistente em empurrar a vítima nua e amarrada em um despenhadeiro, não há como acolher-se a tese de desclassificação do crime de latrocínio tentado para o delito de roubo qualificado, máxime quando as provas são no sentido de que o dolo dos agentes era de matar, e não o de provocar lesão corporal.

Mantém o reconhecimento da circunstância agravante disposta no artigo 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal, quando há comprovação de que o crime foi praticado contra pessoa maior de 60 anos de idade.

Em relação à causa de diminuição de pena prevista no art.14, inciso II, do Código Penal (tentativa), a redução operada pelo Juiz, no patamar de 1/3 (um terço), mostra-se condizente com o *iter criminis* percorrido pelos agentes, sendo certo que a conduta delitativa se aproximou muito da consumação.

Recursos conhecidos. Preliminares rejeitadas. No mérito, negou-se provimento aos apelos.

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), 5 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

M.F.D. e M.R.F. da S., devidamente qualificados nos autos, foram denunciados como incurso nas penas do art.157, §3º, última parte, c/c art.14, II, ambos do Código Penal, por terem, no dia 24.06.2012, por volta das 17h30min, na região do Polo de Cinema de Sobradinho/DF, previamente ajustados, com unidade de desígnios, de forma livre e consciente, empregado violência física contra a vítima J.J.S.C., empur-

rando-o de um penhasco com as mãos amarradas, com a finalidade de subtrair o automóvel FIAT/Uno, ano 2008, cor azul, placa XXX XXXX/DF.

Pela r. sentença proferida às fls. 266/271, o d. Juízo da Vara Criminal de Sobradinho julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar os acusados M.F.D. e M.R.F. da S. como incurso nos artigos 157, §3º, 2ª parte, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal, aplicando, respectivamente, aos réus, as penas privativas de liberdade de 16 (dezesesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 20 (vinte) dias-multa (réu M.), e 14 (quatorze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa (réu M.R.).

Não resignado, o réu M.R.F. da S. interpôs apelação (fl. 294) e apresentou as razões recursais às fls. 313/352, pleiteando, em síntese, a absolvição, a desclassificação para a figura do roubo majorado e a redução da pena.

O réu M.F.D., a seu turno, intimado do teor da sentença (fls. 291/293), manifestou interesse em recorrer. Entretanto, sobreveio notícia de que seu defensor constituído, o advogado Dr. B.M. dos S.L., estaria excluído dos quadros da OAB/DF (fl. 296). Assim, não obstante a apresentação do termo de apelação (fl. 303) pelo referido causídico, as razões foram elaboradas pela Defensoria Pública (fls. 362/373), por meio das quais argüiu a nulidade do feito em virtude da ausência de capacidade postulatória da defesa constituída anteriormente. Argüiu, ainda, a nulidade em razão da juntada do laudo de perícia papiloscópica (fls. 283/287) após a prolação da sentença. No mérito, requereu a desclassificação para a figura do roubo majorado, ao argumento de que não teria previsto a conduta do correu, que empurrou a vítima no despenhadeiro.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, às fls. 375/385, pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

A d. Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da ilustre Promotora de Justiça em substituição na 5ª Procuradoria de Justiça Criminal, Dra. Rose Meire Cyrillo, oficiou pelo conhecimento e não provimento dos apelos (fls. 390/391).

É o relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos, deles conheço.

Consoante relatado, cuida-se de recursos interpostos por M.F.D. e M.R.F. da S., contra a r. sentença proferida pelo d. Juízo da Vara Criminal de Sobradinho que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar os acusados como incurso nos artigos 157, §3º, 2ª parte, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal, aplicando-lhes, respectivamente, as penas privativas de liberdade de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 20 (vinte) dias-multa, e 14 (quatorze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa.

Em recurso de apelação, a Defesa do Réu M.F.D. requer a absolvição, nos termos do artigo 386 do Código de Processo Penal, ante a fragilidade do conjunto probatório. Em caso de manutenção da sentença, requer a desclassificação do crime de latrocínio tentado para o crime de roubo qualificado. Em caráter subsidiário, pugna pelo redimensionamento da pena, para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, afirmando que o réu possui bons antecedentes, não há elementos para aferir-se a personalidade e a conduta social do agente, e que os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são comuns à espécie delitiva. Requer, ainda, seja afastada a aplicação da alínea 'h' do inciso II do artigo 61 do Código Penal, e também que seja aplicada a redução máxima (2/3) da pena em virtude da tentativa. Por fim, pleiteia a redução da pena de multa no mínimo legal.

Às fls. 362/373, alega a defesa do acusado M.F.D., em preliminar, a nulidade dos atos processuais praticados a partir da intimação para apresentação da resposta à acusação, com fundamento no art.564, inciso III, 'c', do CPP, tendo em vista que o advogado que patrocinou a defesa do recorrente foi excluído do quadro da OAB/DF. Alega, ainda, em preliminar, inobservância ao princípio do contraditório, eis que as alegações finais foram apresentadas pela Defesa sem o conhecimento do Laudo de Perícia Papioscópica 19.962, juntado às fls. 283/287, ou seja, após a prolação da sentença condenatória. No mérito, pugna também absolvição por insuficiência de provas e pela desclassificação do crime de latrocínio tentado para

roubo qualificado, requerendo, ao final, a gratuidade de justiça com a isenção de custas e multa processual.

É o breve relato.

Segundo narra a denúncia, no dia 24.06.2012, por volta das 17h30min, na região do Polo de Cinema de Sobradinho/DF, os acusados, previamente ajustados, com unidade de desígnios, de forma livre e consciente, empregaram violência física contra a vítima J.J.S.C., empurrando-o de um penhasco com as mãos amarradas, com a finalidade de subtrair o automóvel FIAT/Uno, ano 2008, cor azul, placa XXX XXXX/DF. Narra, ainda, que os acusados entraram no carro da vítima que fazia transporte clandestino, e esperaram que uma terceira passageira deixasse o veículo e, mediante grave ameaça, obrigaram a vítima a conduzi-los ao Polo de Cinema de Sobradinho. Chegando ao local, despiram-na e amarraram-na com as mãos para trás, momento em que implorou por sua vida. Ato contínuo, os denunciados empurraram-na em penhasco e rolou morro abaixo, perdendo os sentidos, e, após acordar, arrastou-se até um riacho e somente foi resgatado 4 dias após o crime, em 28.06.2012, por dois trabalhadores rurais. Considerando a idade da vítima, e as lesões sofridas, o resultado morte apenas não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados.

DAS PRELIMINARES

Inicialmente, procedo à análise das preliminares suscitadas pelo Réu M.F.D., em seu recurso.

A) Advogado excluído dos quadros da OAB/DF

A defesa do acusado argui, em preliminar, a nulidade dos atos processuais praticados a partir da intimação para apresentação da resposta à acusação, por ofensa ao artigo 133 da Constituição Federal, com fundamento no art.564, inciso III, 'c', do CPP, tendo em vista que o advogado que patrocinou a defesa do recorrente foi excluído do quadro da OAB/DF.

É consabido que, tratando-se de nulidade na instrução criminal, não há como declarar nulo o ato se dele não resultar qualquer prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: "*No processo penal, a falta da defesa constitui*

nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Na hipótese delineada nos autos, não restou demonstrado qualquer prejuízo à Defesa, visto que o advogado constituído pelo réu M.F.D., Dr. B.M. dos S.L. (OAB/GO 32.029), enquanto o representou, atuou ativamente até a prolação da sentença condenatória, apresentando a resposta à acusação (fls. 144/145), inclusive, comparecendo à audiência de instrução e julgamento e alegações finais (fls. 251/254). Cumpre frisar que logo após a manifestação do interesse em recorrer da sentença condenatória (fl. 303), e uma vez constatada a exclusão do advogado nos quadros da OAB, conforme certidão exarada pela serventia cartorária (fl. 296), os autos foram encaminhados à Defensoria Pública para ofertar as razões recursais, nos termos do despacho de fl. 353. Não há, portanto, qualquer nulidade a ser declarada.

É certo, pois, afirmar, conforme posição consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (HC 70.279/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 04.08.08; RHC 17.797/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 19.09.05; HC 17.103/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 19.11.01), que se cuida de nulidade sujeita à demonstração efetiva do prejuízo sofrido pelo acusado, o que, no caso em exame, não ocorreu, eis que o advogado assistiu o réu M. desde a apresentação da “Resposta à Acusação”, tendo participado de todos os atos do processo, inclusive apresentando termo de apelação.

Cito jurisprudências:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DEFESA. PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL POR ADVOGADO SUSPENSO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. A nulidade decorrente do fato de o acusado ter sido defendido por advogado cuja inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil está suspensa tem natureza relativa, exigindo, para a sua declaração, a demonstração da existência de prejuízo para a parte. 2. Hipótese concreta em que, segundo constou do acórdão recorrido, não houve a demonstração da existência de prejuízo para a defesa, mas ficou evidenciado que, no único ato praticado pelo defensor após a suspensão (oitiva de testemunhas), exerceu ele ativamente a defesa do recorrente, formulando perguntas aos inquiridos, o que afasta a existência da nulidade. 3. Agravo regi-

mental improvido.” (AgRg no REsp 1084495/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 22/11/2012)

“CRIMINAL. RHC. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. DEFESA TÉCNICA DO PACIENTE PATROCINADA POR ADVOGADO SUSPENSO PELA OAB. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO PRÓPRIO RÉU. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO. É relativa a nulidade decorrente de atos praticados por advogado cujo exercício profissional foi suspenso pela Ordem dos Advogados do Brasil, tornado-se imperiosa a demonstração de efetivo prejuízo causado à defesa. Precedentes do STF e do STJ. A análise da relação existente entre a condenação do recorrente e atuação da defesa é vedada na estreita via do remédio heróico, em razão do necessário revolvimento de matéria fático-probatória. Recurso desprovido.” (RHC 17797/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 19/09/2005, p. 354)

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DEFESA TÉCNICA APRESENTADA POR ADVOGADO COM INSCRIÇÃO SUSPENSA NA OAB. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO RÉU. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. NÃO IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. ART. 571, II, DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Verbete sumular 523/STF). 2. Nos termos do art. 571 do Código de Processo Penal, eventuais nulidades ocorridas na fase instrutória deverão ser argüidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão da matéria. 3. Ordem denegada.” (HC 70279/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 04/08/2008)

Rejeito, pois, a preliminar argüida.

B) Ofensa ao Princípio do Contraditório

Alega, ainda, em preliminar, a inobservância ao princípio do contraditório, eis que as alegações finais foram apresentadas pela Defesa sem o conhecimento do Laudo de Perícia Papiloscópica 19.962, juntado às fls. 283/287, ou seja, após a prolação da sentença condenatória, o que enseja a sua anulação.

Com efeito, da simples leitura da sentença proferida nos autos é possível constatar que o d. Juízo *a quo* sequer fez alusão à prova pericial, baseando-se em outros elementos probatórios para fundamentar o decreto condenatório.

No particular, peço vênha para transcrever excerto da manifestação lançada pela douda Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 375/385, *verbis*:

"[...] não há qualquer irregularidade na juntada do laudo de perícia papiloscópica de fls. 283/287 após a prolação da sentença, uma vez que o édito condenatório sequer fez menção a ele. Ademais, o Ministério Público somente teve acesso ao referido laudo no presente momento, o que afasta aventada violação ao princípio do contraditório. Por fim, não se vislumbra malferimento ao direito de defesa do réu, pois o laudo apenas atesta que M.R. esteve no veículo. Ora, tal informação é incontroversa nos autos, pois tanto M.R. (fl. 162) quanto M. (fl. 161), em seus interrogatórios, confirmaram que estiveram no interior do veículo, embora não para a prática do latrocínio. E, mesmo que se considerasse a possibilidade de M. mudar sua versão, é duvidoso que disso decorresse resultado diverso da condenação, uma vez que sua participação no crime foi confirmada, pela palavra da vítima".

Assim, rejeito as preliminares suscitadas.

Passo à análise do mérito constante dos recursos interpostos pelos réus.

Recurso – Réu M.R.F. da S.

A Defesa requer a absolvição, nos termos do artigo 386 do Código de Processo Penal, face à fragilidade do conjunto probatório. Em caso de manutenção da sentença, pugna pela desclassificação do crime de latrocínio tentado para o crime de roubo qualificado. Em caráter subsidiário, pleiteia o redimensionamento da reprimenda, para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, afirmando que o réu possui bons antecedentes, não há elementos para aferir-se a personalidade e a conduta social do agente, e que os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são comuns à espécie delitiva. Requer, ainda, seja afastada a aplicação da alínea 'h' do inciso II do artigo 61 do Código Penal, e também que seja aplicada a redução máxima (2/3) da pena em virtude da tentativa. Por fim, pleiteia a redução da pena de multa no mínimo legal.

Com efeito, da análise detida do conjunto probatório erigido aos autos, observo que a materialidade do delito encontra-se devidamente comprovada pela Comunicação de Ocorrência Policial 5.319/2012 (fls. 08/10); pelo Auto de Apreensão e Apresentação (fls. 22/23), pelo Auto de Reconhecimento de Pessoa (fl. 43 e 59); pelo Termo de Restituição; pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 171/172), bem como pelos depoimentos colhidos ao longo da instrução criminal.

De igual modo, observo que a autoria também restou claramente demonstrada pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório, aliada às provas periciais colacionadas aos autos.

Muito embora o réu M.R.F. tenha admitido, em parte, a sua responsabilidade na empreitada criminosa, e o réu M.F.D. tenha negado a autoria dos fatos descritos na denúncia, o certo é que a versão apresentada pelos acusados não se sustenta.

Ouvidos perante a autoridade policial, ainda na fase de formação do inquérito policial, ambos os réus confessaram a prática do crime, fornecendo detalhes a respeito da dinâmica da empreitada criminosa.

Senão vejamos.

M.R.F. da S. (fls. 29/31):

"[...] que confessa a autoria do crime de roubo em apuração nesses autos e esclarece que no domingo, dia 24.06.2012, convidou o amigo chamado M., cuja fotografia reconhece nessa Divisão e agora sabe chamar M.F.D., para roubar um veículo de lotação pirata, tendo tal comparsa aceito o convite, ocasião em que dirigiram-se para o Condomínio Nova Colina, em Sobradinho, estando o interrogando armado com uma pistola de plástico; que naquele condomínio, por volta das 18h00min, escolheram como lotação um veículo Fiat Uno, de cor azul, conduzido por um senhor de aproximadamente 60 anos e, após adentrarem no automóvel, anunciaram o assalto, vindo o interrogando a apontar o revólver de plástico para a vítima, ordenando-a a continuar a dirigir; que durante o trajeto, mandou a vítima parar e passar para o banco do carona, instante em que M. assumiu a direção e seguiu para o Morro do Sansão, em Sobradinho/DF, onde, em certa altura, estacionaram o veículo e ordenaram que a vítima tirasse toda a roupa, deixando-a pelada; que ato seguinte amarraram as mãos

da vítima para trás, utilizando uma própria camisa daquela, e exigiram que descesse do veículo e saísse correndo, o que foi feito, vindo então a arrancarem em disparada; que o declarante afirma não ter empurrado a vítima num precipício ou penhasco e indagado o motivo pelo qual deixaram-na pelada, respondeu que essa idéia foi de M., pois a vítima pelada sentiria vergonha de ir para a pista pedir carona [...]”.

M.F.D. (fls. 56/570):

“[...] que confessa sua participação no crime aqui apurado, respondendo que num domingo a tarde encontravam-se tomando cerveja num bar da Fercal quando encontrou-se com o amigo M.R.F. da S., o qual veio a convidá-lo para ‘meter uma parada’, mais precisamente de algum roubo, convite prontamente aceito pelo interrogando, incentivado pelo estado de embriaguez que se encontrava; que dali seguiram para Sobradinho/DF e na parada de ônibus situada em frente ao Supermercado Comper tomaram uma lotação pirata feita por um veículo Fiat Uno, de cor azul; que naquele veículo já se encontrava uma passageira, que saltou no Condomínio Nova Colina; que ato seguinte, M.R. sacou um revólver, que segundo o mesmo era de plástico, e anunciou o assalto ao motorista, um senhor de aproximadamente 58 anos de idade; que após rendido, M.R. ordenou que o motorista continuasse até o Morro do Sansão, onde o interrogando assumiu a direção, vindo a vítima a sentar no banco do carona; que mais a frente, numa área escura e isolada, estacionaram o veículo, quando M.R. ordenou que a vítima saltasse e tirasse toda sua roupa; que logo depois M.R. amarrou as mãos da vítima para trás, utilizando uma camisa daquela, e ordenou-lhe que descesse correndo uma ribanceira ao lado da pista, o que foi feito; que o interrogando ao visualizou a queda da vítima na ribanceira, pois encontrava-se sentado no banco do motorista, salientando que a ideia de deixá-la pelada partiu de M.R., não sabendo esclarecer o motivo [...]”.

A vítima J.J.S.C. reconheceu os réus, com absoluta certeza e segurança, consoante se extrai dos Autos de Reconhecimento de Pessoa acostados às fls. 43 e 59, que, inclusive, foi confirmado em Juízo pela vítima (fl. 158) e pela testemunha J.B. de P. (fl. 160).

Também consta dos autos o depoimento prestado pela testemunha comprometida na forma da lei, R.B.R. (fl. 159), que afirmou que uma pessoa lhe ofereceu o veículo citado na denúncia dizendo que era ágio, e que não estava conseguindo pagar as prestações. Informou, ainda, que o acusado M.R. estava na companhia da pessoa que lhe vendeu o veículo, tanto no dia da negociação, quando no dia do pagamento, sendo que já conhecia o réu M.R. de vista, que foi reconhecido pela testemunha por meio de fotografia que lhe foi apresentada na delegacia.

Inviável, pois, o acolhimento do pleito de absolvição formulado pela defesa.

Noutro giro, defende o Réu a desclassificação do crime de latrocínio tentado para roubo qualificado, ao argumento de que não restou configurado o *animus necandi*.

Também não há como ser acolhido o pedido formulado pela Defesa.

Ora, segundo consta dos relatos, a vítima foi despida, amarrada e empurrada de um despenhadeiro, tendo ficado desacordada por horas e, ao recobrar a consciência, conseguiu se deslocar, rastejando-se, até um riacho próximo ao local dos fatos para beber água, e somente foi resgatada quatro dias após o crime, circunstâncias extremamente graves que apontam para o inequívoco dolo dos agentes de ceifar a vida da vítima, evidenciado, portanto, o *animus necandi*.

No presente caso, somente não ocorreu o resultado morte por circunstâncias alheias à vontade dos réus, uma vez que a vítima, embora lesionada, foi socorrida por trabalhadores rurais e encaminhada ao hospital, onde recebeu eficaz atendimento.

Dessa forma, ocorrendo a subtração da coisa alheia móvel mediante violência (roubo qualificado) e a tentativa de homicídio consistente em empurrar a vítima nua e amarrada em um despenhadeiro, não há como ser acolhida a tese de desclassificação do crime de latrocínio tentado para o delito de roubo qualificado, conforme pretende a defesa.

Trago julgados desta egrégia Corte de Justiça no mesmo sentido, *in verbis*:

“PENAL. ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C O ART. 14, II, E ART. 157, § 2º, I, (DUAS VEZES), NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO E AFASTAMENTO DA MA-

JORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – REJEIÇÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – PERSONALIDADE DESAJUSTADA – IMPROCEDÊNCIA. PENA EXACERBADA – ADEQUAÇÃO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Havendo nos autos provas necessárias e suficientes a demonstrar que os disparos foram desferidos contra a vítima a fim de garantir o sucesso do roubo perpetrado, não se consumando a subtração ou a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente, caracterizado está o delito de tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal), afastando-se, por conseguinte, os pleitos de desclassificação da conduta. (...)” (20090111271278APR, Relator: ROMAO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 30/11/2010. Pág.: 222)

“APELAÇÃO. PENAL. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVADAS MATERIALIDADE E AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. ANIMUS NECANDI COMPROVADO. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. Em se tratando de latrocínio, esta conduta se classifica como tentada quando, embora o crime fim (roubo) tenha atingido sua consumação, mas, o crime meio (homicídio) não se consumou. 3. Preliminar rejeitada. No mérito negado provimento ao recurso.” (20100810030863APR, Relator: JOAO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 16/03/2012. Pág.: 227)

“APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. REDUÇÃO.

I. Quando o homicídio tentado foi meio para se alcançar o crime fim, in casu, o roubo, e não um mero desenrolar dos acontecimentos, não há de se falar em desclassificação do crime de latrocínio tentado para roubo qualificado pela lesão corporal grave. II. Embora se verifique que militem em desfavor do apelante cinco das circunstâncias judiciais analisadas, consoante o artigo 59 do CP, impende o refazimento da dosimetria penalógica quando a pena

base foi fixada muito acima do mínimo legal. III. Apelo parcialmente provido.” (20100510031619APR, Relator: ALFEU MACHADO, 2ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 15/12/2010. Pág.: 165)

“PENAL. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO EM CONCURSO COM LESÃO CORPORAL GRAVE. CONTINUIDADE DELITIVA.

Se a ação dolosa foi direcionada no sentido de eliminar a vida da vítima para assegurar a subtração da coisa, não ocorrendo o resultado morte por circunstâncias alheias à vontade do agente, resta indubitável que a conduta do agente amoldou-se ao tipo descrito no artigo 157, § 3º, parte final, c/c o artigo 14, II, ambos do Código Penal, não merecendo acolhimento o pedido de desclassificação para roubo qualificado.

Descabido o reconhecimento da continuidade delitiva aos crimes de roubo e latrocínio, porque, embora sejam crimes da mesma natureza, pela agressão do patrimônio, são de espécies diferentes, pois abrangem objetividade jurídica distinta. No roubo verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal e subtração de patrimônio, enquanto no latrocínio existe violação ao patrimônio e à vida. Precedentes do STJ e do STF. Negado provimento aos recursos.” (20030110742279APR, Relator: MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, Publicado no DJU SECAO 3: 05/10/2005. Pág.: 81)

Correta, pois, a r. sentença ao condenar os réus como incurso nas penas dos artigos 157, §3º, 2ª parte, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Quanto à dosimetria da pena, que também figura como objeto de irrisignação no recurso interposto pelo réu, posterga-se a análise para momento oportuno.

Prossigo na análise do mérito do recurso interposto pelo réu M.F.D.

Recurso – Réu M.F.D. (fls. 362/373)

No mérito, pugna o Réu também pela absolvição, por insuficiência de provas, requerendo, ainda, a desclassificação do crime de latrocínio tentado para roubo qualificado. Ao final, pleiteia a gratuidade de justiça com a isenção de custas e multa processual.

De igual modo, não merece acolhida o pleito de absolvição formulado pela Defesa do réu.

Muito embora alegue, em seu recurso, que no suposto ajuste prévio feito pelo réu M.R. para participar de um roubo, constante da confissão extrajudicial, não tenha cogitado em matar a vítima ou mesmo jogá-la morro abaixo, o fato é que o acusado M. aderiu voluntária e conscientemente à conduta criminosa de M.R.

Na fase inquisitorial, o réu M.R. apontou M. como coautor do crime em exame, somado ao fato de que os acusados foram reconhecidos pela vítima, segundo consta dos Autos de Reconhecimento de Pessoa (fl. 43 e 59), que, inclusive, confirmou em Juízo que reconheceu os criminosos, já que esteve com eles durante um bom tempo no interior do veículo (fls. 158/159).

A respeito da dinâmica dos fatos e da conduta do réu M. na empreitada criminosa, observo que percuente análise foi realizada pelo d. Juízo *a quo*, a quem peço vênha para trazê-la ao conhecimento desta egrégia Turma, *verbis*:

“M. negou, em Juízo, os fatos que lhe são imputados (fl. 161). Entretanto, no relatório de interceptação telefônica (fls. 71), o acusado admitiu que foi ele quem dirigiu o veículo e, além disso, o próprio réu confessou o crime na Delegacia, confira-se:

‘Confessa sua participação no crime aqui apurado (...). M.R. sacou um revólver, que segundo o mesmo era de plástico, e anunciou o assalto ao motorista, um senhor de aproximadamente 58 anos de idade; que após rendido, M.R. ordenou que o motorista continuasse a dirigir até o Morro do Sansão, onde o interrogando assumiu a direção, vindo a vítima a sentar no banco do carona; que mais a frente, numa área escura e isolada, estacionaram o veículo, quando M.R. ordenou que a vítima saltasse e tirasse toda sua roupa; que logo depois M.R. amarrou as mãos da vítima para trás, utilizando uma camisa daquela, e ordenou-lhe que descesse correndo uma ribanceira ao lado da pista, o que foi feito’. (fls. 56 e 57)

A Defesa de M. alega que o acusado dirigiu o veículo, mas não contribuiu para a tentativa de latrocínio. Todavia, depreende-se do conjunto probatório que o réu aderiu à conduta de M.R. e, em divisão de tarefas, teve participação importante na prática do crime, devendo responder pelo resultado qualificador da conduta.

"(...) provado que o apelante convidou os co-autores para a prática do crime e tinha conhecimento da utilização de arma de fogo por um deles, não merece prosperar a alegação de que pretendia praticar crime menos grave, já que, ao aderir à conduta dos demais, assumiu o risco da prática de delito mais grave". (Acórdão 317544, 20070610014345APR, Relator: GISLANE PINHEIRO, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 10/09/2008. Pag.:116)

Assim, agindo consciente e voluntariamente, previamente acordado com o outro réu (M.R.), o acusado M. efetivamente participou da ação criminosa que acabou por tentar ceifar a vida da vítima J.J., para dela subtraírem o automóvel descrito na inicial acusatória.

Nesse sentido, cito julgado:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II E ART. 157, § 3º, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. Lei 8.072/90. PARTICIPAÇÃO DE SOMENOS IMPORTÂNCIA. INAPLICABILIDADE. I – No roubo, mormente praticado com arma de fogo, respondem, de regra, pelo resultado morte, situado evidentemente em pleno desdobramento causal da ação delituosa, todos que, mesmo não agindo diretamente na execução da morte, contribuíram para a execução do tipo fundamental (Precedentes). Se assumiram o risco pelo evento, respondem. (omissis). Petição conhecida como habeas corpus, denegando-se a ordem. (STJ – Pet 3.134/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 292)

Descabido, portanto, o pleito de absolvição.

Quanto à tese defensiva de desclassificação, conforme já mencionado, não há como acolher o pedido, eis que a vítima foi amarrada e empurrada de um despeñhadeiro, tendo ficado desacordada por horas e, ao recobrar a consciência, conseguiu se deslocar, rastejando-se, até um riacho próximo ao local dos fatos para beber água, e somente foi resgatada quatro dias após o crime, circunstâncias extremamente graves que apontam para o inequívoco dolo dos agentes de ceifar a vida da vítima, evidenciado, portanto, o *animus necandi*.

DOSIMETRIA DA PENA

Quanto à dosimetria da pena, verifico o d. Juízo *a quo* lançou mão dos seguintes fundamentos para fixar a reprimenda corporal relativamente aos réus M.F.D. e M.R.F. da S., *verbis*:

"M.: culpabilidade evidenciada, ora compreendida como juízo de reprovação da conduta. É reincidente (fls. 91 e 98), o que será valorado como circunstância agravante noutra fase. Sem elementos específicos sobre personalidade e conduta social. O motivo é inerente ao tipo. As circunstâncias do crime, entretanto, destoam da normalidade. Os acusados submeteram a vítima, um senhor de 61 anos de idade, a uma situação de desespero e vulnerabilidade desumanos. Segundo a vítima, um dos agentes declarou "que era psicopata, dizendo que gostava de matar, encostando a arma no rosto do declarante". Foi obrigado a descer do veículo e tirar a roupa, tudo isso com a arma encostada na nuca. Teve suas mãos amarradas para trás e, logo em seguida, os assaltantes ordenaram que pulasse do barranco e, mesmo após a vítima ter suplicado por sua vida, empurraram-na morro abaixo. Não bastasse, a vítima, frise-se, um senhor de 61 anos de idade, ficou passando frio e fome em uma mata por quatro dias e só conseguiu sobreviver porque foi encontrado por trabalhadores rurais quatro dias depois. As consequências de crime também se sobrelevam, pois a vítima foi encaminhada a tratamento psiquiátrico (fl. 172), sendo que passou a tomar medicamentos para dormir (fl. 158). Em razão das circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena base em 22 anos de reclusão e 20 dias-multa. Presentes a agravante da reincidência e aquela prevista na alínea "h" do inciso II do artigo 61 do CP (crime cometido contra maior de 60 anos). Também há que se reconhecer a atenuante da confissão extrajudicial (fls. 56/57). Sopesando-se as agravantes e a atenuante, majoro as penas em 2 anos e 10 dias multa, totalizando 24 anos de reclusão e 30 dias-multa. Em razão da tentativa, reduzo as penas em 1/3, tornando-as definitivas em 16 anos de reclusão e 20 dias-multa, calculados à razão mínima.

Elejo o regime inicialmente FECHADO para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o que faço com fundamento nos artigos 33, § 2º, "a", do Código Penal, e 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, este último com a redação dada pela Lei 11.464/2007.

São incabíveis os benefícios previstos nos artigos 44 e 77 do Código Penal”.

M.R.: culpabilidade evidenciada, ora compreendida como juízo de reprovação da conduta. É primário e não registra maus antecedentes. Sem elementos específicos sobre personalidade e conduta social, presumindo-se ajustadas. O motivo é inerente ao tipo. As circunstâncias e as consequências do crime são as mesmas descritas em relação a M., devendo ser valoradas negativamente pelas razões já explicitadas. Em virtude das circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena base em 22 anos de reclusão e 20 dias-multa. Presente a agravante prevista na alínea “h” do inciso II do artigo 61 do CP (crime cometido contra maior de 60 anos) e a atenuante da confissão. Sopesando-se uma com a outra, e considerando que a confissão foi parcial, deixo de majorar a pena na segunda fase da dosimetria penal. Em razão da tentativa, reduzo as penas em 1/3, tornando-as definitivas em 14 anos e 8 meses de reclusão e 13 dias-multa, calculados à razão mínima. Estabeleço o regime inicialmente FECHADO para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o que faço com fundamento nos artigos 33, § 2º, “a”, do Código Penal, e 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. São incabíveis os benefícios previstos nos artigos 44 e 77 do Código Penal”

Passo à análise da dosimetria da pena, eis que objeto de insurgência em ambos os recursos manejados pelos réus.

Réu M.F.D.

Observo que na primeira fase de fixação da pena, o MM. Juiz ao promover a análise das circunstâncias judiciais previstas no art.59 do Código Penal, reputou favoráveis ao réu a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos do crime, bem como o comportamento da vítima, valorando negativamente, contudo, as circunstâncias e as consequências do crime, para fixar a pena-base em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Para valorar negativamente as circunstâncias do crime, o MM. Juiz *a quo* fundamentou a questão, aduzindo com acerto que “[...] destoam da normalidade. Os acusados submeteram a vítima, um senhor de 61 anos de idade, a uma situação de desespero e vulnerabilidade desumanos. Segundo a vítima, um dos agentes

declarou que 'era psicopata, dizendo que gostava de matar, encostando a arma no rosto do declarante'. Foi obrigado a descer do veículo e tirar a roupa, tudo isso com a arma encostada na nuca. Teve suas mãos amarradas para trás e, logo em seguida, os assaltantes ordenaram que pulasse do barranco e, mesmo após a vítima ter suplicado por sua vida, empurraram-na morro abaixo. Não bastasse, a vítima, frise-se, um senhor de 61 anos de idade, ficou passando frio e fome em uma mata por quatro dias e só conseguiu sobreviver porque foi encontrado por trabalhadores rurais quatro dias depois". Não merece qualquer censura o *decisum*.

Em relação às consequências do crime, entendo que a análise desfavorável operada pelo d. Juízo *a quo* também não está a merecer qualquer reparo, na medida em que a vítima, de fato, precisou de acompanhamento psiquiátrico (fl. 172) para superar o trauma vivenciado, necessitando, inclusive, fazer uso de medicamentos para conseguir dormir (fl. 158).

Assim, reputo correta a valoração de tais circunstâncias judiciais, por ocasião da fixação da pena-base, cujo patamar também mantenho – 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, eis que majorado de forma proporcional e razoável.

Na segunda fase da dosimetria da pena, o MM. Juiz *a quo* considerou presentes as agravantes da reincidência e aquela prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal (crime cometido contra maior de 60 anos), e ainda a atenuante da confissão extrajudicial (fls. 56/57), pelo que fixou a pena intermediária em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

No particular, observo que majoração da pena em virtude da reincidência do réu se faz necessária em virtude de sua extensa folha penal.

Com efeito, à fl. 91 consta registro de condenação por fato ocorrido em 18.03.2008, portanto, anteriormente aos fatos em exame (24.06.2012), com trânsito em julgado em 20.10.2008, o que autoriza o incremento da pena intermediária.

Quanto à agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal (crime cometido contra maior de 60 anos), deve ser mantida, eis que o crime foi cometido contra maior de 60 anos. Há nos autos documentos dotados de fé pública que comprovam que, à época dos fatos, a vítima estava com 61 (sessenta e um)

anos de idade, conforme data de nascimento constante do Laudo de Exame de Corpo de Delito (30.12.1950), e Ocorrência Policial 5.319/2012, da qual também constavam todos os dados da vítima.

Mantenho, pois, inalterado o aumento operado pelo MM. Juiz *a quo*.

Na terceira fase de fixação da pena, em razão da tentativa prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, e à vista do *iter criminis* percorrido pelos agentes, que despiram a vítima, amarraram-na e arremessaram-na despenhadeiro abaixo, tem-se que a conduta delitiva se aproximou muito da consumação, conforme já consignado na motivação do presente julgado. Assim, correta, a meu ver, a redução da pena em seu patamar mínimo de 1/3 (um terço), passando, portanto, a dosar a pena definitiva em 16 (dezesesseis) anos de reclusão. Em relação à pena de multa, não ultrapassados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, mantém-se o montante da pena de multa fixada definitivamente em 20 (vinte) dias-multas no valor mínimo legal.

Também não merece qualquer censura a r. sentença hostilizada que fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, eis que condizente com o artigo 33, §2º, 'a', do Código Penal e artigo 2º, §1º, da Lei 80.72/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007.

Réu M.R.F. da S.

Observo que na primeira fase de fixação da pena, o MM. Juiz ao promover a análise das circunstâncias judiciais previstas no art.59 do Código Penal, reputou favoráveis ao réu a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos do crime, bem como o comportamento da vítima, valorando negativamente, contudo, as circunstâncias e as consequências do crime, para fixar a pena-base em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Defende o réu que é primário e possui bons antecedentes. Contudo, falece interesse recursal ao Apelante, neste particular, porquanto o d. Juízo *a quo* não procedeu à valoração negativa da circunstância judicial referente aos antecedentes criminais, deixando consignado, inclusive, que o acusado "é primário e não registra maus antecedentes". Quanto à personalidade, à conduta social do agente e os motivos do

crime, também não assiste razão ao recorrente, eis que a r. sentença recorrida, de igual modo, também não valorou as mencionadas circunstâncias judiciais.

No que é pertinente às circunstâncias e consequências do crime, não merece amparo a tese defensiva no sentido de que se apresentam comuns às espécies delitivas praticadas.

Como já mencionado, o crime cercou-se de circunstâncias extremamente graves, e sérias também foram as consequências para a vítima, que precisou se valer de ajuda profissional e medicamentos para superar o trauma vivido.

Na segunda fase da dosimetria da pena, o MM. Juiz *a quo* considerou presente a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal (crime cometido contra maior de 60 anos), e a atenuante da confissão.

Neste ponto, não merece acolhida o pleito formulado pela Defesa no sentido de se afastar a agravante aplicável à espécie, em razão de ter o crime sido cometido contra maior de 60 anos. É que há nos autos documentos dotados de fé pública que comprovam que, à época dos fatos, a vítima estava com 61 (sessenta e um) anos de idade, conforme data de nascimento constante do Laudo de Exame de Corpo de Delito (30.12.1950), e Ocorrência Policial 5.319/2012, da qual também constavam todos os dados da vítima.

Dessa forma, mantenho a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, referente à vítima J.J.S.C.. Ressalte-se que o Juiz sopesou a aludida agravante com a atenuante da confissão, deixando de majorar a pena nesta fase intermediária, razão pela qual a pena foi mantida no patamar anteriormente fixado, ou seja, em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na terceira fase, observo que o d. Juízo *a quo* reduziu a pena em 1/3 (um terço), em razão a tentativa, tornando-a definitiva em 14 (quatorze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Quanto a este aspecto, requer a defesa do Réu a redução da pena no patamar máximo (2/3).

Contudo, razão não lhe assiste, eis que, à vista do *iter criminis* percorrido pelos agentes, que despiram a vítima, amarraram-na e arremessaram-na despenhadeiro abaixo, a conduta delitiva se aproximou e muito da consumação, conforme já consignado. Assim, correta, a meu ver, a redução da pena em seu patamar mínimo de 1/3 (um terço), passando, portanto, a dosar a pena definitiva em 14 (quatorze) anos, 08 (oito) meses de reclusão.

Em relação à pena de multa, observo que o d. Juízo *a quo* fixou-a em 13 (treze) dias-multa, à razão mínima, *quantum* que reputo condizente com a majoração operada na reprimenda prevista em lei, estando em consonância com as regras de regência, assim também com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Quanto aos demais aspectos da dosimetria da pena, mantenho inalterados os termos lançados na r. sentença.

Forte nessas razões, conheço dos recursos interpostos pelos réus, REJEITO as preliminares arguidas e, no mérito, NEGO PROVIMENTO aos apelos, mantendo a r. sentença impugnada.

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

2012071018492-8

Relatora Designada – Des. Sandra De Santis

Primeira Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Furto triplamente qualificado. Quadrilha. Arrombamento de caixas eletrônicos. Preliminares. Ausência de exame das teses de defesa. Nulidade das interceptações telefônicas. Juntada de laudo após a instrução. Confissão mediante tortura. Irregularidade no reconhecimento pessoal. Autoria e materialidade demonstradas. Vínculo associativo evidenciado. Tentativa imperfeita. Sentença mantida.

A fundamentação da sentença que analisa as preliminares vindicadas nas alegações finais sem destacá-las é válida. Não há prejuízo para a defesa.

A garantia do sigilo não confere imunidade para a prática de crimes no exercício profissional. A presença de indícios delitivos fundamenta a interceptação telefônica. Precedentes do STF.

A juntada de laudo pericial foi solicitada pelo MP em momento processual oportuno (art. 402 do CPP). A defesa tomou ciência do teor do documento em audiência e não se insurgiu contra a providência. Operada a preclusão. Não há nulidade.

Indícios de que um dos réus foi torturado na delegacia determina a exclusão do depoimento e das referências feitas pelos policiais aos fatos narrados.

Elementos colhidos de fonte independente ou sem vínculo de causalidade com a prova maculada de ilegalidade são válidos (art. 157, §§1º e 2º, do CPP).

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, principalmente quando realizado sob o crivo do contraditório e amparado em outras provas.

O crime de quadrilha se caracteriza com o conluio e a finalidade de cometer delitos. O acervo probatório é suficiente para demonstrar o vínculo associativo. Desnecessária a produção de provas acerca do tempo da associação e da origem da idéia de praticar crimes.

VIII. A não consumação do furto pela chegada da polícia configura tentativa e não desistência voluntária.

IX. Não há crime impossível quando a impropriedade do objeto é relativa.

X. As provas demonstram que todos os réus concorreram para a tentativa de furto, mediante arrombamento e com emprego de chave falsa.

XI. Recursos improvidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, George Lopes Leite – Relator, Sandra De Santis – Revisora e Relatora Designada, Romão C. Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador George Lopes Leite em desprover. Maioria. Redigirá o acórdão a Revisora, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

V. da S., S.R.V., J.C.L.E.L. e D.G. recorrem da sentença que os condenou por infringirem os artigos 288 e 155, § 4º, incisos I, III e IV, combinado com 14, inciso II, do Código Penal. A V. e S. foram impostos dois anos e um mês de reclusão no regime aberto, substituídos por duas restritivas de direitos, mais seis dias-multa; a J.C. dois anos e cinco meses de reclusão no regime semiaberto e oito dias-multa; a D. dois anos e dois meses de reclusão no regime aberto, substituídos por duas restritivas de direitos, além de sete dias-multa.

Consta da denúncia que entre maio e junho de 2012, agindo no Distrito Federal e em Goiás, os réus se associaram em bando para praticarem crimes de furto a

caixas eletrônicos mediante arrombamento ou uso de chave falsa, agindo sempre em concurso de pessoas. A estabilidade e permanência no grupo ficaram demonstradas pelas ações realizadas em várias agências bancárias e caixas eletrônicos situados no Distrito Federal e em Goiânia.

Assim, no dia 17/06/2012, pela manhã, eles puseram em prática ação planejada para furtar dinheiro dos caixas eletrônicos do Banco do Brasil instalados na QS 03, Lote 21, Pistão Sul, Águas Claras. Chegando ao local adentraram a área de manutenção usando uma chave falsa, isolaram os sensores de movimento e alteraram o ângulo das câmeras de segurança. Depois retornaram no início da noite, antes do fechamento das portas para o acesso público e prosseguiram com o plano arquitetado. Mas os agentes de segurança privada trabalhando para o banco perceberam a movimentação suspeita naquela manhã e avisaram a Polícia, que colocou agentes em campanha para vigiarem a entrada do estabelecimento. Assim, eles viram quando S. e V. adentraram a agência, enquanto J.C. e D. ficaram na rua dando cobertura. Estes notaram a movimentação dos policiais e avisaram aos comparsas, que tentaram fugir, mas foram presos com parte das ferramentas usadas na ação. D. e J.C. se escafederam nos seus automóveis.

V. e S. apelam por absolvição na tentativa de furto, alegando desistência voluntária, e na formação de quadrilha por insuficiência probatória, pedindo, ainda, as benesses da delação premiada.

J.C. pede absolvição no furto dizendo que sua condenação se baseou em provas ilícitas juntadas irregularmente, sem que delas tivesse vista, havendo discrepâncias nos testemunhos colhidos. Quanto à tentativa de furto, alega descaber a qualificadora de arrombamento, porque o objeto do crime era o próprio caixa eletrônico. Diz ainda que não ficou provado vínculo associativo nem a sua participação no crime patrimonial, devendo ser absolvido da formação de quadrilha. Por fim, pede o afastamento da reincidência, a redução da pena privativa de liberdade e sua substituição por restritivas de direitos.

D.G. alega a nulidade da sentença por não ter apreciado os pedidos feitos nas alegações finais acerca da ilicitude das escutas telefônicas e das confissões obtidas mediante tortura, pedindo desentranhamento. Pugna pela apuração do crime de tortura e pede absolvição pelo furto, dizendo que a única prova colhida o foi

de forma ilícita, não se provando que houvesse dinheiro nos caixas eletrônicos. Diz que não houve perícia que provasse que era sua a voz captada nas escutas telefônicas e pede absolvição no crime de quadrilha por atipicidade da conduta. Pleiteia, ainda, a desclassificação da conduta para o crime de dano, a nulidade da pena por violação do artigo 59 do Código Penal, redução máxima pela tentativa e substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões do promotor público às folhas 1.266/1.278 e 1.356/1.362, pugnan-do pelo desprovemento das apelações, posição endossada pela Procuradoria de Justiça no parecer de folhas 1.364/1.365.

É o relatório.

VOTOS

Des. George Lopes Leite (Relator) – Ante a presença de seus pressupostos, co-nheço dos recursos.

NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS

A alegação de nulidade formulada por D.G. não pode ser acolhida, porque, ao de-cidir a causa, o Juiz não pode ser submetido a questionário formulado do réu, como se fosse órgão consultivo, não lhe sendo exigível mencionar e rebater cada um dos argumentos apresentado. Basta-lhe decidir motivadamente, as provas que subsidiaram a sua íntima convicção. Rejeito, portanto, a preliminar.

NULIDADE DE ESCUTAS TELEFÔNICAS

O mesmo réu alega a ilicitude das escutas telefônicas que envolveram o seu ad-vogado, A. de J.F., argumentando que não havia motivo justo que justificassem a quebra do sigilo das comunicações telefônicas entre ele e o causídico. No entanto, nem mesmo os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Fe-deral são absolutos, devendo a sua aplicação ser afastada quando excepcionada quando entra em conflito com outros princípios da mesma Constituição, ou na presença de outro direito preponderante, aferível no caso concreto.

O relatório 285/2012 da Seção de Repressão a Roubos e Furtos a Comércio foi elaborado a pedido do Ministério Público, como prova emprestada nestes autos. Ele continha o resultado da quebra de sigilo telefônico autorizada pelo Juízo da Quarta Vara Criminal de Brasília nos autos do Processo 2001.01.1.052773-0, que determinara a remessa desses dados pela decisão de folha 808.

Não há informação detalhada e segura acerca dos motivos que levaram à interceptação da linha telefônica de A. de J.F., advogado de D., mas é inegável que se trata de uma prova obtida lícitamente, já que foi precedida de regular autorização judicial. Assim, não basta ao reconhecimento da sua nulidade mera alegação de ausência de motivos relevantes ou de inviolabilidade das comunicações entre advogado e réu. Caberia a este provar a irregularidade da colheita da prova, mas não o fez.

Assim, persistindo a presunção de legitimidade das escutas telefônicas colhidas com autorização judicial, rejeito a preliminar.

CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DE PROVA JUNTADA NA AUDIÊNCIA

A defesa de J.C. alega que houve cerceamento de defesa com a juntada dos laudos de perícia papiloscópica durante a audiência de instrução e julgamento. Ocorre que não manifestou inconformidade no momento oportuno, conforme o artigo 571 do Código de Processo Penal, mantendo-se inerte a defesa durante a audiência e silenciando nas alegações finais. Consta da ata de folhas 725/726:

[...] na fase do art. 402 do CPP, o Ministério Público requereu a juntada dos laudos de perícia papiloscópica e de relatório 285 da DRF, acompanhado do CD-R, documentos esses que as partes já tiveram ciência em audiência; que a defesa de J.C. requereu a juntada de cópia do contrato de aluguel do lava-jato e declaração.

Como se vê, a defesa de J.C. não apenas se conformou com a juntada dos laudos na audiência, mas também apresentou outros documentos do seu interesse, denotando tacitamente que estava de acordo com o procedimento adotado. Ao pleitear invalidação da sentença, incumbia à defesa demonstrar de que forma foi prejudicada pela nulidade contra a qual se insurge, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, e isso não ocorreu. A realização de perícia no local do

crime é providência elementar em qualquer investigação de fatos que deixe vestígios, o que – sabem todos – envolve a coleta e perícia de eventuais fragmentos de impressões digitais.

Portanto, não há como falar de surpresa ou prejuízo ao réu com a juntada dos laudos papiloscópicos durante a audiência de instrução e julgamento. Rejeito também essa preliminar.

Os demais temas alegados como preliminares envolvem a apreciação do mérito, que passo a examinar.

PRÁTICA DE TORTURA

O primeiro ponto a ser abordado é a alegação de que V. foi torturado pelos policiais para confessar os crimes e delatar os comparsas. É estranhável, em princípio, que a tortura seja aventada não pelo suposto torturado – que busca, na verdade, obter o benefício da delação premiada – mas por J.C. e D., apontados como membros da quadrilha e coautores da tentativa de furto, a partir da delação dos corréus, que teria sido obtida mediante tortura.

Na fase inquisitorial S. e V. confessaram a autoria da tentativa de furto e apontaram J.C. como coautor e também como membro do bando, que se especializara nesse tipo de crime. Eles afirmaram, às folhas 16/21, que vieram de Joinville, SC, para Brasília, DF, com o propósito de furtarem dinheiro de caixas eletrônicos, previamente conluídos com J.C., dono do Lava-Jato Quality e de um veículo Hyundai Tucson, o mesmo usado na tentativa de furto ao Banco do Brasil. Chegando a Brasília, realizaram prévio levantamento das agências bancárias que poderiam ser alvo de ações criminosas, chegando até mesmo a furtar uma câmera de segurança dentro da agência do Banco do Brasil no SIA. Eles também admitiram os fatos imputados na denúncia, sem mencionar a participação de D.

Ocorre que, ao ser encaminhado ao Instituto Médico Legal para o exame de corpo de delito, na manhã seguinte ao flagrante, V. informou que tinha sido torturado por policiais utilizando uma “máquina de choque” para obrigá-lo a confessar a autoria dos crimes e a delatar os comparsas. Após realizarem os exames, os peritos assinaram a presença das seguintes lesões:

[...] 1 – Escoriações múltiplas com crosta hemática, em barra, de até 2 cm, em punho esquerdo.

2 – Equimoses arroxeadas e avermelhadas em: antebraço e punho esquerdo, de até 8 cm; região escapular direita, duas numulares; região dorsal direita, uma numular; múltiplas em região sacral e face interna das coxas, em barras, avermelhadas, de até 10cm, com escoriações de permeio, de puntiformes até 0,5cm.

3 – Pênis: presença de seis lesões circulares, de até 0,4cm, algumas com hiperemia de bordas, compatíveis com queimaduras de grau indeterminado, corpo do pênis e prepúcio.

4 – Região periumbilical: presença de quatro lesões circulares de até 0,3cm de diâmetro, com hiperemia de circunjacente, compatíveis com queimaduras de grau indeterminado.

5 – Escoriações lineares com crosta hemática, de até 0,6cm em hipogástrio. (folha 553)

Questionados quanto à recenticidade das lesões, os peritos esclareceram que “as lesões detectadas no Exame de Corpo de Delito apresentam características de serem recentes, ou seja, podem ter sido provocadas em um período de até 48 horas pretéritas à data do exame clínico” (folha 675).

Como se vê, a sentença é totalmente omissa em analisar esse fato relevante e V. nada falou em Juízo sobre as agressões sofridas, mas isso não esconde as evidências escancaradas de que ele tenha sido barbaramente torturado durante ou logo depois de ser preso flagrante e interrogado por autoridade policial. Não há como afirmar desde logo a configuração do crime de tortura objetivando a confissão do réu e a delação dos comparsas, fato que está sendo apurado a partir das cópias remetidas pelo Juízo ao Ministério Público (folhas 1.175/1.176 e 1.190). Contudo, a correta aplicação do princípio do *in dubio pro reo* impede que o Judiciário possa condenar alguém baseado em provas sobre as quais recaem dúvidas ponderáveis de sua licitude.

Há fundada dúvida quanto à lisura da conduta dos policiais que investigaram os fatos e prenderam em flagrante V. da S., lançando uma mácula inescandível so-

bre a licitude de toda a prova colhida a partir do interrogatório inquisitorial, que contaminou também a instrução do processo, calcada, direta ou indiretamente, no trabalho da equipe policial e nos testemunhos dos agentes. O pouco que sobra nos autos, vale dizer, a interceptação telefônica realizada com autorização judicial, provém diretamente da prova ilícitamente amealhada e, portanto, contaminada pela podridão do fruto envenenado. Assim, há que se afastar a interpretação dos diálogos gravados e interpretados pela mesma equipe de policiais, que não pode ser aproveitada para sustentar a condenação.

Assim, entendo aplicável a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, expressa no artigo 573, § 1º, do Código de Processo Penal, segundo a qual não apenas a prova obtida de forma ilícita deve ser repelida, mas todas aquelas que de qualquer modo derivam de tal irregularidade.

A doutrina fornece algumas bases para a perfeita compreensão do instituto:

[...] A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (art. 10 da Lei 9.296/96) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente, ilicitude por derivação (nesse sentido: Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas*, p. 67). Tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que delas se originarem. Tal conclusão decorre do disposto no art. 573, § 1º, do CPP, segundo o qual “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (nesse sentido: STF, Plenário, APn 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995; Pleno, HC 69.912-0/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993, DJU, 25 mar. 1994).

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* – segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais.[1]

No mesmo sentido é o posicionamento da jurisprudência:

[...] Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo bra-

sileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos...[2]

[...] O nosso ordenamento encampou a doutrina dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual não se admitirá no processo as provas ilícitas, isto é, contaminadas por vício de ilicitude ou ilegitimidade, sendo certo que todas as demais delas decorrentes também estarão contaminadas com tal vício e deverão ser expurgadas do processo...[3]

Há que se ressaltar que o policial representa os olhos e ouvidos do Juiz, bem assim suas pernas e seus braços, de sorte que não se pode admitir qualquer sombra capaz de obnubilar a confiança irrestrita que deve existir entre esses dois protagonistas do processo penal. A crença absoluta na seriedade do trabalho policial norteia toda a atividade judicante e a percepção dos fatos pelo Juiz, que não assistiu os fatos e deles só toma conhecimento por meio das informações trazidas aos autos. Como se tem afirmado à exaustão, declarações de policiais sobre fatos observados no desempenho da função usufruem presunção de credibilidade e idoneidade ínsita aos atos administrativos em geral, mas podem ser derogadas mediante prova em contrário que desconstituam essa presunção. Isso ocorre quando os atos de investigação são praticados de forma ilegal e arbitrária.

Ante o exposto, dou provimento às apelações para absolver os réus. Expeçam-se alvarás de soltura em favor dos que estão presos, se não houver outros motivos.

[1]CAPES, Fernando. Curso de Processo Penal, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, PP. 364/365.

[2]STF.RHC 90376, Relator Ministro Celson de Mello, Segunda Turma, DJ de 18/05/2007, p. 113.

[3]STJ,HC 204.778/SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJ de 29/11/2012.

Desa. Sandra De Santis (Revisora) – Recursos tempestivos, cabíveis e regularmente processados. Deles conheço.

Insurgem-se V. da S., S.R.V., D.G. e J.C.L.E.L. contra sentença que os condenou pelos crimes do art. 288, *caput*, e art. 155, §4º, incisos I, III e IV, c/c art. 14, inciso II, todos do CP.

V. e S. receberam pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial aberto, mais 6 (seis) dias-multa, na quantia diária mínima. D., 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais 7 (sete) dias-multa, no menor valor unitário. As sanções corporais foram substituídas por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

J.C. foi condenado a 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 8 (oito) dias-multa, no patamar mínimo. A reprimenda corporal não foi substituída por restritivas de direitos pela presença da reincidência.

V. e S., em único arrazoado, pedem o reconhecimento da desistência voluntária e a absolvição do furto tentado. Quanto à quadrilha, requerem a absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, pleiteiam a delação premiada e a redução das penas.

J.C. pugna, em preliminar, pela nulidade da prova. Aduz que todas as provas indicativas da participação do apelante no evento decorrem do depoimento obtido ilegalmente com a tortura de V. na delegacia. Alega que o laudo papiloscópico (fls. 747/760) foi protocolado na secretaria do Juízo um mês após a instrução, com violação à ampla defesa. Pede, ainda, a nulidade do reconhecimento em audiência por não atender aos requisitos legais. No mérito, solicita a absolvição do furto tentado por falta de provas e o afastamento das qualificadoras. Com relação à quadrilha, afirma a ausência de comprovação de estabilidade da associação. Subsidiariamente, reivindica a revisão da dosimetria, para desconsideração da reincidência na segunda etapa e como impedimento à substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

D., preliminarmente, pleiteia a nulidade da sentença por falta de apreciação das teses defensivas, a ilicitude das interceptações telefônicas e da confissão de V., bem como das provas decorrentes, por terem sido obtidas mediante tortura. Quanto à matéria de fundo, requer a absolvição do delito do art. 155 do CP. Alega tratar-se de crime impossível. Veicula a ausência de provas de autoria. Alternativamente, postula a desclassificação para o crime de dano. No que tange à quadrilha, pugna pela ausência de provas da estabilidade e permanência do vínculo associativo. Subsidiariamente, pede a redução da pena-base do furto e a redução máxima pela tentativa. Solicita providências para apurar a tortura contra V.

PRELIMINARES

NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE EXAME DAS TESES DEFENSIVAS

D.G. alega que as preliminares de prova ilícita relativa à interceptação telefônica e tortura, levantadas nas alegações finais, não foram apreciadas na origem.

As preliminares vindicadas foram apreciadas na sentença. Não o foram destacadamente, mas constam da fundamentação. Incorre prejuízo.

Rejeito a preliminar.

NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

D.G. aduz a existência de sigilo profissional nas ligações entabuladas entre cliente e advogado. A interceptação violou ao art. 7º, inciso II, da Lei 8.904/1994 e configurou abuso de autoridade.

Os relatórios juntados ao processo decorrem de interceptações telefônicas autorizadas pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Brasília, nos autos 2012.01.1.052773-0. A transposição foi devidamente autorizada (fls. 808/808-v.). Não há ilegalidade.

O magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas. Inexiste nulidade. A garantia do sigilo não confere imunidade para a prática de crimes no exercício profissional. É o entendimento do STF (HC 106225/SP, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJe 22/3/2012).

O Relatório 285/2012 – DRF (fls. 781/806) menciona sinais de participação do causídico no recebimento do produto do crime. As alegações do advogado sobre o recebimento de honorários não afastam, de imediato, a natureza da prova colhida na escuta.

Não cabe aos executores da medida filtrar as interceptações, para delimitar quais foram as conversas relacionadas ao exercício profissional. É garantia ao indivíduo. Caso contrário, levaria ao arbítrio da polícia, que poderia escolher o que seria conveniente, em termos de gravação.

Rejeito a preliminar.

NULIDADE DA JUNTADA DO LAUDO APÓS A INSTRUÇÃO

J.C. alega cerceamento de defesa, sob alegação de que laudo de fls. 747/760 foi protocolado na secretaria da vara um mês após a audiência. Aduz ser direito do acusado ter ciência de todas as provas que existem contra si antes do interrogatório.

O patrono do réu tinha conhecimento da produção da prova, uma vez que fora solicitada no item 11 do despacho de fls. 23/27.

O pedido de juntada aos autos foi solicitado pelo MP em momento processual oportuno (art. 402 do CPP), conforme ata da audiência. O documento esclarece, ainda, que a defesa já havia tomado ciência do teor do laudo, em audiência. A defesa não se insurgiu contra a providência. Operou-se a preclusão (fls. 724/725).

Rejeito a preliminar.

CONFISSÃO DE V. NA FASE EXTRAJUDICIAL OBTIDA MEDIANTE TORTURA

J.C. e D.G. alegam que V. foi torturado pelos policiais. Afirmam que somente as oitivas do réu, na delegacia, apontam a participação dos recorrentes. A prova, no entanto, não foi reproduzida sob o crivo do contraditório.

Asseveram que as oitivas testemunhais que confirmam os relatos de V., em juízo, estariam contaminadas, conforme a *"Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada"*.

V. e S. foram presos em flagrante. V., perante a autoridade policial, disse que veio de JOINVILLE/SC, na companhia de S., com a finalidade de cometer furtos em caixas eletrônicos. Mantinha contato com A.C., vulgo "C." ou "CHEFE", em Brasília. A.C. seria o proprietário do lava-jato "Quality", em Águas Claras, e dos automóveis HIUNDAI/TUCSON e VW/SAVEIRO CROSS, utilizados pelo grupo na empreitada criminosa. No dia dos fatos, A.C. conduziu S. e outro comparsa, enquanto outra pessoa, denominada F., levou V. à agência do Banco do Brasil, no Pistão Sul de Taguatinga. A.C. e F. permaneceram do lado de fora, como vigilantes. V. confessou a tentativa de furto mediante arrombamento dos equipamentos. Disse terem abandonado o local porque A.C. os avisara da chegada da polícia (fls. 16/18).

O laudo de exame de corpo de delito a que V. foi submetido em 18/6/2012 aponta lesões cutâneas no pênis e região periumbilical, além de escoriações no punho esquerdo e equimoses no braço, antebraço esquerdos, região dorsal direita e face

interna das coxas (fls. 553/557). O aditamento de fl. 675 aponta que as lesões foram causadas em até 48 (quarenta e oito) horas antes do exame, informação coincidente com a prisão dos acusados.

Há sérios indícios de violência contra V. O fato é grave, previsto como crime na Constituição Federal. A idoneidade dos depoimentos dos policiais que atuaram na investigação e na prisão está comprometida. Os vestígios de tortura fragilizam a prova e levam a crer que os agentes estatais posicionaram-se a favor da condenação. Retira a presunção de veracidade das alegações.

Sem embargo de as nulidades ocorridas durante o inquérito policial não contaminarem a ação penal, os relatos de V. e os que deles derivam não podem ser considerados fundamentos para condenação. O benefício da dúvida milita a favor dos acusados, em atenção aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, ampla defesa e da vedação à tortura.

Mas os elementos colhidos de fonte independente ou sem vínculo de causalidade com a prova maculada de ilegalidade são válidos, conforme art. 157, §§1º e 2º, do CPP. É o caso dos laudos técnicos, dos relatórios das interceptações telefônicas e dos depoimentos de S., que não foi submetido à violência (laudo de fls. 551/552).

Acolho parcialmente a preliminar para desconsiderar o depoimento de V. da S., colhido na delegacia, e das referências feitas pelas testemunhas policiais aos fatos narrados da mesma ocasião.

NULIDADE DO RECONHECIMENTO DE J.C. EM JUÍZO

J.C. alegou que o reconhecimento em audiência não seguiu as regras do processo.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade. Principalmente quando realizado em juízo, sob o crivo do contraditório e amparado em outras provas. As disposições do art. 226 do CPP caracterizam recomendação legal e não exigência.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

QUADRILHA

V. e S. foram presos em flagrante pela tentativa de furto a caixas eletrônicos do Banco do Brasil, agência da QS 3, Lote 21, Águas Claras/DF.

A prisão deu início à investigação dos crimes da mesma espécie. Nos relatórios policiais (fls. 119/231, 781/806 e 809) e nas interceptações telefônicas, verifica-se que os réus mantinham organização com a finalidade de praticar crimes. Faziam do delito meio de vida.

O grupo escolhia o estabelecimento com antecedência. No local, isolavam os sensores de presença com caixas de isopor ou de acrílico. Deslocavam o foco das câmeras de vigilância ou as pintavam com tinta spray.

O histórico de D.G. demonstra que ele atuava em furtos a caixas eletrônicos desde dezembro/2003, quando foi preso pela primeira vez. Outras prisões ocorreram posteriormente, em agosto/2005, agosto/2006. É suspeito de furtos na Asa Norte, em outubro de 2008, na Asa Sul, em novembro de 2008, Cruzeiro, em fevereiro de 2011, Maracás/BA, em julho de 2011, Núcleo Bandeirante, em setembro de 2011, Lago Norte, em outubro de 2011, na companhia de V. da S. e, ainda, roubo à agência do Banco do Brasil no SIA Trecho 2, em Brasília.

J.C.L.E.L. também tem histórico criminal em idênticos delitos. No ano de 2009, na operação "*Labirinto*", da Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos do DF, D., S. e V. figuraram como autores de furtos a caixas eletrônicos.

V. é apontado como responsável pelos furtos na agência do Banco do Brasil do Lago Norte e Banco Itaú do Núcleo Bandeirante.

S. iniciou a carreira criminoso em 2003, em Santa Catarina.

As comunicações demonstram a troca de informações sobre crimes praticados e andamento de processos. As informações foram confirmadas em juízo. As alegações dos réus não afastam a existência dos crimes.

Os relatos das interceptações telefônicas indicam que L., esposa de D., confirmou que o cônjuge andava na companhia de J.C. no ano de 2010. J.C. admitiu ter participado de um roubo naquela época. Há relatos de diversos crimes praticados por D.. J.C. denomina-se "*CHEFE*". Confessa exercer a função de "*olheiro*", para não aparecer nas filmagens dos bancos. Guardava a distância de 50 (cinquenta) metros

dos estabelecimentos. Os telefonemas também cuidam da divisão do produto dos furtos anteriores. J.C. afirma que mandou roupas e dinheiro para os réus presos (fls. 781/806 e 809).

O perfil utilizado por J.C. na rede social "Facebook" indica amizade com V. da S. Uma das fotografias encontradas no perfil de V. mostra-o em companhia de S.. O perfil utilizado por D. indica amizade com J.C. (fls. 801/804).

É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas. Basta a transcrição dos excertos necessários ao embasamento da acusação. Igualmente, despicienda a realização de perícia dos diálogos. A defesa é feita sobre fatos. Inexiste ofensa ao princípio do devido processo legal. Não há indícios de irregularidades. Precedentes do STF (HC 105527/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 13/5/2011). Os CD's estão à disposição dos apelantes para que os ouçam, se o caso.

Embora os réus neguem a estabilidade do grupo, a permanência é comprovada pelos vínculos mantidos.

V. e S. confessaram, sob o crivo do contraditório, a tentativa de furto. Vieram de Joinville/SC para Brasília, com a finalidade de furtar um único banco. V. confirmou que D. os acompanhara na viagem. S. afirmou terem furtado uma câmera de vídeo de outra agência bancária, para descobrir como desligá-las (fls. 835/836 e 837/838).

As impressões digitais de todos os recorrentes foram localizadas no estabelecimento bancário do Pistão Sul (laudos de fls. 747/752, 753/760, 761/768 e 769/779).

D. foi flagrado pelas imagens do banco onde a câmera fora furtada (fls. 99/100).

A ocorrência de dois crimes (a tentativa de furto aos caixas eletrônicos no Pistão Sul e o furto da câmera na agência do SIA) é suficiente para a caracterização do tipo do artigo 288 do CP. Desnecessária a produção de provas acerca do tempo da associação e da origem da idéia de praticar crimes. Basta o conluio e a finalidade de cometer delitos.

Mantenho a condenação.

FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO

S. e V. foram presos em flagrante quando deixavam o banco. Levavam consigo equipamentos e ferramentas hábeis para arrombar caixas eletrônicos, bem como uma chave mixa (auto de apresentação e apreensão de fls. 41/42 e laudo de exame de objetos de fls. 812/845).

Confessaram a autoria em juízo (fls. 835/836 e 837/838).

D. e J.C. também participaram da empreitada. As imagens captadas pelas câmeras de segurança do Banco do Brasil no Pistão Sul mostram S. e D., na parte posterior dos caixas eletrônicos, na manhã do dia dos fatos. Bloqueavam os sensores de presença e olhavam para as câmeras. Também mostram V. e S. ao entrarem no recinto, às 17h, para deixar mochilas (relatório fls. 80/118).

Ao saírem do local, deixaram para trás recipientes de acrílico, luvas, óleo de perfuração, sacos plásticos e outros materiais.

A perícia identificou as digitais de J.C. em uma tampa de acrílico recolhida na parede interina do corredor de abastecimento do banco vítima (fls. 748/752).

Os fragmentos papiloscópicos de D. foram encontrados em uma sacola verde, no piso do corredor de abastecimento e em uma tampa de acrílico localizada em frente ao terminal de autoatendimento (fls. 754/760).

As impressões dactilares de V. foram identificadas na face interna da porta de acesso aos caixas e em uma sacola plástica verde, recolhida no piso do corredor de abastecimento (fls. 762/768).

S. teve as digitais localizadas em duas tampas de acrílico, uma recolhida da parede interna do corredor de abastecimento, outra no piso do corredor interno dos caixas, também no gabarito de arrombamento encontrado no piso do corredor de abastecimento e na sacola plástica verde (fls. 770/779).

Como afirmado anteriormente, V. revelou, em juízo, que D. e S. o acompanharam na viagem que fizeram a Brasília (fls. 835/836).

Na fase inquisitorial, S. confessara ter J.C. prestado apoio logístico ao grupo. J.C. levou S. e V. ao local, em uma Saveiro, e permaneceu do lado externo (fls. 19/20).

As imagens de fls. 99/100 mostram D. e S. na agência bancária. O laudo de fls. 1.015/1.046 confirma que as gravações foram feitas no banco vítima.

O laudo de exame de local indica a preparação do ambiente para o furto. A porta de acesso à área de manutenção dos caixas eletrônicos foi aberta, os sensores de movimento isolados e houve as câmeras de segurança alteradas (folhas 1.280/1.317).

A negativa de J.C. e D. não encontra apoio no acervo probatório.

A alegação de V. e S., de que desistiram voluntariamente, também não tem apoio nos elementos de convicção.

A abertura dos cofres já havia sido iniciada. Foram retiradas as tampas traseiras de algumas máquinas. Houve demarcação de outras para novas perfurações. Soma-se o fato de terem deixado no local parte dos equipamentos utilizados. Tudo indica que saíram apressadamente.

S., na delegacia, narrou que V. recebera ligação de "C." para que deixassem o local, por suspeita da presença da polícia nas redondezas (fls. 19/20).

A desistência ocorre quando o agente começa a praticar os atos executórios do tipo mas voluntariamente deixa de consumá-lo. A tentativa, a seu turno, é a execução do conjunto de atos necessários para constituir o delito, mas que não produzem o resultado esperado por motivos alheios à vontade do criminoso. É a hipótese. Os apelantes não lograram êxito porque a polícia chegou.

Igualmente, não prospera a alegação de J.C. acerca da intenção de furtar o caixa inteiro e não o dinheiro do interior. Os elementos probatórios não se coadunam com a conduta de subtrair o maquinário inteiro. Furadeiras, óleos de perfuração, luvas, chaves mixa e gabaritos indicam que desejavam ter acesso ao interior dos equipamentos. Não foram encontradas no local macacos hidráulicos ou veículo capaz de transportar os caixas.

A tese defensiva de crime impossível, levantada por D., não merece acolhida. A ausência de perícia da importância existente nos caixas não retira a tipicidade da conduta. Primeiro, porque o local de armazenamento das cédulas não chegou a ser aberto. Segundo porque, conforme as imagens, havia, no mínimo, 7 (sete) caixas

eletrônicos. A agência do Pistão Sul de Taguatinga é de grande porte. Não é crível que não houvesse numerário no interior de alguma.

A impropriedade do objeto há de ser absoluta. Não é o caso. Havia outros bens passíveis de apropriação no estabelecimento, como sensores de presença e câmeras de segurança. Incabível a desclassificação para o crime de dano.

As qualificadoras foram demonstradas.

A utilização de furadeiras, lixas, pés de cabra e a violação de alguns caixas eletrônicos demonstram o início do rompimento do cofre (auto de apresentação e apreensão de fls. 41/42 e laudo de exame de objetos de fls. 812/845). A chave mixa apreendida foi utilizada para acessar a área interna dos maquinários (auto de apresentação e apreensão de fls. 41/42 e laudo de exame de objetos de fls. 812/845).

A participação efetiva dos 4 (quatro) recorrentes, com divisão de tarefas, configura o concurso de agentes. A localização de impressões digitais de todos os denunciados no local restrito, as imagens de D. e S. na agência, pela manhã, e V. e S., à noite, além da confissão de S. acerca da participação de J.C., caracteriza a união de esforços.

Mantenho a condenação.

DOSIMETRIA

V. e S.

A.1) QUADRILHA

A sanção foi estabilizada no mínimo legal. Nada a reparar.

A.2) FURTO TENTADO

A pena-base foi majorada em 4 (quatro) meses de reclusão. O Sentenciante reconheceu o uso de chave falsa e o concurso de agentes como circunstâncias do crime.

É pacífica a possibilidade de utilização das demais qualificadoras como moduladoras da reprimenda na primeira etapa de fixação. O acréscimo foi até módico. Mantenho a reprimenda inicial em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda etapa, presente a confissão. A redução em 2 (meses) é razoável.

Na terceira fase, constatada a tentativa, a pena foi reduzida pela metade. O *iter criminis* percorrido demonstra que os agentes quase alcançaram êxito. Isolaram os mecanismos de alarme e iniciaram as perfurações nos caixas. Nada a reparar.

Incabível a delação premiada. As confissões dos acusados não foram suficientes para identificação correta dos demais. Ao contrário. Em juízo, sustentaram que D. e J.C. não participaram do crime. Os requisitos do art. 13 da Lei 9807/1999 não foram atendidos.

Conservo as sanções em 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão para cada réu. A reprimenda pecuniária de 6 (seis) dias-multa, à razão mínima, é proporcional.

Presente o concurso material entre os crimes, as penas finais ficaram em 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa, no menor valor diário.

O regime é o aberto.

D.G.

B.1) QUADRILHA

A sanção foi estabilizada no mínimo legal. Nada a reparar.

B.2) FURTO QUALIFICADO

Com exceção da confissão, ausente no caso, valho-me dos mesmo argumentos acima e mantenho a pena corporal em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa, no menor valor diário.

O regime é o aberto.

J.C.

C.1) QUADRILHA

A pena-base foi mantida no mínimo legal.

Na segunda etapa, presente a reincidência (fls. 384). A defesa alega impossibilidade de utilização da condenação para fins do artigo 64, I, do CP. A certidão informa que o apelante foi condenado a 7 (sete) anos de reclusão. O trânsito em

julgado ocorreu em 20/9/2005. Mesmo que tivesse iniciado o cumprimento da sanção imediatamente, somente terminaria em 2012. O dispositivo legal impõe o transcurso de tempo superior a 5 (cinco) anos com início após cumprimento ou extinção da pena.

O incremento em 2 (dois) meses é moderado.

Não há causas de diminuição ou aumento.

Conservo a sanção em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

C.2) FURTO QUALIFICADO

A pena-base foi majorada em 4 (quatro) meses de reclusão. O Sentenciante deslocou o uso de chave falsa e o concurso de agentes para as circunstâncias do crime.

Pacífico o entendimento quanto à possibilidade de utilização das demais qualificadoras como moduladoras da reprimenda na primeira etapa de fixação.

Mantenho a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda etapa, sem atenuantes. Constatada a reincidência (fls. 384), a elevação em 2 (dois) meses foi razoável.

Na terceira fase, a pena foi reduzida em metade pela tentativa. O *iter criminis* demonstra que os agentes quase alcançaram êxito. Reporto-me aos argumentos anteriores. Nada a reparar.

Conservo a sanção em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão. A pena pecuniária de 8 (oito) dias-multa, à razão mínima, é proporcional.

O concurso material entre os crimes leva à pena final de 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, mais 8 (oito) dias-multa, no menor valor diário.

A reincidência impõe o regime semiaberto (art. 33, §2º, "b", do CP).

A substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos encontra óbice na recalitrância. As circunstâncias indicam que a medida não é socialmente recomendável.

As providências para apurar a autoria do crime de tortura já foram ordenadas (fls. 1.175/1.176 e 1.190).

Acolho parcialmente a preliminar de nulidade da prova obtida mediante tortura (“d”).

Nego provimento aos recursos.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Com a eminente Revisora.

DECISÃO

Desprover. Maioria. Redigirá o acórdão a Revisora.

APELAÇÃO CRIMINAL

2012091010345-6

Relator – Des. Silvanio Barbosa dos Santos

Segunda Turma Criminal

EMENTA

Apelação criminal. Estupro. Preliminar. Nulidade. Suspensão do processo até a realização do exame de DNA no filho da vítima. Preclusão. Irrelevância. Autoria comprovada por outros meios. Concepção anterior ao delito. Absolvição. Insuficiência probatória. *In dubio pro reo*. Palavra da vítima. Confirmação da autoria pelas testemunhas. Laudo de exame de corpo de delito. Ausência de vestígios. Erro de tipo. Idade da vítima. Laudo pericial que atesta características compatíveis com a idade. Ausência de prova em sentido contrário. Dosimetria da pena. Análise desfavorável das circunstâncias judiciais. Regime prisional. Quantidade de pena. Regime fechado. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido.

1. Não há falar em nulidade processual pela não suspensão do feito até a realização do exame de DNA no filho da vítima, quando a prova não foi requerida tempestivamente pela defesa, operando-se a preclusão, e, ainda, quando a prova não alteraria o resultado do julgamento, o qual se encontra fartamente comprovado pelas demais provas produzidas.

2. A palavra da vítima possui grande relevância como meio de prova nos crimes contra os costumes e, no caso, foi corroborada pelos depoimentos das testemunhas que estavam presentes no local do fato, além de testemunha que ouviu relatos do ocorrido e da testemunha, dona da casa onde ocorreu o estupro, que confirmou que o colchão, com marcas de sangue, havia sido virado, o móvel da sala (usado pelo criminoso para travar a porta do quarto) estava no quarto e havia pacotes de preservativos sob a cama.

3. Embora o Laudo de Exame de Corpo de Delito realizado na vítima não tenha constatado sinais de conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso, nos crimes contra a liberdade sexual a materialidade pode ser provada de variadas

maneiras, não somente pela prova técnica, até porque, não raramente, essas agressões podem não deixar vestígios, como na espécie. 3.1. A ausência de vestígios é condizente com a alegação da vítima e das testemunhas de que o réu utilizou preservativo durante o ato sexual.

4. O fato de a vítima e testemunhas presenciais do delito terem consumido álcool no dia do fato não retira a credibilidade de seus dizeres, pois são congruentes entre si, de modo que se pode perceber que o teor alcoólico não prejudicou a percepção da realidade por eles.

5. Para o acolhimento da tese de erro de tipo e desconsiderar a proteção legal à vítima menor de 14 anos, deveria haver prova farta de que o recorrente realmente supunha que ela tivesse idade superior, o que não se verifica "*in casu*", em especial porque a perícia atestou que possuía características compatíveis com a sua idade e nenhuma outra prova foi produzida para afastar essa consideração constante do laudo.

6. O réu foi condenado também como incurso no artigo 217-A, §1º, do Código Penal, o qual tipifica como criminosa a conduta de praticar conjunção carnal com pessoa que, por qualquer causa, não pode oferecer resistência. As provas evidenciaram que a vítima encontrava-se embriagada, não tendo condições de afastar o réu sequer nos momentos de lucidez que tinha durante o ato sexual. Portanto, ainda que o réu desconhecesse a idade da menor, e mais, ainda que a vítima não fosse menor de 14 anos, o delito estaria consumado.

7. A análise desfavorável, na primeira fase da dosimetria, das circunstâncias e das consequências do delito, com base em fatos que demonstram excesso em relação à conduta tipificada, justifica a fixação da pena-base em 9 (nove) anos de reclusão, patamar de elevação adequado, em especial se considerado que a pena-base do crime de estupro de vulnerável é de 8 (oito) anos.

8. Inviável a alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda, em virtude da quantidade de pena aplicada, consoante a alínea "a" do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal.

9. Preliminar rejeitada e, no mérito, desprovido o recurso.

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. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

Pela respeitável sentença de fls. 203-213, cujo relatório se adota como complemento, proferida pela ilustre autoridade judiciária da 1ª Vara Criminal de Samambaia/DF, E. da S.F. foi condenado como incurso no artigo 217-A, “*caput*” e parágrafo 1º, do Código Penal (estupro de vulnerável), à pena de 08 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Consta dos autos que, entre os dias 16 e 17 de julho de 2011, nas dependências da residência localizada na QR XXX, conjunto XX, casa XX, Samambaia/DF, o recorrente teve conjunção carnal com a adolescente L.F. de A., que possuía 13 (treze) anos à época. Segundo apurado, ele estava em uma festa acompanhado de três amigos – W.C.M.A., R.V.L. e R.D.S.M. – e, ao final do evento, chamou a vítima para participar de um jogo no qual o perdedor deveria tomar uma dose de cachaça. Após embriagá-la, levou-a até um dos quartos da casa, onde praticou o crime.

A Defesa apelou (fl. 219) e, nas razões apresentadas às fls. 220-224, requereu, em suma:

a – preliminarmente, a declaração de nulidade da sentença, sob o argumento de que o julgamento deveria ter sido sobrestado até a realização de exame de DNA no filho da vítima, pois o resultado do teste poderia provar que uma das testemunhas que estavam presentes no local seria o verdadeiro autor do delito;

b – a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, por insuficiência probatória;

c – alternativamente, a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, porque a conduta do réu estaria acobertada pela figura do erro de tipo, já que acreditava que a vítima possuía 16 (dezesesseis) anos de idade;

d – ultrapassadas as teses absolutórias, a redução da pena imposta; e

e – a alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda para o semiaberto.

A Acusação deixou de apresentar contrarrazões, ao argumento de que, ante os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, o parecer a ser apresentado pela Procuradoria de Justiça seria suficiente ao exercício do contraditório (fl. 228).

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça apresentou parecer pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 235-241).

É o relatório.

VOTOS

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Relator) – Conheço do recurso.

PRELIMINAR – SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO ATÉ A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA NO FILHO DA VÍTIMA

A douta Defesa arguiu a nulidade da decisão, sob a alegação de que o julgamento deveria ter sido sobrestado até a realização de teste de DNA no filho da vítima.

Argumentou que o exame de paternidade poderia ter resultado positivo em relação a algum dos rapazes que também estavam na residência na qual o fato ocorreu, o que afastaria a tese de que o recorrente é o autor do delito.

Não assiste razão à Defesa.

Na portaria de instauração de inquérito policial (fls. 05-07), o Delegado subscritor requisitou a realização de exame de DNA no filho da vítima, mas registrou que a diligência seria tomada para verificar se algum dos outros envolvidos também a teria estuprado. Em relação ao acusado, porém, consignou que já havia indícios suficientes de sua autoria. Confira-se:

Importante consignar que a vítima está grávida, devendo como medida de cautela ser realizado ECD (DNA) com o material genético fornecido por E. da S. F., R.D.S.M., W.C.M.A. e R.V.L., todos qualificados no relatório informativo, uma vez que não podem ser descartadas suas participações no crime sob investigação. Embora haja notícia ainda que informal fornecida pela genitora da vítima, a Sra. E. B. de A., que acredita que tal gravidez seja decorrente de ato sexual anterior ao evento sob investigação.

Entretanto, existe nos autos prova robusta no sentido de imputar a conduta ao menos em relação a E.. (fl. 06)

Com efeito, de acordo com as declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas, a menor participou de um jogo, juntamente com o recorrente, e os amigos dele: W.C.M.A., R.V.L. e R.D.S.M., no qual o perdedor deveria tomar uma dose de cachaça. Embriagada, ela foi levada pelo apelante para um dos quartos da casa na qual estavam e foi por ele estuprada.

Tendo em vista que outros rapazes também participaram da brincadeira, a autoridade policial não descartou a possibilidade de que algum deles também tivesse abusado sexualmente da menor, não obstante a fragilidade de indícios nesse sentido, razão pela qual determinou a realização do teste de DNA.

Ainda durante a fase inquisitória, houve dificuldade para localizar a menor e a sua representante legal, as quais se mudaram sem deixar endereço, conforme certidão de fl. 96, motivo pelo qual o Delegado condutor das investigações requereu prazo adicional para a conclusão do inquérito policial (fl. 96). O pedido foi acolhido e, na ocasião, o magistrado aproveitou para indagar se o exame de paternidade já havia sido realizado e, em caso de resposta negativa, determinar que a autoridade policial tomasse as providências cabíveis e informasse o juízo (fl. 99).

Findo o prazo, a autoridade policial solicitou mais 60 (sessenta) dias para concluir os trabalhos (fl. 107). O Ministério Público, porém, requereu o recebimento imediato da denúncia, por entender suficientes os elementos de convicção que já constavam dos autos (fl. 110-v), ainda que sem a nova oitiva programada da vítima e sem levar a efeito a referida prova pericial.

O requerimento da Acusação foi deferido e a Defesa, por sua vez, não formulou pedido de realização do teste de paternidade, mas apenas no recurso de apelação é que alegou que seria necessário.

Dessa maneira, se a Defesa entendia necessária a realização do exame de DNA antes do julgamento da demanda, deveria ter requerido a produção da prova no momento processual oportuno, ou seja, durante a instrução processual, sob pena de preclusão – o que, de fato, ocorreu.

Ainda que a matéria não estivesse preclusa, esclareça-se que o resultado do exame não afastaria a autoria do delito, como alegado nas razões recursais.

Com efeito, mesmo se o pai da criança fosse outro dos rapazes presentes na casa na qual ocorreu o fato, o resultado do exame não afastaria necessariamente a tese da Acusação, pois seria possível que o recorrente também tivesse mantido relações sexuais com a vítima naquele dia, sem que desse ato resultasse a fecundação do óvulo dela pelo seu espermatozoide.

Por outro lado, cumpre observar que são remotas as possibilidades de que a menor tenha engravidado como consequência do ato criminoso contra ela praticado.

Isto porque, embora inicialmente ela tenha afirmado para a autoridade policial que a sua gravidez resultara do estupro (fl. 33), ao ser reinquirida, disse acreditar que a fecundação ocorrera anteriormente (fl. 35). Nas duas oportunidades em que prestou declarações na Delegacia, a vítima também revelou que não era mais virgem no dia do fato (fls. 33 e 36), o que confirma a informação constante do laudo de exame de corpo de delito (atos libidinosos) realizado no dia seguinte ao crime e que registrou “rotura himenal antiga completa” (fl. 79).

Destaque-se, ainda, que o laudo de exame de DNA realizado sobre o material colhido da cavidade vaginal da vítima concluiu que não foi detectada a presença de fragmentos genéticos de origem masculina (fls. 88-91).

A ausência de material genético masculino corrobora a versão apresentada pela adolescente perante a autoridade policial, no sentido de que o ato sexual foi cometido com uso de proteção contraceptiva, pois ela disse que viu o recorrente mostrar um preservativo para os demais rapazes que estavam na residência na qual ocorreu o fato (fl. 35).

Em juízo, por sua vez, ao prestar declarações por meio de videoconferência, a menor relatou que foi informada que “havia sangue na cama e camisinhas no local” (fl. 145).

Assim, seja devido à remota probabilidade de que a gravidez da vítima tenha decorrido daquele ato sexual criminoso, ou ainda porque o resultado do exame não afastaria necessariamente a autoria por parte do recorrente, bem como diante da preclusão da matéria, não há razão para se declarar a nulidade da sentença e suspender o julgamento até a realização do exame de DNA no filho da vítima.

Em face do exposto, rejeito a preliminar.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA

A Defesa requereu a absolvição, sob o argumento de insuficiência probatória, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Nas razões de apelação, argumentou que as provas às quais o magistrado sentenciante fez referência como reveladoras da materialidade e da autoria do delito são de produção obrigatória no decorrer da instrução processual, de maneira que, por si sós, não são suficientes para ensejar uma condenação.

Destacou que o recorrente negou em juízo a autoria do crime que lhe foi imputado e que as testemunhas que estavam na residência na qual ocorreu o fato não presenciaram o ato sexual, mas apenas apresentaram suposições sobre o que acreditavam ter acontecido. Também salientou que essas testemunhas, assim como a própria vítima, estavam embriagadas, circunstância que retira a credibilidade das informações que prestaram.

Argumentou que o acusado esclareceu em juízo que é possível que as testemunhas W.C.M.A., R.V.L. e R.D.S.M. tenham lhe atribuído a autoria do delito por

serem amigos entre si, especialmente porque W. e a vítima estariam namorando atualmente.

Acrescentou que o depoimento da testemunha A.K.V.L. não deve ser considerado, porque sequer estava presente no local no momento do delito, de modo que apenas reproduziu em juízo o que a vítima lhe teria relatado.

Também salientou que as versões apresentadas pelas testemunhas são contraditórias.

No que diz respeito às alegadas contradições, apontou que R.D.S.M. afirmou que a vítima estava tão alcoolizada que não conseguia se movimentar e que o recorrente teve que levá-la no colo para o quarto, ao passo que R.V.L. informou que os dois foram caminhando até o aposento.

Acrescentou que R.D.S.M. disse que havia participado de um jogo no qual o perdedor deveria ingerir álcool, mas, ao final do depoimento, negou que tenha tomado parte da brincadeira.

Também argumentou que W. informou que havia uma brecha na janela do quarto por meio da qual era possível ver o recorrente praticando o ato sexual com a vítima, enquanto os demais disseram que não era possível ver nada além de um vulto.

Destacou que nenhuma das testemunhas ouvidas em juízo confirmou as agressões verbais que a vítima disse que o recorrente teria proferido contra ela.

Alegou que o laudo de exame de corpo de delito de fls. 78-82, por sua vez, esclareceu que a genitália da vítima apresentava rotura himenal antiga. Salientou que a própria vítima, ao prestar declarações na Delegacia, afirmou que já havia mantido relações sexuais anteriormente com outros parceiros, de modo que a rotura himenal atestada no referido laudo não pode ser atribuída ao apelante.

Acrescentou que a ofendida admitiu que estava embriagada, de tal forma que sequer conseguia manifestar capacidade de reação e, dessa maneira, é possível que estivesse em estado de estupor, que causa debilidade de consciência, como considerou o Juiz sentenciante.

Não obstante o notável esforço argumentativo da Defesa, a tese de insuficiência probatória não logra prosperar, tendo em vista que as provas constantes dos autos atestam de maneira farta e inequívoca a autoria do delito.

A vítima narrou na Delegacia que, na noite do fato, foi a uma festa e, ao final do evento, seguiu para a casa de RI, na companhia do recorrente, de W. e de R. No local, participou com os presentes de uma brincadeira, na qual o perdedor deveria beber uma dose de cachaça. Relatou que, após beber algumas doses, perdeu a consciência e, no momento em que acordou, estava deitada em uma cama com o apelante, que praticava sexo com ela, mas, devido ao grau de embriaguez, não conseguiu reagir. Posteriormente, acordou no banheiro, com R.D.S.M. e o recorrente jogando água na sua face, foi levada para fora de casa e deitada na calçada em frente à residência da testemunha G., já ao raiar o dia, vindo a acordar no meio da manhã. Confira-se o seu relato na fase inquisitória:

*QUE nesta festa encontrou-se com C., M., P., R., D. e F.; QUE durante esta festa, houve uma briga, motivo pelo qual a mesma foi encerrada; QUE de lá, a declarante, G. e outra menina que não se recorda o nome, D., P. (W.), F. e R. se dirigiram para a casa deste, pois este estava sozinho na residência; **QUE na casa de R. começaram a jogar palitinho e quem perdia tinha que beber uma dose de bebida alcoólica de cor branca, acreditando ser YPIOCA**; QUE a declarante bebeu duas doses e já começou a passar mal; QUE as outras meninas foram embora e a declarante permaneceu na casa, na companhia dos outros rapazes; QUE enquanto jogavam palitinho, D. ficava falando que se a declarante perdesse, teria que tirar a roupa; **QUE a declarante desfaleceu e acordou no quarto deitada na cama, com D. sobre ela, a qual estava sem calcinha e com a saia levantada, enquanto D. estava com camisa e sem a bermuda mantendo relação sexual com a declarante, e não conseguia falar nada ou esboçar qualquer reação diante da sua embriaguez**; QUE a declarante tinha alguns momentos de lucidez e sempre via D. sobre a declarante mantendo relação sexual com ela; QUE posteriormente acordou no banheiro com R. e D. jogando água em sua face para ela acordar; **QUE em seguida D. e R. deixaram a declarante deitada sobre a calçada em frente a casa de G.**; QUE enquanto D. e R. tentavam reanimá-la, P. e F. não estavam mais na residência; QUE a declarante foi deixada na calçada no amanhecer do dia e foi acordar no meio da manhã; QUE uma mulher que a declarante não sabe quem é colocou um pano sobre a declarante; QUE a declarante estava somente com a blusa e a saia sem calcinha; QUE quando conseguiu se levantar, foi para a casa de um amigo chamado L., morador da QR XXX, ficando lá até no dia seguinte; QUE da*

casa de L. retornou para a casa de C. e esta ligou para a sua mãe ir buscá-la; QUE após os fatos em comento já se encontrou com D. pela rua, mas ele não olha para a declarante; QUE diante desses fatos, engravidou e está com cinco meses de gravidez, ou seja, 20 semanas; QUE a declarante não era mais virgem no dia dos fatos. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. (fls. 31-33 – grifos nossos)

Ao ser reinquirida pela autoridade policial (fls. 34-36), ela confirmou que participou de uma brincadeira, ingeriu álcool, desfaleceu e, embora não conseguisse exprimir qualquer reação devido ao grau de embriaguez, acordou num quarto da casa, enquanto o apelante mantinha relação sexual com ela. Também reiterou que jogaram água no seu rosto para que acordasse e que foi deixada do lado de fora da casa, na calçada. Divergiu apenas quanto à origem da gravidez, pois na primeira oitiva afirmou que teria decorrido do estupro, ao passo que na segunda afirmou que seria proveniente de relação anterior. No entanto, em ambas as oportunidades revelou que não era mais virgem à data do crime.

Em videoconferência realizada em juízo, para a profissional especializada do Serviço de Atendimento à Família em Situação de Violência (SERAV) desta Corte, a vítima, novamente, confirmou que foi estuprada pelo recorrente. De se destacar que narrou o fato da mesma forma como na fase inquisitorial. Confira-se:

*(...) que vim aqui pra falar do que aconteceu no dia em que fui violentada; que estava na casa da C. quando fui chamado para ir a uma festa junina; que me arrumei e coloquei uma saia, com um short por baixo, e uma blusa preta e fui com ela e com o irmão dela e uma amiga dela; que C. ficou na casa do namorado dela, de apelido "D."; que eu, F. e E. (primo de C.) descemos para a festa; que a festa acabou meia-noite; que fui chamada para ir a uma festa bem ali, e quando cheguei lá, já tinha o pessoal bebendo; que eu tinha bebido uma birnigh, mas não havia ficado bêbada, pois havia bebido devagarinho; que fiquei lá na festa e o "D." já começou a vir atrás de mim, me xingando de "macaca"; que eu falei isso pro L., que o "D." estava me xingando; que pra onde eu ia, ele (D.) ia atrás de mim; que a mãe do dono da casa mandou todo mundo ir embora; que então eu e mais umas meninas fomos para a casa de um menino; **que ficou só eu, D., R., P. e outro menino cujo nome esqueci; que eles falaram vamos brincar de palitinho, e eu falei vamos, mas não sabia como***

era; que explicaram que quem perdesse teria que beber uma dose da pinga Ypioca; que achou que não fosse perder, mas perdeu e teve que beber pinga, sendo que na última dose já desmaiei e quando dei por mim, estava deitada na cama, D. estava por cima de mim e alguém batia na porta ou na janela, dizendo "sai daí, é minha vez"; que tentaram acordar jogando água na minha cara e D. bateu em mim; que o dono da casa disse que a mãe dele iria chegar, de forma que me jogaram na calçada; que ao acordar, fui para casa de L. e fiquei vomitando, vindo a melhorar só na terça-feira; que fui pra casa de C. e lá chegou a história de que "A L. foi estuprada"; que eu comecei a chorar porque estava doendo, bem como soube que havia sangue na cama e camisinhas no local; que fiquei com raiva porque o menino me bateu; que chamaram a mãe da declarante, porque estava sumida desde domingo, passou em casa para trocar de roupa, foi para a delegacia e encaminhada para o IML, onde tomou uns remédios e umas injeções (um coquetel); que em casa tomou remédios para "tirar o neném", mas não fez efeito, porque já havia passado mais de 72 horas; que sabia que estava grávida e fiquei com medo de falar pra minha mãe, de modo que fugi de casa". Às perguntas feitas pela Psicóloga, respondeu: "que birinight é uma bebida de limão que tem álcool, mas não muito álcool; que estava na festa junina quando tomei birinight, mas era 'bem pouquinho'; que eu não fiquei bêbada, estava bem consciente; que quando estava na cama e abri os olhos, vi o D. em cima de mim, esclarecendo que ele estava "fazendo coisa comigo e me batia"; que me jogaram no meio da rua; que o P. falou "deixa ela aí que nós leva ela lá em cima"; que eu nem falava muito com D., falava mais com os outros; que depois da festa junina nós fomos para casa de R. e, no quarto da mãe dele, eles trancaram a porta, botaram o guarda-roupa e fecharam a janela e me botaram em cima da cama e fizeram isso comigo". Às perguntas feitas pelo Ministério Público e repassadas pela Psicóloga à vítima, respondeu: "que existe um D. que namorava minha amiga e o nome dele é F., mas o D. que fez coisa comigo é o E.; que tinha 12 anos na época; que na casa de R., no quarto, eu estava com roupa, mas tiraram a parte do baixo, qual seja, o short e minha calcinha; que 'fazendo coisa' significa que ele tava enfiando o negócio dele dentro de mim, e eu tava sentindo porque tava doendo; que nesse momento eu tava só conseguindo ver, mas não tava conseguindo

reagir, tava mole, tipo quando se leva injeção que paralisa o corpo, estava vendo, mas não conseguia falar nem me mexer; que não sei quem trancou a porta, porque não vi na hora; que sei que adormeci na cadeira e acordei dentro do quarto; que não sei quem me levou para o quarto è só sei que eu via ele (D.) em cima de mim. Às perguntas feitas pela Defesa e repassadas pela Psicóloga à vítima, respondeu: "que nenhum dos outros rapazes se parecia com o D.; que não me lembro de ter visto outro rapaz em cima de mim, que só tinha D. dentro do quarto. (fls. 145-146 – grifos nossos)

De se destacar que a palavra da vítima possui grande relevância como meio de prova nos crimes contra os costumes, como reconhece a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA.

1. Os delitos contra os costumes, pela própria natureza, em regra, são praticados sem a presença de testemunhas, razão pela qual a declaração da vítima assume extrema importância, sobretudo se corroborada por outros elementos de prova.

2. A alegada inocência do Agravante, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via do recurso especial ante o disposto no Enunciado Sumular 7/STJ.

3. A Terceira Seção desta Eg. Corte, ao apreciar o REsp. n. 1.110.520/DF, admitido como representativo de controvérsia, firmou orientação no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que praticados na sua forma simples e antes da edição da Lei 12.015/2009, são hediondos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1177693/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/06/2013) (Grifos nossos)

No caso dos autos, a palavra da vítima também é corroborada pelos depoimentos das testemunhas que estavam presentes no local do fato.

Com efeito, todas as testemunhas confirmaram que o recorrente estuprou a menor.

A testemunha W., o qual estava na casa na qual ocorreu o fato, em juízo, afirmou que o apelante levou a vítima, embriagada, para um quarto e que viu, por uma brecha da janela, apesar de estar escuro, a silhueta do acusado em cima dela, na cama, realizando movimentos os quais sugeriam que estavam mantendo relações sexuais. Ademais, disse que viu o recorrente com um pacote de preservativos. Confira-se o seu depoimento:

(...) que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que confirma suas declarações prestadas na delegacia, reconhecendo sua assinatura às fls. 46; que é amigo do acusado aqui presente; que estava em uma festa na quadra 325, juntamente com R., R., E., A.K., L. e "um monte de gente"; que todos estavam bebendo na festa, inclusive L.; que a festa acabou e resolveram seguir para casa, mas no caminho decidiram continuar bebendo e o declarante, E., R. e L. foram para a casa de R., onde começaram a jogar "palitinho", jogo no qual quem perdesse teria que beber uma dose de "pinga", esclarecendo que L. já estava embriagada desde a festa anterior; que em determinado momento o acusado levou L. para o quarto, tendo o depoente e R. entrado no quarto logo em seguida, pensando que o acusado estava "de brincadeira", mas ele retirou R. e o depoente do quarto, fechou e trancou a porta; que então o declarante e R. foram olhar pela brecha da janela, sendo que viram "só a sombra" do acusado em cima de L., "tipo se mexendo para o lado e para frente", sempre em cima de L.; que ficou tarde e o depoente foi embora, ficando na casa R., E. e L., sabendo posteriormente, por R., que E. tinha tido relações sexuais com L. e batido nela; que não conversou com L. nem com E. sobre os fatos posteriormente; que indagado sobre o teor de suas declarações prestadas na DP, confirma que em certo momento o acusado E., vulgo "D.", saiu e retornou com um pacote de preservativos, levando L. para o quarto; que conhecia L. há cerca de um ano. (fl. 174 – grifos nossos)

Por sua vez, a testemunha R.D.S.M., que mora com a família na casa na qual ocorreu o fato, prestou depoimento no mesmo sentido. Com efeito, confirmou que a vítima foi levada, embriagada, para um quarto e que viu por uma abertura da janela o recorrente na cama com ela. Acrescentou que, após W. ir embora, o apelante saiu do quarto, momento no qual viu que a menor estava nua e desacordada. Também

disse que ele e o réu tentaram reanimá-la, batendo no seu rosto com um chinelo e colocando-a debaixo do chuveiro, mas ela não acordou e, então, pediu que o réu fosse embora e a levasse, o que foi atendido, vindo a saber posteriormente que ele a teria deixado na calçada, ainda desmaiada. Ademais, informou que sua mãe encontrou um preservativo usado no quarto, no dia seguinte. “*In verbis*”:

(...) se recorda dos fatos narrados na denúncia; que confirma suas declarações prestadas na delegacia, reconhecendo sua assinatura às fls. 58/60; que no dia dos fatos o declarante foi a uma festa com amigos; que quando a festa acabou, o declarante convidou os amigos para irem até sua casa, beberem mais alguma coisa, de forma que se dirigiram para lá o acusado, o declarante, R., L., A.K. e W.; que quando chegaram perto da casa do declarante, A.K. e “G.” desistiram de entrar e convidou L. para ir embora, mas L. resolveu permanecer; que no local jogaram “palitinho” e L. ingeriu muita bebida alcoólica, ficando “ilúcida”, ou seja, “não conseguia ter nenhuma reação”, nem falava e estava com os olhos fechados, sem conseguir se mexer; que o acusado levou L. para cima da cama, em um quarto, momento em que os demais tentaram “entrar no meio”, acreditando que ele estava brincando, mas ele tirou os demais do quarto e fechou a porta, prendendo-a com alguma coisa, pois a porta não tinha tranca; que olharam pelo vão da janela, pelo lado de fora, e só viram uma sombra do acusado deitado em cima de L.; que depois de meia hora, W. foi embora; que cerca de 15 minutos depois, a irmã de R. veio chamar ele, e ele também foi embora; que depois de 20 minutos, “D.” abriu a porta e o depoente viu que L. estava completamente nua, mas o acusado “D.” já estava vestido; que havia uma mancha de sangue na cama; que o declarante tentou reanimar L., balançando-a, mas não adiantou, de forma que a levou para o banheiro e deu um banho nela, mas “não adiantou”, razão pela qual o depoente disse para “D.” ir embora e levar L., o que foi feito, tendo o depoente fechado o portão e não mais visto o que aconteceu em seguida; que conversou com L. posteriormente, e ela disse que o acusado estava por cima dela e que “era a única coisa que ela via”; que indagado sobre o teor de suas declarações prestadas na DP, confirma que “D.” agrediu L. com chineladas no rosto, no momento em que ela ainda estava desacordada, mas ele não disse por que a agrediu; que depois dos fatos não soube o que “D.” teria feito com L., mas, segundo outras pessoas,

soube que “D.” teria deixado L. na calçada, só de saia e blusa, sem calcinha, ainda desmaiada; que não conversou com o acusado sobre os fatos posteriormente. Às perguntas feitas diretamente pela Defesa, respondeu: que não sabe precisar o tempo que E. e L. ficaram no quarto, sendo que eles foram embora por volta de 4h a 5h da manhã; que E. deu as chineladas antes do declarante ter levado L. para o banheiro, ainda desacordada, no momento em que só estavam o depoente, E. e L. na casa; que o depoente não ingeriu bebida alcoólica nesse dia, pois iria trabalhar no outro dia; que o depoente sequer jogou “palitinho”. Às perguntas do MM. Juiz, respondeu: **que no dia seguinte sua mãe achou uma camisinha usada no quarto e a jogou fora; que L. disse que “não dava conta de reagir porque estava muito bêbada”**. (fls. 176-177 – grifos nossos)

A testemunha R.V.L. narrou os fatos com menos detalhes, mas não em sentido contrário aos depoimentos dos demais, pois confirmou que o apelante levou a menor para um quarto e acrescentou que “não conseguiram ver do lado de dentro, pois a luz estava desligada” (fl. 179). Segue o inteiro teor:

que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que confirma suas declarações prestadas na DP, reconhecendo sua assinatura às fls. 53/54; que estava em uma festa, onde E. disse que “não ia pegar” L., mas ele acabou “ficando” com ela; que depois da festa, o declarante, R., W., L. e E. foram para a casa de R., onde ficaram bebendo; que L. passava as mãos na perna de “D.”, acreditando que ela já tinha bebido na outra festa, sabendo que ela bebeu na casa de R.; que “D.” e L. foram andando juntos para dentro do quarto, “um segurando a mão do outro”, para onde também se dirigiram o depoente e W., para ver o que eles iriam fazer, mas “D. botou nós pra fora” e trancou a porta, desligando a luz, de forma que não conseguiram ver o que aconteceu lá dentro; que sua mãe lhe chamou e o depoente foi embora, sabendo por intermédio de R., no dia seguinte, que “D.” e R. brigaram, porque “D.” não queria levar a “menina” embora. Às perguntas feitas diretamente pela Defesa, respondeu: que “quando E. fechou a porta do quarto, L. estava sentada, passando a mão no olho; que pela janela não conseguiram ver direito do lado de dentro, pois a luz estava desligada; que antes dos fatos não houve atrito anterior entre R. e “D.”, mas mais recentemente sim, pois “D.” estaria bêbado;

que hoje em dia eles estão “de boa”. Às perguntas do MM. Juiz, respondeu: que não viu camisinha no dia dos fatos. Nada mais. (fl. 179 – grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que as versões apresentadas não são contraditórias, como alegou a douta Defesa. Ao contrário, todas as testemunhas presentes no local do fato prestaram depoimento no sentido de que a vítima participou de um jogo e, embriagada, foi levada até um quarto da casa pelo recorrente.

Com efeito, W. e L. disseram que a luz estava apagada, mas era possível ver, por uma fresta da janela, o apelante na cama com a menor, fazendo movimentos sugestivos de que com ela praticava sexo. Por sua vez, R.V.L. afirmou que não conseguiu ver direito o que ocorria dentro do recinto, devido à ausência de iluminação. Assim, essa última testemunha confirmou, embora parcialmente, as informações prestadas pelas duas primeiras, de modo que não há contradição entre as narrativas por elas expostas.

Cumprе esclarecer também que apenas R.V.L. afirmou que a vítima foi caminhando para o quarto. As outras duas testemunhas disseram que o acusado a levou para o quarto, sem especificar a forma como isso ocorreu, de maneira que não há a contrariedade apontada nas razões recursais, pois nenhum deles disse expressamente que a menor foi carregada no colo.

O fato de a vítima e os rapazes que prestaram depoimento terem consumido álcool no dia dos fatos, portanto, não retira a credibilidade das informações que prestaram, pois são congruentes entre si, de modo que se pode perceber que o teor alcoólico não prejudicou a percepção da realidade por elas. Aliás, cumpre salientar que R.D.S.M. afirmou que não participou da brincadeira e nem ingeriu bebida alcoólica, pois trabalharia no dia seguinte. Dessa maneira, não se deve considerar que ele entrou em contradição ao afirmar inicialmente “no local jogaram palitinho”, mas sim que, ao fazer essa afirmação, referiu-se ao apelante, à vítima e às testemunhas R.V.L. e W.

Há de se destacar também que o fato de a vítima ter afirmado que o apelante proferiu agressões verbais contra ela e nenhuma das testemunhas ter confirmado essa informação não representa incoerência, como alegou a douta Defesa, pois, na verdade, elas não se manifestaram sobre o assunto, de modo que não confirmaram e nem negaram os xingamentos.

Saliente-se também que em uma única oportunidade, ao ser reinquirida na Delegacia, a menor detalhou que o apelante disse “acorda sua nega desgraçada” (fl. 35), enquanto tentava reanimá-la no banheiro, após o coito e, nesse momento, somente R.D.S.M. estava com eles na residência, de maneira que apenas ele poderia prestar essa informação. Por outro lado, a testemunha confirmou que, nesse momento, o recorrente agrediu a vítima fisicamente, com chineladas, tal como a ofendida afirmou que ocorreu, o que reforça a credibilidade da versão.

Apesar de a Defesa ter afirmado que é possível que as testemunhas tenham imputado a autoria do delito ao apelante porque elas manteriam relação de amizade entre si, deve-se destacar que W. afirmou em juízo que “é amigo do acusado” (fl. 174). Ademais, a alegação de que W. e a vítima estariam namorando não foi confirmada nos autos.

Acrescente-se que a mãe de R.D.S.M., Sra. M.J.S.S., relatou para a autoridade policial que, ao chegar em sua casa do trabalho, encontrou bebidas alcoólicas, um móvel atrás da porta do quarto e embalagens abertas de preservativo embaixo da cama. Confira-se:

*(...) no dia dos fatos em comento estava trabalhando e chegou em casa no dia seguinte por volta das 09h00 e enquanto caminhava pela rua **achou estranho o fato de ter uma calcinha e um shortinho na calçada de sua antiga residência; QUE ao chegar em casa, encontrou os móveis fora do lugar e garrafas de Ypioca e algumas latinhas de cerveja** e ao indagar ao seu filho R. o que teria acontecido ali, o mesmo respondeu que teria feito uma festa com os seus amigos; **QUE no quarto percebeu que o rack da sala estava atrás da porta, bem como encontrou embalagens de preservativos abertas embaixo da cama e também notou que o colchão estava virado e a parte de baixo apresentava gotículas de sangue; QUE a declarante não possui mais tal colchão, pois à época estava se separando de seu marido e doou alguns objetos domésticos; QUE novamente indagou o seu filho o que teria acontecido naquele local e o mesmo continuou afirmando que ele dera uma festa, pois ele e os amigos queriam dançar; QUE no final da tarde foi à casa de uma amiga e esta começou a falar que teria acontecido um estupro naquela quadra e somente neste instante tomou conhecimento do que realmente teria acontecido em sua casa; QUE diante desses fatos foi até a casa de K. para obter maiores***

*informações e lá encontrou a mãe de L. e retornaram para a sua casa e perguntaram para R. e P. o que realmente aconteceu e eles se limitaram a falar que L. apenas passou por lá, pois L. ainda estava desaparecida; **QUE posteriormente R. falou que D. teria levado L. para o quarto, a qual aparentava estar desacordada e manteve relação sexual com ela; QUE ele teria pedido para D. parar, mas ele o teria empurrado e voltou para o quarto e colocou o rack para fechar a porta** e que não tinha falado a verdade ainda para a declarante porque ficou com medo de levar alguma surra da mãe, pois ele teria levado os amigos para a sua casa sem a sua permissão. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. (fls. 66-67 – grifos nossos)*

Assim, percebe-se que ela encontrou a residência da forma como os rapazes que estavam na casa relataram, pois eles disseram que beberam, que o recorrente fechou a porta do quarto com um móvel para impedir a entrada e que levou camisinhas para o recinto.

Apesar de a Sra. M. não ter confirmado o seu depoimento em juízo, é possível considerá-lo para a condenação, pois, embora as provas produzidas na fase inquisitorial não possam, isoladamente, servir como base para um decreto condenatório, podem amparar a fundamentação da decisão, se auxiliadas por demais provas judicializadas, como no caso dos autos, já que as informações por ela prestadas são condizentes com aquelas expostas nos depoimentos das demais testemunhas em juízo.

No que diz respeito ao depoimento da testemunha A.K.V.L., que confirmou em juízo que a vítima lhe contou que foi estuprada pelo recorrente, é passível de ser considerado para a condenação, ao contrário do que alegou a douta Defesa, pois o depoimento indireto, embora não tenha a mesma força probatória do testemunho direto, é meio de prova admitido pelo sistema processual penal pátrio. Nesse sentido, confira-se:

*Não existe na ação penal movida em desfavor do Paciente confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, prova sabidamente ilícita. **No caso, ocorre testemunho indireto, ou por ouvir dizer, o que não é vedado, em princípio, pelo sistema processual penal brasileiro.** (HC 62.908/*

SE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 339) (grifos nossos)

Impende registrar que, embora o Laudo de Exame de Corpo de Delito realizado na vítima não tenha constatado sinais de conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso, nos crimes contra a liberdade sexual a materialidade pode ser provada de variadas maneiras, não somente pela prova técnica, até porque, não raramente, essas agressões podem não deixar vestígios, como na espécie. Sobre o tema, a jurisprudência ilustra:

O laudo de exame de corpo de delito na vítima do crime de atentado violento ao pudor, que atesta a ausência de vestígios, não tem o condão de, por si só, estabelecer que não existem provas da materialidade do crime. 2. Outrossim, “[a] palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios”. (STJ, HC 135.972/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009). (AgRg no AgRg no Ag 1237839/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA – STJ, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

O resultado negativo no laudo de exame de corpo de delito é irrelevante, pois o crime de atentado violento ao pudor nem sempre deixa vestígios detectáveis por perícia. (20090410083340APR, Relator SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal – TJDFT, julgado em 13/10/2011, DJ 19/10/2011 p. 218)

2. Nos delitos contra liberdade sexual, praticados geralmente às escondidas, merece especial valoração a palavra da vítima, notadamente quando coerente e harmônica com outros elementos probatórios constantes dos autos.

2.1. Não calha a alegação de insuficiência de provas, a embasar o pedido de absolvição, quando o laudo não aponta a existência de vestígios, porquanto esta situação, por si só, não afasta a configuração do crime, desde que existam outros elementos de prova que indiquem a sua ocorrência. (20060210048280APR, Relator JOÃO EGMONT, 1ª Turma Criminal – TJDFT, julgado em 18/10/2010, DJ 27/10/2010 p. 147) (grifos nossos)

1. O Laudo de Lesões Corporais atestando a ocorrência de ato libidinoso não é elemento essencial para demonstrar a materialidade do crime

de estupro cometido com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, haja vista que os crimes contra a dignidade sexual, por sua própria natureza, podem não deixar vestígios. Na hipótese, a vítima não sofreu lesões, mas sua narrativa segura e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos é suficiente para provar a existência do crime. 2. *É pacífico na jurisprudência que, em crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui inegável alcance, posto que cometidos quase sempre sem a presença de testemunhas, sendo as declarações seguras, coerentes e corroboradas por outras provas, como ocorre na hipótese dos autos (...).* (20090310061068APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal – TJDFT, julgado em 21/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 365) (grifos nossos)

Ademais, ao se reconhecer o apelante como autor do delito, não se está atribuindo a ele a “rotura himenal antiga completa” atestada no laudo de fls. 78-82, como alegou a douta Defesa. Aliás, desde o início, já nos depoimentos que prestou na Delegacia (fls. 31-36), a menor admitiu que não era mais virgem à data do fato, informação que veio a confirmar na entrevista forense com a profissional de psicologia desta Corte (fls. 145-146). Dessa maneira, não se tem dúvida de que o recorrente não a desvirginou, por outro lado, em face do farto acervo probatório constante dos autos, ficou inequivocamente demonstrado que ela foi por ele estuprada.

Acrescente-se que, de acordo com os relatos das testemunhas, o apelante usou preservativo para manter relação sexual com a vítima, o que também justifica a ausência de vestígios de conjunção carnal.

De se destacar que a negativa de autoria, conquanto condizente com o direito à ampla defesa do réu, não tem o condão de afastar a versão da vítima para o fato, especialmente porque foi confirmada pelas demais testemunhas que estavam presentes no local, ao passo que a explicação apresentada pelo apelante não foi corroborada por nenhuma outra prova.

Por derradeiro, cumpre registrar que as provas às quais o magistrado fez referência na sentença, apesar de serem de produção obrigatória, são suficientes para a condenação e não precisam ser corroboradas por outras se, por si sós, comprovam

de maneira inequívoca a materialidade e a autoria do delito, como ocorreu no presente caso.

Em face da farta comprovação da autoria do delito, o pleito absolutório, sob o argumento de insuficiência probatória, não merece ser acolhido.

ABSOLVIÇÃO POR ERRO DE TIPO

Alternativamente, a Defesa requereu a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, porque a conduta do réu estaria acobertada pela figura do erro de tipo. Argumentou que o acusado acreditava que a vítima possuía 16 (dezesseis) anos de idade, em especial em decorrência do seu estilo de vida.

A tese não merece ser acolhida.

Inicialmente, convém esclarecer que a alegação da Defesa não permite a absolvição, pois, como revelado acima, o ato sexual não foi consentido pela vítima, de maneira a tese não traria benefício ao acusado.

O artigo 217-A do Código Penal, ao dispor como criminosa a conduta de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos”, estabelece uma presunção do emprego de violência para o sexo cometido com criança ou adolescente dessa faixa etária, devido à sua falta de compreensão acerca da relação sexual para fins de consentir com a sua prática.

No caso dos autos, o crime ocorreu entre os dias 16 e 17 de julho de 2011 e a vítima nasceu no dia 12 de dezembro de 1997 (vide certidão de nascimento acostada à fl. 37), ou seja, ela possuía 13 (treze) anos à data do fato.

Nenhuma pergunta foi feita em juízo à vítima a respeito da idade que informava ter à época do fato. Não obstante, na Delegacia, afirmou: “QUE não sabe dizer se D. sabia a sua idade, entretanto sempre falava à época que tinha treze anos e ia fazer catorze” (fl. 33).

O Laudo de Exame de Corpo De Delito descreveu que a menor possuía características normais à sua idade. Confira-se:

Paciente com 153 cm de altura, pesando 42 KG, com as seguintes características físicas: desenvolvimento físico normal, saúde mental preservada, vestígios de violência ausentes, genitália externa com as seguintes características ou alterações: pilificação pubiana com quantidade e distribuição compatíveis com a idade, pequenos e grandes lábios compatíveis com a idade, membrana hime-nal de consistência carnosa, com entalhe anatômico em 03 horas, semilunar, rotura hime-nal antiga completa na posição de 06 e 09 horas, mais o seguinte: ausência de sinais de violência sexual à extoscopia. (fl. 79)

Assim, percebe-se que tinha baixa estatura (1,53 m) e peso leve (42 kg), de maneira sua compleição não indica que fosse mais velha.

Por sua vez, não foi produzida nenhuma prova que permita inferir o contrário, ou seja, a Defesa deixou de trazer aos autos elementos que corroborem a sua tese, quer sejam fotos que permitam a análise da constituição física da menor ou perguntas direcionadas às testemunhas acerca da sua aparência.

Não obstante, em juízo, no seu interrogatório, o recorrente afirmou: “que acreditava que L. tivesse 16 anos, pois ela inclusive frequenta um bar em frente à casa do interrogando” (fl. 181).

Embora haja notícia nos autos de que a vítima frequentava festas e consumia bebida alcoólica, tal fato, por si só, não deve servir como justificativa para o apelante presumir que ela fosse maior de 14 anos, pois parece ser um comportamento comum de meninas da sua idade na comunidade na qual vive, já que a amiga que a acompanhava na festa na qual estava antes de ir para a casa de R. – K. D. F. – nasceu no mesmo ano (1997), como consta da sua qualificação, ao depor na Delegacia, à fl. 70.

De se destacar que o Superior Tribunal de Justiça entende que o artigo 217-A do Código Penal traz uma presunção absoluta de violência na hipótese de sexo praticado com menor de 14 anos, ainda que a vítima possua experiência sexual anterior, como revela o seguinte aresto:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.

RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido – que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade – subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes.

3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu.

4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (REsp 1371163/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

Dessa maneira, para o acolhimento da tese de erro de tipo e desconsiderar a proteção legal à vítima menor de 14 anos, deveria haver prova farta de que o recorrente realmente supunha que ela tivesse idade superior, o que não se verifica “in casu”, em especial porque a perícia atestou que possuía características compatíveis com a sua idade e nenhuma outra prova foi produzida para afastar essa consideração constante do laudo. Nesse sentido, confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. ERRO DE TIPO. COMPLEIÇÃO FÍSICA. INVIABILIDADE. CONHECIMENTO ACERCA DA MENORIDADE DA

VÍTIMA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. MAIS BRANDO. REFORMA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Nos crimes contra a dignidade sexual cometidos contra menor de 14 (catorze) anos, o consentimento é viciado, em razão da idade da vítima, não possuindo, portanto, discernimento absoluto para consentir com tal ato, mesmo que as circunstâncias façam parecer o contrário.

II – Fica afastada a tese de erro de tipo quando demonstrado que o réu detinha consciência acerca do fato de a vítima ser menor de 14 anos, mormente ao se considerar que as informações prestadas por uma das testemunhas e o laudo de exame de corpo de delito que ateste desenvolvimento compatível com a idade.

III – O regime de cumprimento da pena, nos crimes hediondos, deverá obedecer às regras insculpidas nos arts. 33 e 59 do Código Penal, razão pela qual, tratando-se de réu condenado a pena de oito anos, primário e portador de bons antecedentes, deve ser fixado o regime semiaberto.

IV – Recurso parcialmente provido. (Acórdão 669162, 20100510057758APR, Relator: NILSONI DE FREITAS, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 11/04/2013, Publicado no DJE: 17/04/2013. Pág.: 242) (grifos nossos)

Ademais, o réu foi condenado também como incurso no artigo 217-A, §1º, do Código Penal, o qual tipifica como criminosa a conduta de praticar conjunção carnal com pessoa que, por qualquer causa, não pode oferecer resistência.

No caso vertente, as provas evidenciaram que a vítima encontrava-se embriagada, não tendo condições de afastar o réu sequer nos momentos de lucidez que tinha durante o ato sexual. Portanto, ainda que o réu desconhecesse a idade da menor, e mais, ainda que a vítima não fosse menor de 14 anos, o delito estaria consumado.

Em face do exposto, não deve ser acolhido o pleito defensivo.

DOSIMETRIA DA PENA

A Defesa pleiteou a redução da pena imposta e a alteração do regime prisional.

Entretanto, não há reparos a serem feitos na dosimetria da reprimenda ou no regime.

Na primeira fase, o douto magistrado valorou negativamente as circunstâncias do crime, sob o argumento de que a vítima foi verbalmente ofendida, chamada de “macaca”, além de ter sido agredida com chineladas no rosto. É pertinente a análise feita pelo magistrado.

Com efeito, a violência empregada pelo agente extrapolou a conduta tipificada. Ademais, a vítima confirmou em juízo a informação prestada na fase inquisitorial no sentido de que o recorrente, ainda antes de cometer o crime, a tratou de maneira depreciativa. Já a agressão física foi confirmada tanto por ela quanto pela testemunha R.D.S.M. em juízo.

No que diz respeito às consequências do delito, o Juiz argumentou que foram graves, pois a vítima sofreu sangramento, ficou com dores e foi abandonada de forma ultrajante na rua, deixada seminua na calçada, fatos que também servem para a análise prejudicial dessa circunstância judicial, pois o recorrente, ao agir dessa forma, excedeu ao tipo penal.

Por sua vez, o comportamento da vítima foi analisado de maneira favorável ao réu, ao argumento de que ela teria contribuído para a ação delitiva, já que consumiu álcool. Não obstante o entendimento do douto magistrado, ousou divergir, pois o fato de o recorrente ter se aproveitado da embriaguez da vítima para estuprá-la, a meu ver, torna a sua conduta ainda mais reprovável. No entanto, uma vez que não houve recurso da Acusação e, ainda, em virtude da vedação da “*reformatio in pejus*”, a valoração deve ser mantida da maneira como consta da sentença.

A fixação da pena-base em 9 (nove) anos de reclusão em face da análise desfavorável das circunstâncias judiciais não representa excesso, em especial se considerado que a pena-base do crime de estupro de vulnerável é de 8 (oito) anos.

Na segunda etapa, foi reconhecida a atenuante da menoridade relativa, o que acarretou a adequada redução da pena para 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na terceira fase, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição, a reprimenda não sofreu qualquer alteração.

Correta também a fixação do regime fechado para o inicial cumprimento da reprimenda, em virtude da quantidade de pena corporal imposta, consoante o disposto na alínea "a" do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal.

Por fim, registro que é inviável a substituição da pena ou a sua suspensão, tendo em vista que não foram preenchidos os requisitos necessários.

ISTO POSTO, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Em razão de a condenação gerar inelegibilidade, incluíam-se os dados do réu no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade – CNCIAI do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, nos termos do Provimento 29 – CNJ e da Lei Complementar 64/1990.

É o voto.

Des. João Timóteo de Oliveira (Revisor) – Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Sobre os fatos, narra a denúncia de fls. 02/04:

Entre os dias 16 e 17 julho de 2011, nas dependências da residência localizada na QR XXX, Conjunto XX, Casa XX, Samambaia/DF, o denunciado, livre e consciente, teve conjunção carnal com a adolescente L.F.A., a qual contava com 13 anos de idade à época dos fatos.

Apurou-se que, na noite do dia 16 de julho de 2011, L. encontrava-se ingerindo bebida alcoólica em uma festa na cidade de Samambaia/DF, acompanhada de amigos e, inclusive, do denunciado.

No local, E. já manifestava seu desejo sexual por L., dizendo a ela que iria "pegá-la". Ela, no entanto, não se importava, pois acreditava que ele queria, tão somente, beijá-la.

Já pela madrugada do dia 17 de julho de 2011, com o encerramento da referida festa, E. e três amigos dirigiram-se à residência acima mencionada, onde pretendiam continuar se divertindo.

Ocorre que a ingênua L., já embriagada, decidiu acompanhá-los.

Já no local, o grupo passou a jogar “palitinho”, sendo que quem perdia tinha que beber uma dose da cachaça “Ypioca”.

Quando L. entrou em um estado de embriaguez que a impedia de oferecer resistência a qualquer agressão contra sua pessoa, E., aproveitando-se dessa circunstância e ciente da pouca idade da menina, levou L. até um dos quartos da residência, onde a submeteu a conjunção carnal, com o uso de preservativos.

Por alguns momentos de lucidez, L. percebia que E. estava mantendo relações sexuais com ela. Porém, diante de sua ebriedade, ela não tinha forças para esboçar qualquer reação.

Ao amanhecer, E., saciado sexualmente, tentou reanimá-la. Não logrando êxito, ele, com total desdém, carregou L. para fora da casa e a deixou jogada ao chão de uma calçada, vestida com uma blusa e uma saia, sem a calcinha.

A d. defesa arguiu, preliminarmente, a nulidade do feito por entender que o i. Magistrado deveria ter sobrestado o processo até a entrega do resultado do exame de DNA que atestaria a paternidade do filho esperado pela vítima L.F.A., que, poderia ser relevante na definição da autoria do crime de estupro aqui investigado.

Sem razão, contudo.

Inicialmente vale asseverar que a produção de tal prova, apesar de ter sido determinada pelo Delegado responsável pelo inquérito, acabou não sendo realizada.

Desta forma, se a defesa achava que o resultado do exame DNA era relevante para a tese defensiva caberia a ela, em momento adequado, requerer a sua produção, sob pena de preclusão, o que conforme se pode perceber dos autos não ocorreu.

De qualquer modo, vale asseverar que a produção de referida prova alteraria apenas o entendimento em relação aos demais presentes na cena do crime, e não necessariamente, a conclusão de que o ora recorrente manteve relação sexual com a vítima L.F.A, já que, pelas provas acostadas aos autos, a menor, já se encontrava grávida antes dos fatos, e a conjunção carnal aqui discutida e imputada ao ora recorrente teria acontecido com o uso de preservativo (nos termos do exame realizado – fls. 88/91 – que atestou a inexistência de presença de DNA masculino nas amostras coletadas na vítima).

Ademais, a produção da prova requerida, além de manifestamente ineficaz, encontra-se no âmbito de discricionariedade do magistrado, cabendo a ele, pautado no princípio da livre apreciação da prova, analisar a conveniência e oportunidade de sua realização.

Assim, afasto a preliminar arguida.

No mérito, busca a Defesa, inicialmente, a absolvição do apelante aduzindo, em síntese, que as provas produzidas não são suficientes para embasar sua condenação, ou pela ocorrência de erro de tipo em relação à idade da suposta vítima.

Em que pese o inconformismo do recorrente tenho que não assiste razão ao recurso por qualquer dos fundamentos.

A vítima L.F.A., ouvida em três oportunidades diversas (fls. 31/36, 145/146 e 156/157), descreveu a dinâmica dos fatos ocorridos naquele dia.

Na oportunidade, afirmou que, na noite do crime, estava numa festa julina e, que, em companhia de mais alguns garotos W.C.M.A., R.V.L., E.S.F. e R.D.S.M., dirigiram-se à casa deste último, para continuarem se divertindo. No local, afirmou que começaram a jogar “palitinho” e quem perdia era obrigado a beber uma dose de cachaça. Contou que após beber algumas doses, perdeu a consciência, e, que, quando acordou estava deitada numa cama com o acusado E.S.F., que praticava sexo com ela, mas, em razão de seu estado alcoólico não conseguiu reagir. Narrou, por último, que acordou no banheiro, onde o acusado e o dono da casa R.D.S.M. tentavam reanimá-la jogando água em seu rosto.

W.C.M.A. (fls. 174) e R.D.S.M. (fls. 176/177) confirmaram que estavam em uma festa e que de lá foram para a residência de R. na companhia de L.F.A. e E.S.F., e, que, no local, após brincarem do jogo do “palitinho”, a vítima embriagada foi levada para um quarto dentro da casa e que, por uma fresta da janela conseguiram visualizar o acusado em atos típicos aos movimentos sexuais.

R.D.S.M. (fls. 176/177) declarou ainda que, após tal fato, observou L.F.A. nua na cama, na qual, havia manchas de sangue, e que, com a ajuda de E.S.F., tentou dar um banho na adolescente com o intuito de acordá-la. Narrou também que sua mãe M.J.S.S., na manhã seguinte, encontrou um preservativo usado, um móvel deslocado próximo à porta no quarto e bebidas alcoólicas na casa (fls. 66/67).

Do mesmo modo, R.V.L. (fls. 179) narrou que todos estavam em uma festa, e se dirigiram para a casa de R.D.S.M., onde ficaram jogando “palitinho” e bebendo. Relatou que em certo momento da noite viu que o acusado E.S.F. e a vítima L.F.A. foram juntos para o quarto, no qual não conseguiu saber o que acontecia já que estava com a luz apagada.

Relatando ainda que a vítima narrou que havia sido estuprada foi a testemunha A.K.V.L. (fls. 178).

Apesar de a defesa alegar a existência de divergências nos depoimentos das testemunhas e a incredibilidade de tais provas já que todos os envolvidos estariam “bêbados”, tenho que esta tese não pode prosperar.

Não se olvida, é verdade, que, há algumas divergências nos depoimentos prestados pelas testemunhas principalmente no que diz respeito à forma como acusado e vítima foram para o quarto e em relação ao fato de os amigos conseguirem ou não visualizarem a ocorrência de atos típicos com a prática sexual.

Da leitura dos autos, entretanto, pode-se asseverar que tais contradições não são tidas como relevantes. Isto porque, apesar da testemunha R.V.L. narrar que viu acusado e vítima irem caminhando para o quarto, enquanto W.C.M.A. (fls. 174) e R.D.S.M. afirmaram que o acusado levou a vítima para o quarto, sem, entretanto detalharem a forma, não se percebe divergência e sim, ausência de dados específicos de um depoimento para o outro.

No mais, também não vislumbro prejuízo nos depoimentos na parte em que duas testemunhas asseveraram visualizar, pelas frestas, a prática, dentro do quarto, de gestos típicos de relação sexual, enquanto o outro relata que a luz estava apagada e que não conseguia ver nada, uma vez que, uma declaração não invalida a outra, já que podem ser analisadas em conjunto.

Vale asseverar que eventuais inconsistências entre os depoimentos das testemunhas se justificam já que retratam a visão de cada um dos depoentes dos fatos acontecidos com outras pessoas. Ademais, pequenas divergências entre aspectos secundários ao delito, ou seja, irrelevantes para o deslinde do feito, não autorizam o decreto absolutório, sobretudo quando as demais provas se mostram harmônicas e coesas.

Quanto à prova pericial, não se olvida, é verdade, que o Laudo de Exame realizado na vítima não constatou sinais de conjunção carnal, entretanto, vale afirmar que tal resultado não desabilita todas as outras provas que atestam a ocorrência de atos sexuais, principalmente no caso em que restou comprovado que tal ato fora realizado com o uso de preservativo.

Por fim, é importante ressaltar que nos crimes sexuais a palavra da vítima apresenta alto valor probante, principalmente quando em consonância com as outras provas, já que, na maioria das vezes são cometidos na clandestinidade.

Assim, apesar de o réu, em todas as ocasiões que fora ouvido, negar a prática do crime e até mesmo o fato de ter beijado a vítima (fls. 72/73 e 180/181), tenho que não há dúvidas acerca da ocorrência de ato sexual havido entre o acusado e a vítima.

A Defesa pleiteia ainda a absolvição do acusado alegando a ocorrência de erro de tipo referente à idade da vítima.

Ab initio, apesar de não ser ponto questionado pela defesa, vale ressaltar que o crime aqui discutido foi praticado sob a égide da Lei 12.015, de agosto de 2009, que trouxe diversas alterações na tipificação dos crimes sexuais, inclusive no tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal que passou a descrever a conduta típica ora discutida nos seguintes termos: "*Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*".

Também não se olvida que diante de referida alteração legislativa, o posicionamento majoritário que passou a ser adotado pela Jurisprudência é no sentido de que a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 (catorze) anos é absoluta e que, por essa razão não pode ser afastada pela análise do caso concreto.

Em que pese a alteração do posicionamento adotado pela antiga norma, artigo 224-A do Código Penal e reproduzido parcialmente no dispositivo do artigo 217-A também do ordenamento penal, que adota como critério o aspecto etário, ou seja, 14 (catorze) anos, fato é que, levando em consideração a aplicação do princípio da intervenção mínima e a mudança cultural vivenciada pela sociedade e prevendo uma maior liberdade sexual, divirjo do referido posicionamento, e continuo enten-

dendo ser cabível a relativização do critério etário e a discussão acerca da possível manifestação de vontade válida do menor de 14 (catorze) anos.

No mesmo sentido, há relatos doutrinários e algumas decisões judiciais que se manifestam no permitindo a discussão casual acerca da suposta capacidade de consentimento de quem possua 12 (doze) ou 13 (treze) anos, no contexto de estupro de vulnerável, tendo em vista que, havendo prova da plena capacidade de entendimento da relação sexual, sem a ocorrência de violência ou grave ameaça real, poderia não restar configurado o crime de estupro de vulnerável.

Ultrapassadas digressões necessárias acerca do tema, ainda que não trate do ponto crucial da discussão aqui trazida, passo à análise do pleito defensivo referente ao reconhecimento do erro de tipo.

A figura do erro de tipo previsto no artigo 20 do Código Penal ocorre quando o agente erra “*sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo*”.

No caso ora discutido, a tese defensiva é no sentido de que, pelo estilo de vida levado pela suposta vítima, o acusado acreditava que ela teria 16 (dezesseis) anos de idade.

Não se olvida, é verdade, que a descrição da forma como o crime aconteceu (na qual a vítima compareceu em duas festas, uma que durou até de madrugada, na casa de um homem e em companhia apenas de rapazes, com muita bebida alcoólica) poderia até criar indícios de que a vítima teria idade superior a 14 (catorze) anos, entretanto, tenho que tal discussão se mostra desnecessária no caso dos autos, uma vez que, independente da possibilidade do acusado ter se enganado quanto à idade da menor, ou da discussão acerca da capacidade da vítima de consentir na prática do ato sexual em razão de sua idade, fato é que, pelas provas dos autos, a relação sexual ora discutida não foi permitida pela vítima.

Aliás, vale dizer, que, além do ato sexual não ter sido consentido pela vítima, ele realmente aconteceu quando a vítima, conforme descrito pela sentença estava em total estado de alcoolemia, podendo-se afirmar quase que em coma alcoólico, no qual, a pessoa apresenta debilidade de consciência e dificuldade física e de reflexos.

Assim, ainda que, se admitisse que a menor L.F.A. aparentasse ser maior de 14 (catorze) anos, ou que estaria apta, em virtude de suas vivências, a decidir sobre a disponibilidade ou não de seu corpo, fato é que, pelas provas acostadas aos autos, não há qualquer dúvida de que, a relação sexual aqui discutida aconteceu, contra a sua vontade, quando a vítima estava totalmente embriagada – circunstância incontroversa =^, não podendo oferecer qualquer resistência à sua realização, o que caracteriza a prática do crime previsto no artigo 217-A, §1º, do Código Penal.

Em outras palavras, apesar de toda a discussão trazida neste voto, tenho que a condenação do acusado é medida que se impõe, tendo em vista que todas as provas produzidas no processo, demonstraram de forma incontroversa a existência de relação sexual entre E.S.F. e L.F.A. e a alta de ingestão de bebida alcoólica pela vítima que, acabou ficando em estado quase de coma alcoólico, no qual, ficou impossibilitada de reagir ou demonstrar a sua capacidade no momento da prática do ato sexual.

Desta forma, conquanto a defesa tenha alegado que o réu acreditava que a menor de idade teria 16 (dezesseis) anos, tal argumento não se mostra hábil a afastar o decreto condenatório tendo em vista todo o conjunto probatório dos autos que comprova a prática de ato sexual entre acusado e vítima, de maneira não consentida, quando esta se encontrava, em razão da bebida, totalmente impossibilitada de oferecer resistência.

Assim, face aos elementos expostos, tenho que não merece qualquer reforma a decisão que condenou o apelante pela prática do crime previsto no artigo 217-A, *caput*, c/c §1º, do Código Penal.

Pleiteia a Defesa, subsidiariamente, a redução da pena aplicada e alteração do regime fechado fixado para cumprimento inicial da reprimenda.

A pena-base foi fixada em 9 (nove) anos de reclusão, ante a avaliação desfavorável das circunstâncias e consequências do crime e, de outro lado, favorável do comportamento da vítima.

Correta a avaliação desfavorável das circunstâncias do crime, uma vez que a forma com que o delito ocorreu exasperou aquela possivelmente prevista pelo legisla-

dor ao tipificar o crime de estupro de vulnerável, principalmente quando se verifica que o acusado agrediu, em alguns momentos, a vítima com palavras ofensivas e depois deu chineladas no rosto após a prática do ato sexual com o intuito de acordá-la.

Também entendo correta a manutenção da avaliação desfavorável das consequências, tendo em vista sua gravidade. A vítima, após sofrer sangramento pela prática do ato, fora abandonada sem consciência no meio da rua, vestida apenas com roupas de cima, ou seja, sem a calcinha, sentido fortes dores.

Não há também qualquer reparo no entendimento do sentenciante em considerar o comportamento da vítima de forma favorável ao réu considerando que a ofendida fez uso de bebidas alcoólicas de forma voluntária.

Assim, mantenho a pena-base fixada corretamente em 9 (nove) anos de reclusão.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e presente a atenuante da menoridade, reduzo a reprimenda em 6 (seis) de reclusão, atingindo o patamar definitivo de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Não obstante o pleito de alteração do regime fechado fixado para cumprimento inicial da pena, tenho que correta a sua manutenção tendo em vista o *quantum* de pena fixado, nos termos previstos pelo artigo 33, §2º, "a", do Código Penal.

Mantenho também a negativa do direito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas em direitos, pela ausência do preenchimento dos requisitos trazidos no artigo 44 do Código Penal, necessários para tanto.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso do réu, para manter na íntegra a sentença que o condenou.

É como voto.

Des. Souza e Avila (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Rejeitar a preliminar. Negar provimento. Unânime.

EMENTA

Penal. Estupro. Roubo majorado pelo emprego de arma e restrição de liberdade. Maus-tratos de animais. Resistência. Lesões corporais. Extorsão qualificada majorada tentada. Preliminar de nulidade. Ausência do termo de representação. Outros meios aptos a demonstrar o interesse da vítima em continuar com a persecução penal – rejeição. Absolvição quanto ao delito de lesões corporais. Possibilidade. Materialidade e autoria certas quanto aos demais crimes. Absolvição. Inviabilidade. Pena-base do crime de estupro exacerbada. Redimensionamento. Pena pecuniária desproporcional. Readequação. Recurso parcialmente provido.

Tem-se o prosseguimento da persecução penal, independentemente do termo de representação, quando patente por outros meios o interesse da vítima na continuidade do processo, conforme é o caso dos autos, em que as vítimas inclusive depuseram em juízo, estando então preenchida a condição de procedibilidade.

Se da análise da prova coligida, como um todo harmônico e indissociável, ressaí a certeza da autoria das condutas reprimidas, não encontrando as declarações do acusado arrimo no acervo probatório, não há que se falar em absolvição.

Os crimes contra a dignidade sexual são, de regra, praticados às escondidas, por isso, a palavra da vítima reveste-se de especial relevância, máxime se em harmonia com outros elementos de prova, sobretudo do que consta do laudo de exame de DNA.

Se não houve o dolo do acusado em lesionar os policiais quando resistia à prisão, afasta-se a condenação pelo crime de lesões corporais.

A jurisprudência dominante preconiza que não se faz necessária a apreensão da arma para o reconhecimento da majorante do crime de roubo, se o seu efetivo emprego ressaí do conjunto probatório.

Não há que se falar em *bis in idem* na aplicação das majorantes do emprego de arma e da restrição da liberdade da vítima no crime de roubo, visto que a valoração dessas circunstâncias no delito de estupro decorre da tutela de bens jurídicos distintos, além de terem ocorrido em contextos fáticos sucessivos.

Fixada a pena-base do crime de estupro em patamar exacerbado, cumpre ao tribunal promover o devido redimensionamento.

Se as penas pecuniárias dos delitos de roubo e extorsão foram estabelecidas em patamares desproporcionais, cabe ao tribunal realizar o devido ajuste.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Romão C. Oliveira – Relator, Gilberto Pereira de Oliveira – Revisor e Mario Machado – Vogal, sob a presidência do Desembargador George Lopes Leite, em prover parcialmente, unânime de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Senhor Presidente, cuida-se de recurso de apelação interposto por J.E.L., em face da r. sentença de fls. 445/478, que o condenou como incurso nas seguintes capitulações:

- artigo 213, *caput*, do Código Penal, a cumprir 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão;
- artigo 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal, a cumprir 8 (oito) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa;

- artigo 32, § 1º, da Lei 9.605/98, a cumprir 4 (quatro) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa;
- artigos 329, *caput*, do Código Penal, a cumprir 2 (dois) meses de detenção;
- artigo 129, *caput*, do Código Penal, a cumprir 3 (três) meses de detenção;
- artigo 158, §§ 1º e 3º, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, a cumprir 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além de 22 (vinte e dois) dias-multa.

Após a unificação das penas, e reconhecida a fração de 1/5 (um quinto) quando da aplicação do concurso formal próprio entre os crimes de resistência e de lesões corporais (por duas vezes), bem como o concurso material entre os demais crimes, alcançaram-se os seguintes patamares: 24 (vinte e quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 7 (sete) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, em regime inicial aberto, além de 75 (setenta e cinco) dias-multa, calculados à razão legal mínima.

Com as razões de fls. 497/521, a Defesa pugna, em extenso debate, pelos seguintes pleitos, a seguir transcritos:

- a absolvição do acusado pela prática dos crimes previstos nos artigos 157, § 2º, incisos I e V; do artigo 213, *caput* e do artigo 32, § 2º, da Lei 9605/98 por falta de prova, nos termos do artigo 386, V e VII, do Código de Processo Penal;
- a absolvição do acusado com relação aos crimes dos artigos 129, *caput* (duas vezes), nos termos do artigo 395, II e III do CPP;

(...)

- a exclusão das causas de aumento de pena previstas nos incisos I e V do parágrafo 2º do artigo 157 do CP, sob pena de caracterizar “*bis in idem*”;
- a absolvição do acusado pela prática do crime previsto no artigo 329 do Código Penal;
- a absolvição do acusado pela prática do crime previsto no artigo 32, § 2º, da Lei 9605/98 pela atipicidade do fato, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal;

- a absolvição do acusado pela prática do crime previsto no artigo 129 do Código Penal, pela ausência de dolo, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal;
- a absolvição do acusado pela prática do crime previsto no artigo 158, §§ 1º e 3º c.c. artigo 14, II, ambos do Código Penal, nos termos do artigo 386, V e VII, do Código de Processo Penal;
- caso subsista condenação contra o acusado, o que se refere para efeitos argumentativos, pugna-se pela redução da pena, nas três etapas da individualização, bem como, a aplicação da continuidade delitiva, nos termos do artigo 71 do Código Penal; (...).

Contrarrazões às folhas 523/533.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso, além de expresso repúdio a fragmento do arrazoado defensivo, pugnando pela censura por parte dessa egrégia Corte, quando a Defensoria Pública aduziu que a vítima ficou "aliviada e grata" com a prática dos atos sexuais, já que não os praticava há mais de trinta anos (fls. 543/560).

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) – Senhor Presidente, o recurso interposto preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece.

Narra a denúncia:

1º fato

No dia 10 de novembro de 2012, por volta das 18hs, no interior da casa situada na Chácara XX, Avenida do Contorno, Núcleo Bandeirante-DF, denunciado, com vontade livre e consciente, para satisfazer sua lascívia, mediante grave ameaça, com emprego de faca, e de violência, consistente em prender a vítima com correntes de cachorro e com cinto, praticou contra a vítima M.E.M. nasceu

no dia 10 de outubro de 1942. Contava, portanto, com 70 anos de idade da data do crime.

2º fato

No mesmo dia, local e horário, o denunciado, com vontade livre e consciente e com animus furandi, subtraiu, em proveito próprio, mediante ameaça praticada com emprego de faca já mencionada, contra a vítima M.E.M., um aparelho de telefonia celular e R\$ 100,00, que pertenciam à referida vítima e se encontravam na bolsa da mesma, de onde foram retirados pelo denunciado.

O denunciado, para a subtração dos objetos, manteve a vítima presa com as correntes dos cachorros e com o cinto já mencionados, restringindo, portanto, sua liberdade de locomoção.

3º fato

No mesmo dia, local e horário, o denunciado, com vontade livre e consciente, efetuou golpe de faca no cachorro pertencente à vítima, ferindo-o e, em razão do mencionado ferimento, causou-lhe a morte.

4º fato

No dia 12 de novembro de 2012, no CONIC/SDS, Brasília-DF, por volta das 14 h, policiais civis da 11ª Delegacia de Polícia, procuravam o denunciado, com o fim de prendê-lo, em cumprimento a ordem judicial, contida em mandado de prisão temporária, decretada pelo Juízo da Vara Criminal e do Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária do Núcleo Bandeirante-DF.

Quando os policiais localizaram o denunciado e deram-lhe voz de prisão, ele, voluntária e conscientemente, resistiu, opondo-se à execução do ato legal, mediante violência contra os policiais H.L.S. e J.L.G.R., os quais foram feridos.

5º e 6º fatos

No dia 12 de novembro de 2012, no CONIC/SDS, Brasília-DF, por volta das 14 h, o denunciado, com vontade livre e consciente, ofendeu a integridade corporal de H.L.S. e de J.L.G.R., policiais civis responsáveis por prendê-lo. (...). (fls. 3/5).

Após o depoimento da vítima, o *Parquet* houve por bem aditar a denúncia, nas seguintes balizas:

No dia 10 de novembro de 2012, por volta das 18h, no interior da casa situada na Chácara XX, Avenida do Contorno, Núcleo Bandeirante/DF, o denunciado com vontade livre e consciente e com animus furandi, mediante ameaça praticada com o emprego de uma faca, contra a Vítima M.E.M., a constrangeu, com intuito de obter para si indevida vantagem econômica, constrangendo a Vítima para que informasse sua senha secreta da conta bancária, cujo cartão se encontrava na bolsa da Vítima, no momento em que dela o denunciado subtraía outros bens. O denunciado só não obteve sucesso na consumação da extorsão, porque a Vítima, uma senhora de 70 anos de idade, não se lembrou, de cabeça, a senha e ele, denunciado, não conseguiu encontrar nos objetos da Vítima o papel onde a senha estaria anotada, muito embora a Vítima informasse que a referida senha estaria anotada em um papel junto a seus objetos. O crime de extorsão foi praticado mediante o emprego de arma e com restrição da liberdade da Vítima. (...)

Conforme relatado, pugna a Defesa pela absolvição do acusado, sustentando teses de insuficiência de provas aptas a caracterizar a autoria dos delitos de roubo, estupro, extorsão e aquele inculpido no artigo 32 da Lei 9.605/98. O extenso arrazoado defensivo ainda pleiteia a absolvição do apelante em relação ao delito de lesões corporais (duas vezes), haja vista a ausência de representação por parte das vítimas. Adiante, postula pela absolvição quanto ao delito de resistência, seja pela falta de provas ou pela atipicidade da conduta. Subsidiariamente, reclama a extirpação das majorantes do crime de roubo, visto que tais circunstâncias (emprego de arma e restrição da liberdade da vítima) já foram utilizadas para valorar o crime de estupro. Por fim, pleiteia o reconhecimento da continuidade delitiva para todos os crimes que, em tese, foram cometidos pelo apelante.

A defesa alega, em sede de preliminar, falta de condição de procedibilidade para o prosseguimento do feito em relação aos delitos de ameaça e de lesão corporal (por duas vezes), em tese, cometidos pelo ora apelante, por ausência do termo de representação das vítimas. Inicialmente, há que se destacar que o réu já fora absolvido em primeira instância quanto ao crime previsto no artigo 147 do Código

Penal, com espeque no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, não merecendo prosperar a irresignação defensiva nesse tocante.

Ademais, quanto à necessidade do termo de representação, tem-se o prosseguimento da persecução penal, independentemente desse formalismo, quando patente o interesse da vítima na continuidade do processo, conforme é o caso dos autos, em que os policiais ofendidos inclusive depuseram em juízo, estando então preenchida a condição de procedibilidade. Confira-se jurisprudência desta Corte sobre o tema:

PENAL E PROCESSO PENAL. LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONDENAÇÃO. RECURSO DO RÉU. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE TERMO DE REPRESENTAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REJEITADA A PRELIMINAR. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.

1. Se devidamente demonstrado o interesse da vítima em processar o seu agressor, desnecessária a exigência do rigorismo formal de um Termo de Representação como condição de procedibilidade para a ação penal.

2. Se as provas dos autos são seguras e harmônicas no sentido de que o réu realmente agrediu a vítima, agressão esta que resultou em lesão corporal de natureza leve, não há que se falar em absolvição.

(...).

3. Rejeitada a preliminar. Negado provimento ao recurso do réu.

(Acórdão 481047, 20080910061546APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/02/2011, Publicado no DJE: 21/02/2011. Pág.: 241).

Dessa forma, rejeita-se a preliminar ora aventada.

CRIME DE ESTUPRO

O arrazoado defensivo se limita a pleitear a absolvição por insuficiência probatória para a tipificação do delito de estupro.

A materialidade delitiva ressaí incontestemente da prova dos autos, sobretudo pela Ocorrência Policial (folhas 9/13), Laudo de Exame de Corpo de Delito – Atos Libi-

dinosos (folhas 15/15v), Laudo de Exame de Local (folhas 359/432), bem como da prova oral colhida aos autos.

Quanto à autoria, a vítima M.E.M. relatou que o réu compareceu à sua residência, acreditando inclusive que ele tenha pulado a cerca, haja vista que o portão estava trancado, sob o auspício de cobrar uma dívida trabalhista, no montante de R\$ 800,00 (oitocentos reais). Ante a negativa da vítima em pagar qualquer quantia, inclusive relatando que havia pagado mais do que era devido, o réu sacou uma faca da cintura e mandou a depoente se deitar. Confira-se o restante dos relatos:

(...) em seguida, ele pegou a corrente do cachorro e começou a amarrar as mãos da Depoente para trás, com essa corrente; que o cachorro veio para proteger a Depoente e mordeu a perna do acusado, então ele deu uma facada no cachorro; que, de início, a Depoente não ficou muito assustada, porque pensou que ele tinha dado uma facada de leve, apenas para assustar o cachorro, mas ele deu uma facada profunda; que o cachorro "chorou" e saiu; depois disso, ele levou a Depoente para o quarto, a mandou deitar e a estuprou; que ele ainda perguntou pelo marido da Depoente e a Depoente ainda contou para ele que há mais de trinta anos não tinha relação sexual;

(...) foi indagado da Depoente em que consistiu a relação sexual forçada com o acusado, tendo esclarecido que foi sexo vaginal; após ser esclarecido pela promotora, se ocorreu introdução do pênis na vagina; indagada se também foi praticado sexo anal, afirmou que não; indagada especificamente se o acusado introduziu o pênis no seu ânus, indagou o que seria ânus, dizendo não estar entendendo; a promotora esclareceu para a Depoente que nos exames constaria a presença de lesões na sua região anal; a Depoente, então, disse que o acusado pode ter feito isso, mas não pode afirmar, pois ficou muito nervosa com toda aquela situação e, inclusive, estava com muito medo, pois ele tinha matado o seu cachorro e ainda estava com a faca na mão;

(...)

Que durante o ato sexual o acusado não usou camisinha.

Ainda que exista alguma hesitação da vítima quanto às declarações pertinentes ao sexo anal, o que se justifica pelo fato de a vítima ser originária do Japão e não

possuir o pleno domínio da língua portuguesa, resta claro que houve violação à dignidade sexual, com a consumação da conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consoante se nota do Laudo de Lesões Corporais – Atos Libidinosos. Veja-se:

As lesões encontradas em órgão genital e em ânus deixam claro que a pericianda sofreu, inequivocadamente e forçosamente, conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou melhor explicando, a pericianda sofreu estupro. Foi colhido material (anal e vaginal) para análise laboratorial, entretanto, independentemente do resultado laboratorial, a conclusão é que a paciente foi abusada sexualmente. A senhora examinada foi orientada a procurar um hospital a fim de que se submeta à prevenção contra doenças e à devida terapêutica. (folha 15-verso).

Ademais, a própria vítima fez questão de ressaltar que a conjunção carnal não foi consentida.

Decerto que o laudo de DNA (folhas 225/227) não registrou qualquer perfil genético de origem masculina, entretanto não há que se conferir grande sorte ao réu, sobretudo porque diversos fatores podem ter influenciado a ausência de vestígios biológicos, como bem ressaltou o referido documento: quadro clínico de azoospermia, uso de preservativo, coito interrompido e outros.

As testemunhas comuns S.O.E. e R.S.E., sobrinhos da vítima, foram uníssonas em confirmar os fatos narrados por ela, conforme se transcreve a seguir:

(...) que ligou para o celular e ela [M.] também não atendeu; que estava assistindo TV, quando chegou o seu irmão R., momento em que a tia ligou par [sic] o celular do Depoente; que a ligação partiu do celular dela; que achou muito estranho, pois, ao atender, ela já foi dizendo: “S., eu tô bem, eu tô bem”; que estranhou, pois não tinha perguntado nada para ela e ainda escutou a voz de alguém falando perto dela, sendo que sabia que ela ficava sozinha na chácara; que não deu para perceber se a voz era masculina ou feminina; que falou para R. que algo estava acontecendo com a tia; que ele ligou para o telefone fixo e falou com ela, dizendo que também estranhou e que tinha algo errado; que enquanto ele falava com a tia, o Depoente já foi tentando ligar no 190, mas não atendeu; que ainda tentou ligar para um irmão, que é policial militar, J.,

mas não conseguiu contato de imediato; (...) que enquanto iam para a chácara da tia, receberam uma ligação de J., seu irmão que é policial militar; ele disse que já estava com outros policiais na chácara e que a tia do Depoente tinha sido roubada e estuprada por E.; (...). (Testemunha S.O.E., fl. 254).

(...) que já era noite e ele [S.] recebeu ou telefonou para a tia e falou para o Depoente e daí iniciou uma conversa com ela, na tentativa de descobrir o que estava acontecendo; perguntou se ela estava realmente bem e pelo progresso de uma construção que ela estava fazendo na chácara; então ela falou que estava bem e indagou se já tinha terminado a construção, momento em que ela falou: “não, não terminou”; que então escutou uma voz sussurrar “fala que sim” e, nesse momento, teve certeza de que tinha alguém com ela, suspeitando de um assalto; (Testemunha R.S.E., fl. 256).

Interrogado em Juízo, o réu se limitou a dizer que os fatos narrados na exordial acusatória não são verdadeiros. Aduziu também que havia um desentendimento pretérito entre ele e a vítima, e que:

(...) a Vítima não gostava do serviço do interrogando, ela sempre reclamava, mas acha que ela queria que o Interrogando voltasse a trabalhar para ela; na realidade, ela criou ciúme, em virtude do marido dela gostar muito do Interrogando, e tratá-lo como um filho; que ela deve ter se irritado com aquilo; (...) que não sabe o motivo que a Vítima teria para acusar o Interrogando de tê-la estuprado; (...)

Questionado pela MM Juíza sobre o que havia feito no dia anterior à sua prisão, o réu inicialmente se negou a responder à pergunta. Posteriormente, orientado pelo seu defensor, se limitou a informar que se encontrava na residência de seu pai, no Jardim Ingá, “depois pegou o ônibus para o Núcleo Bandeirante, dormiu e acabou descendo no Terminal”.

Não restou demonstrado nos autos qualquer razão para que a vítima imputasse ao apelante, de maneira sórdida e despropositada, a conduta ora em análise, sem que houvesse respaldo no conjunto fático para tanto.

Cumpra salientar também que os crimes contra a liberdade sexual são, de regra, praticados às escondidas e, por isso, a palavra da vítima reveste-se de especial relevância, máxime se em harmonia com outros elementos de prova.

Por oportuno, observe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Nos crimes contra os costumes as palavras das vítimas assumem preponderante importância, como na hipótese vertente, que se mostraram coerentes, expondo os fatos com riqueza de detalhes. Precedentes. (HC 144.832/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9.11.2010, DJe 1º.2.2011).

No mesmo sentido é a pacífica jurisprudência desta eg. Corte de Justiça:

(...) I. Confere-se especial credibilidade à palavra da vítima que apresenta discurso coerente e repetido sobre os fatos, especialmente quando corroborado pelas provas dos autos. (...) (20100110412119APR, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 3.3.2011, DJ 8.4.2011 p. 151).

(...) Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, quando apresentada de maneira firme e coerente, reveste-se de importante força probatória, restando apta a embasar decreto condenatório, mormente quando confortada pelas demais provas dos autos. (20110110537950APR, Relator SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 15.9.2011, DJ 3.10.2011 p. 148).

Conforme se vê, a prova oral colhida sob o crivo do contraditório não deixa dúvidas de que o acusado manteve relações sexuais com a vítima sem o seu consentimento. Não bastasse o relato seguro e coerente desta última, em perfeita harmonia com as declarações por ela prestadas na fase do inquérito (fls. 24/25), a prova pericial (folhas 15/15v), ao contrário do que sustenta a combativa Defesa, não acarreta dúvidas quanto à existência do crime, mas sim corrobora as declarações da vítima.

Verifica-se, pois, que a prova carreada para os autos é a necessária e suficiente para confirmar a autoria dos fatos imputados ao apelante.

Não há que se falar, portanto, em absolvição.

CRIME DE ROUBO

A nobre defesa, no tocante ao delito de roubo, também aduz que as provas carreadas para os autos são insuficientes para um decreto condenatório.

A materialidade delitiva encontra-se estampada pela Ocorrência Policial (folhas 9/13), pelo Relatório Policial de folhas 68/73, bem como pelo Laudo de Exame de Local (folhas 359/432).

Quanto à autoria, essa também restou indene de dúvidas, sobretudo pelos relatos da vítima M.E.M., que, em juízo, asseverou que o acusado, após consumir o ato sexual contra a vontade dela, a manteve presa às correntes para cães, e mediante ameaça pelo emprego de uma faca, perguntou onde se encontrava o dinheiro, vindo a devassar a bolsa da vítima, de onde tirou um celular e uma quantia aproximada de R\$ 100,00 (cem reais). É só conferir:

(...) que depois de "fazer aquilo", ele perguntou onde estava o dinheiro; que falou para ele que estava na bolsa; ele queria saber em qual bolsa e a Depoente disse que, se a soltasse, iria pegá-lo, mas ele não aceitou e ficou insistindo; então, a Depoente apontou com o queixo onde estava a bolsa; que ele jogou todas as bolsas em cima da cama e pegou o dinheiro que estava em uma delas; (...) que depois dele ter saído, a própria Depoente conseguiu se soltar da corrente, sendo que o seu sobrinho e a polícia chegaram uns quinze minutos depois, quando ele já tinha ido embora; (...) que o dinheiro levado da bolsa da Depoente era menos de R\$ 100,00; que tinha essa quantia em casa para comprar pão e carne; (...) que o acusado também levou o telefone celular da Depoente, sendo que não recuperou esse celular nem o dinheiro levado; (...) que a corrente de cachorro que ele usou para amarrá-la estava pendurada em uma parede da copa; que ele ainda foi lá dentro e trouxe um cinto do falecido marido da Depoente, também utilizando-o para amarrá-la; (...)

As outras duas testemunhas, sobrinhos da vítima, também ratificaram que o apelante levou o celular da idosa.

O acusado, quando de seu interrogatório, se limitou a dizer que não havia subtraído coisa alguma da vítima, sob os seguintes argumentos:

(...) que ao ser preso estava com um chapéu, uma bíblia, pois é evangélico e dois celulares, um quebrado e o outro conseguiu carregar; (...) que estava, no máximo, com R\$ 3,00, quando foi preso; que não estava com o celular da Vítima; que não o pegou; que não tinha como ter feito isso; (...) indagado o que fez no dia anterior ao que foi preso, esclareceu que não quer responder esta pergunta, porque não se lembra; que o telefone apreendido com o Interrogando, quando da prisão, era seu; que o tinha há três meses; que ele estava ativado na operadora CLARO e era da LG; que o número desse celular, recorda-se agora, era XXXX-XXXX; que o outro celular era velho, sendo que a irmã do Interrogando lhe repassou o aparelho dois dias antes para que ele examinasse a possibilidade de conserto; que não sabe a marca desse celular, sabe apenas que era do Paraguai; (...) que esclarecido ao Interrogando, pelo seu Defensor, que seria importante ele esclarecer o que fez um dia antes de ser preso, o Interrogando esclareceu que ficou na casa de seu pai, no Jardim Ingá e depois pegou o ônibus para o Núcleo Bandeirante, dormiu e acabou descendo no Terminal; (...)

Entretanto, ainda que o acusado tenha negado a autoria do delito de roubo, esta ressaí evidente do conjunto probatório, ainda que não se tenha apreendido *a res substracta*, devendo ser mantido o decreto condenatório.

A Defensoria Pública também preconiza que não houve apreensão e posterior perícia da faca que, em tese, teria sido utilizada pelo réu para o cometimento dos crimes ora em análise.

A jurisprudência dominante preconiza que não se faz necessária a apreensão da arma para o reconhecimento da majorante em debate, se o seu efetivo emprego ressaí do conjunto probatório.

Neste sentido:

EMENTA: ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

I – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II – Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.

III – A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV – Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V – A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI – Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII – Precedente do STF.

VIII – Ordem indeferida.

(HC 96099, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2009, DJe-104. PUBLIC 05-06-2009).

Na hipótese dos autos, da análise da prova oral angariada desponta a certeza de que o acusado se utilizou de arma (faca) para intimidar a vítima, detentora das *res substractas* (celular e cerca de R\$ 100,00 em espécie). Destarte, necessária é a aplicação da causa de aumento consistente no emprego de arma.

Também não há que se falar, como mencionou a Defensoria Pública, em *bis in idem*, quando da aplicação da referida majorante e da restrição da liberdade da vítima no crime de roubo, visto que elas já teriam sido devidamente valoradas quando da prática do crime de estupro. Deve-se ressaltar que, na espécie, as condutas do agente merecem sim tal desvalor, pois os bens jurídicos ofendidos pelo uso da faca e pela restrição da liberdade da vítima são distintos, além de terem ocorrido

em contextos fáticos sucessivos: em um primeiro momento houve ofensa à dignidade sexual e, posteriormente, ao patrimônio da vítima. Nada a reparar.

CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAL DOMÉSTICO

A materialidade delitiva encontra-se demonstrada por meio da Ocorrência Policial (folhas 9/13); Relatório Policial de folhas 68/73, bem como pelo Laudo de Exame de Local (folhas 359/432).

A autoria, da mesma forma, se mostrou indubitosa, mormente pelo depoimento da vítima, aliado às demais provas dos autos. Observe-se:

(...) que o cachorro veio para proteger a Depoente e mordeu a perna do acusado, então ele deu uma facada no cachorro; que, de início, a Depoente não ficou muito assustada, porque pensou que ele tinha dado uma facada de leve, apenas para assustar o cachorro, mas ele deu uma facada profunda; que o cachorro “chorou” e saiu; (...) inclusive, estava com muito medo, pois ele tinha matado o seu cachorro e ainda estava com a faca na mão; (...) que o cachorro que ele matou era da Depoente, era um cachorro da sua chácara; (...) que o cachorro morto na ocasião era um vira-lata adulto, de tamanho médio; que o acusado deve ter dado a facada no cachorro, perto de 19h e quando o sobrinho da Depoente chegou ele ainda estava vivo e gemendo; que o sobrinho levou o cachorro para o veterinário e, por volta da meia-noite, quando colocaram o cachorro em cima da mesa, para consulta, ele morreu; o cachorro morreu entre 23h30 e meia-noite, inclusive, ficou uma poça de sangue onde ele recebeu a facada; que tinha muito sangue, talvez uns dois litros de sangue; (...) que o cachorro estava solto e entrou na copa para defendê-la, momento em que foi esfaqueado; (...)

Tais relatos são corroborados pelos depoimentos dos sobrinhos da vítima, S. e R., bem como ressaem do Laudo de Perícia Criminal – Exame de Local (folhas 359/432), em que foram localizadas poças de sangue e um cadáver de um cão, que veio a óbito por uma ferida perfuroincisa, na região torácica.

O réu nada se manifestou quanto ao crime ora narrado, restringindo seus relatos ao fato de ter permanecido no dia do crime na residência de seu pai, tendo posteriormente ingressado em um ônibus em direção ao Núcleo Bandeirante.

Destarte, a autoria delitiva está patente, não havendo que se falar em absolvição.

Verifica-se, no entanto, um erro material quanto à tipificação do crime de maus-tratos cometido contra animal doméstico. A capitulação consignada na parte dispositiva da r. sentença fez referência ao § 1º do artigo 32 da Lei 9.605/98, o qual inclui como elemento normativo extrajurídico a expressão “experiência dolosa ou cruel em animal vivo”, que não coaduna com o verificado nos fatos discutidos, em que o apelante simplesmente deu uma facada no cachorro, que resultou no óbito do animal, quando poderia ter procedido de outra maneira, para afastá-lo das proximidades.

Veja-se a seguinte lição sobre o artigo 32 da Lei Ambiental:

Observe-se que entre as condutas do tipo não está incluído o verbo matar. Se o agente mata um animal da fauna silvestre brasileira não haverá maiores problemas para a tipificação da conduta, que configurará o art. 29, caput; mas no caso de animais domésticos e domesticados ou exóticos, não é possível aplicar o art. 29, que só tutela os animais silvestres e nativos. Como então subsumir a conduta do agente que mata um animal doméstico (ex. cachorro) ou exótico? Parece-nos que matar um animal doméstico ou exótico configura este crime do art. 32, porque o agente, necessariamente, irá ferir o animal antes de matá-lo. (In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanchez. [Org.]. Legislação Criminal Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 753).

Logo, sua conduta se amolda perfeitamente ao tipificado no *caput* do artigo 32 da referida Lei, inclusive por posição doutrinária, com a majorante prevista em seu § 2º, pelo resultado morte do cachorro.

DOS CRIMES DE RESISTÊNCIA E LESÃO CORPORAL

A materialidade delitiva restou evidente pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 127/131), Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 140), Laudo de Exame de Corpo de Delito – Lesões Corporais (fls. 53/54, 55/56), bem como pela prova oral colhida.

No que tange à absolvição requerida pelo apelante, verifica-se que ela, em parte, encontra respaldo no conjunto probatório.

Colha-se o que as vítimas, e ao mesmo tempo policiais, narraram em juízo e que interessa para a demanda:

que se aproximaram da mesa e pediram para ele se identificar; que ele respondeu de forma agressiva, dizendo que eles é que deveriam se identificar; que um colega do Depoente já estava com a carteira na mão e a abriu, dizendo que era polícia; que então o acusado [sic] que se chamava J.E. e indagaram o sobrenome e ele disse ser de L.; que então falou que ele estava preso, já o empurrando por um dos ombros; que esse tipo de abordagem faz parte da técnica para a prisão, pois força que a pessoa se volte de costas, possibilitando que seja algemada, mas tão logo falaram isso para o acusado, ele já foi dizendo: “não fui eu, não fui eu”; que o Depoente ainda comentou que não tinha falado nada que ele tinha feito; que ele começou a falar diversas palavras chulas e o “pau quebrou”; que ainda conseguiram colocar em um dos pulsos a algema, mas ele reagiu com extrema agressividade e segurou do outro lado, impedindo a colocação da algema no outro pulso; que ele chutava e se debatia; que os três agentes o seguravam, mas não conseguiam contê-lo; que ele chegou a lesionar a mão direita do Depoente; (que o Depoente mostrou uma cicatriz que tem na mão, antes do dedo anular direito, afirmando que foi feita pelo acusado, tratando-se de uma lesão profunda e acredita que a cicatriz não vai sumir); que seguravam o acusado pela cabeça, pelo tronco e pelas pernas e ainda assim ele se debatia, se recusando a ser algemado e gritando o tempo todo: “não fui eu”; que ele chutou diversas mesas e criou-se uma confusão no restaurante, com a clientela fugindo assustada; que já estavam ficando cansados e não conseguiam contê-lo; que foi necessária a colaboração de um Policial Militar, maior que o Depoente, para contê-lo; que o Depoente tem 1,83m e pesa 120Kg, sendo que o policial militar que o auxiliou tinha 2m de altura, no mínimo; que o acusado é muito forte, mesmo porque sempre trabalhou com enxada e demonstrou a força que tinha; que apenas com a ajuda do policial militar conseguiram algemá-lo, mas utilizando outra algema, pois ele continuou segurando aquela primeira; que ele não colaborou e não saiu andando do CONIC; que precisaram arrastá-lo até a viatura sempre com muita dificuldade; (...) que não se lesionou dando soco no acusado, mesmo porque isso nunca ocorreu; (...) que indagado como teria lesionado a mão, esclareceu que quando segurou no ombro do acusado e ele reagiu, deve ter batido a

mão contra uma parede, que tinha textura de grafiato, bem pontuda, pois certamente não se machucou batendo contra a mesa, nem no chão e essa é a única possibilidade; que não tinha lesão na mão antes de tentar prender o acusado". (Vítima H.L.S., policial, folhas 258/260).

"(...) ele disse se chamar J.E.; como era o mesmo nome da pessoa que procuravam e ele tinha as mesmas características, deram voz de prisão, dizendo que precisavam levá-lo para a Delegacia de Polícia; que ele já foi dizendo: "não fui eu, não fui eu"; que disseram que ele ia para a Delegacia de Polícia e lá poderia explicar tudo, pois tinham a obrigação de levá-lo; que ele foi colocado volta-do para a parede, enquanto o Depoente utilizou as algemas; que conseguiu colocar a algaema em apenas um dos punhos, pois ele reagiu, não aceitando ser algemado; que ele puxou o outro baixo [sic] e não conseguiram colocar a algaema de forma completa; que o Depoente e o colega ficaram tentando contê-lo e algemá-lo, enquanto o terceiro pedia apoio; que todos acabaram caindo no chão, sendo que ele se debatia e chutava muito; que até ficou com a impressão que ele teria tomado alguma coisa, pois mostrava muita força; que ele gritava que iriam matá-lo e que deveriam filmar, enquanto falavam com ele que iriam apenas levá-lo para a Delegacia de Polícia; que apenas conseguiram contê-lo com a ajuda de um policial militar que chegou depois ao local; que depois dele ser contido, chamaram uma viatura e o conduziram para a Delegacia de Polícia; que o Depoente ficou com uma pequena lesão na mão, pois no momento em que segurava a algaema para terminar de algemar o acusado, ele reagiu e a algaema travou, arranhando a mão do Depoente, que chegou a sangrar; (...) que o Depoente prendeu a algaema em um dos pulsos do acusado; que ele se recusou a levar o outro braço para ser algemado; que com a ajuda do colega, conseguiram puxar o outro braço, sendo que pediam para que ele passasse aquele braço para ser algemado, mas ele se recusava; que então puxaram o braço, mas ele acabou segurando a algaema com a mão solta e não foi possível fazê-lo soltar; que o Depoente chegou a forçar a mão dele, tentando abrir os dedos, mas ele segurou de uma forma que não soltava e passou a reagir, sendo que os três foram cair no chão, onde ele se debatia e gritava, pedindo que filmassem tudo e dizendo que iriam matá-lo, embora fasssem para que [sic] estavam apenas fazendo a sua prisão (...) (Vítima J.L.G.R., policial, folhas 261/262).

O acusado, quando de seu interrogatório, afirmou que, quanto ao crime de resistência, os fatos não são verdadeiros, e que em momento algum reagiu à prisão; em vez disso, teria se deitado imediatamente ao chão, sendo que as algemas foram colocadas de forma muito apertada, causando intensa dor. Já no tocante ao delito de lesões corporais, o réu nada se manifestou a respeito.

Pois bem. Faz-se mister destacar que o conjunto probatório é hígido e suficiente para assegurar um decreto condenatório pelo crime de resistência, ainda mais quando os relatos são uníssonos em afirmar que o acusado não colaborou para o cumprimento da ordem emanada dos policiais, vindo a se debater e efetuar toda ordem de força física para tentar se desvencilhar da prisão.

Não há também, como faz presumir a defesa, que se falar em ordem ilegal por parte dos policiais, por não estarem portando o mandado no momento em que fora efetuada a prisão. Verifica-se, às folhas 147/149, que já havia sido expedido o mandado de prisão temporária em nome do apelante, no dia 11/11/2012, às 19h53, o que afasta qualquer hipótese de ordem ilegal, não havendo que se falar em atipicidade da conduta.

Outrossim, não prospera o argumento de que somente os testemunhos dos policiais não seriam o suficiente para condenar o acusado. Em vez disso, é predominante o entendimento nesta egrégia Corte que, estando os relatos dos policiais em consonância com as demais provas dos autos, como é o presente caso, tais depoimentos são aptos a ensejar decreto condenatório, não havendo que se falar em insuficiência probatória para o crime de resistência.

Entretanto, parcial razão assiste à nobre defesa quando pugna pela absolvição do apelante quanto às condutas relativas aos crimes de lesões corporais. Ressai evidente dos relatos das vítimas que as lesões leves ocasionadas em suas mãos foram ocasionadas quando da tentativa de prender o apelante, sendo que uma delas veio a lesionar a mão em uma parede chapiscada, e a outra, com a própria algema.

Faz-se mister destacar que não houve dolo do condenado em lesionar os policiais, mas tão somente o ímpeto de se livrar da prisão que ora estava acontecendo. E, dessa forma, a absolvição do apelante quanto aos crimes de lesões corporais é medida que se impõe.

CRIME DE EXTORSÃO

A materialidade do delito restou estampada pela Ocorrência Policial de folhas 9/13, pelo Relatório Policial de folhas 68/73, bem como pelo Laudo de Exame de Local (folhas 359/432).

Quanto à autoria delitiva, tem-se que as teses agitadas na apelação quanto a esse crime não são inéditas e já foram apreciadas pela MM. Juíza sentenciante, nestes termos:

É de se ressaltar que a perícia constatou no local dos fatos a presença de diversos objetos espalhados sobre a cama da vítima, o que se coaduna com o relato desta de que o acusado vasculhou o conteúdo de suas bolsas procurando dinheiro. Inclusive, é possível notar nas fotografias de fls. 411/416 a presença de bolsas, papéis, documentos e cartões bancários.

Destaco, assim, os seguintes trechos do referido laudo pericial:

“No interior da residência 1 foram observados os seguintes elementos de interesse pericial (croqui): (...) duas bolsas femininas, abertas e vazias, sendo uma de cor preta e a outra de cor marrom, localizadas sobre a cama (fotografias 64 e 65); objetos diversos, dentre eles utensílios de uso feminino, espalhados sobre a cama, assim pormenorizados (fotografias 64 e 65): contas, segmentos de papel, panfletos de propagandas e cartões comerciais, em algum dos quais estavam escritos nomes e números de telefone (fotografias 67 e 68); (...) uma carteira em couro, na cor marrom, no interior da qual havia um cartão de poupança da Caixa Econômica Federal e um cartão do Banco Itaú, ambos em nome de ‘M.E.M.’, um comprovante de depósito e uma certidão (fotografia 71)”. Vide fls. 360/362.

“a presença de duas bolsas femininas, abertas e vazias, e diversos objetos comumente encontrados no interior desse tipo de bolsa, todos espalhados sobre a cama do quarto 1, indicam que houve esvaziamento de pelo menos uma delas sobre a cama, em circunstâncias que não se pode precisar”. Vide fls. 365.

Portanto, não assiste razão à Defesa quando aduz em suas alegações finais a ausência de provas da materialidade em relação ao cartão bancário da vítima. É de se salientar que, embora o referido laudo pericial tenha sido juntado

após a apresentação dos memoriais da Defesa, foi-lhe dada vista dos autos e facultada a complementação das alegações finais antes da prolação desta sentença, sendo que o i. Defensor Público limitou-se a reiterar os termos já apresentados (vide cota de fls. 439, verso).

A autoria, da mesma forma, se mostrou incontestada.

A vítima M.E.M., na oportunidade em que foi ouvida judicialmente, descreveu a dinâmica delitiva executada por J.E., ressaltando, inicialmente, que:

“ele perguntou onde estava o dinheiro; que falou para ele que estava na bolsa; ele queria saber em qual bolsa e a Depoente disse que, se a soltasse, iria pegá-lo, mas ele não aceitou e ficou insistindo; então, a Depoente apontou com o queixo onde estava a bolsa; que ele jogou todas as bolsas em cima da cama e pegou o dinheiro que estava em uma delas; depois, quis saber qual era a senha do banco, mas a Depoente não conseguiu se lembrar, pois estava muito nervosa e só usa essa senha quando vai tirar a aposentadoria; que não tem a senha decorada, ela fica anotada em um caderno; que falou para ele que a senha estava no caderno e poderia procurá-la se ele a desamarrasse, mas ele insistia em saber qual era a senha, sem soltar a Depoente; (...)”.

Após o aditamento da denúncia, a pedido da Defesa, a vítima foi novamente inquirida e, na ocasião, esclareceu que:

“hoje, a Depoente sabe de cor o número da sua senha do banco, pois está calma, mas no dia estava nervosa e não lembrou; que por isso a Depoente escreve no caderno o número da senha e olha quando está nervosa; que ele não leu o número da senha no caderno da Depoente, pois o número fica camuflado no caderno, só a Depoente acha; que não sumiu nenhum dinheiro da conta da Depoente que tem neste cartão; (...) que quando dos fatos, na conta desse cartão, a Depoente tinha R\$ 16.000,00; que a senha dessa conta estava anotada em um de seus cadernos; que ele deixou o cartão no local; que a polícia levou três cartões da Depoente, do ITAÚ, do BRADESCO e da CAIXA; que o acusado não levou nenhum cartão da Depoente, pois não tinha senha; que o acusado ainda estava com a faca na mão, quando exigiu que ele lhe entregasse a senha; que ele exigiu a senha depois de já ter estuprado a Depoente; que indagada da razão de o acusado ter ido embora, sem a senha, a Depoente disse que ele sentiu

que o sobrinho dela iria chegar; indagada se ele falou isso, disse que não, mas percebeu, sendo que ele falou apenas que ela estava demorando demais para lembrar a senha e que ele iria embora; (...)”.

Interrogado em Juízo, o acusado J.E.L. asseverou, de início, que os fatos narrados na denúncia NÃO são verdadeiros.

Entretanto, nada falou acerca do crime em comento, limitando-se a dizer que, no dia anterior à sua prisão, estava na casa de seu pai no Jardim Ingá.

Assim, diante do conjunto probatório, reunido sob o palio do contraditório e da ampla defesa, é possível notar que o acusado, de fato, tentou praticar o crime de extorsão descrito na denúncia.

Conquanto o acusado tenha negado genericamente os fatos a si atribuídos, a vítima M.E. esclareceu com bastante coesão que, após, estuprá-la e subtrair-lhe R\$ 100,00 de sua bolsa e o aparelho celular, J.E. encontrou o cartão bancário dela e passou a ameaçá-la com a faca para que informasse o número da senha.

Contudo, o crime somente não se consumou por circunstância alheia à vontade do agente, pois que a vítima, nervosa e amedrontada, não conseguiu lembrar-se da senha bancária, a qual estava anotada de forma camuflada em um caderno.

Isto é, sem o comportamento ativo da ofendida no sentido de informar ao acusado a sequência de números da senha de seu cartão bancário, o crime não poderia atingir a consumação, como ocorreu na situação em apreço. É de se ressaltar que tal impossibilidade foi circunstancial, já que a vítima, pessoa idosa com 70 anos de idade, fragilizada e fortemente emocionada após ter sido estuprada e roubada, não conseguiu lembrar-se da senha.

Observa-se que, embora a senha estivesse anotada em um caderno, somente a vítima sabia como identificá-la, sendo certo que somente esta poderia ser capaz de informá-la ao acusado, ou seja, sem o auxílio direto da vítima, J.E. não teria como descobrir a senha.

E, justamente nesse ponto, reside a peculiaridade que distingue os crimes de roubo e extorsão. É de se ressaltar que tais delitos não se confundem, pois, do contrário, não seria razoável a existência de dois tipos penais diversos para criminalizar a mesma conduta.

Segundo o entendimento prevalecente na doutrina e jurisprudência, no delito de extorsão a vítima é obrigada a praticar uma conduta que consista em uma postura ativa (fazer) ou passiva (tolerar que se faça ou deixe de fazer alguma coisa), sendo que o comportamento dela é essencial para a obtenção da vantagem indevida. Vale dizer, se a vítima não agir ou se omitir da forma descrita no tipo penal, a obtenção da vantagem econômica será inviável.

Assim, observa-se que, num primeiro momento, o acusado praticou apenas o roubo e, somente após a consumação deste, decidiu praticar o delito de extorsão quando encontrou o cartão bancário, constringendo a vítima, mediante grave ameaça com emprego de uma faca, e com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica, a informar-lhe a respectiva senha bancária.

No crime de roubo, conquanto não se negue muitas similitudes, a conduta da vítima não é imprescindível para a subtração da coisa alheia móvel, na medida em que o agente pode atingir este resultado utilizando-se de outros meios.

Sobre o ponto, confira-se a lição de GUILHERME NUCCI:

“Extorsão: é uma variante de crime patrimonial muito semelhante ao roubo, pois também implica numa subtração violenta ou com grave ameaça a bens alheios. A diferença concentra-se no fato de a extorsão exigir a participação ativa da vítima fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. Enquanto no roubo o agente atua sem a participação da vítima, na extorsão o ofendido colabora ativamente com o autor da infração penal”. (in: Código Penal Comentado, Ed. RT, 10ª Edição, 2010, p. 768).

Na jurisprudência, também é esta a orientação, a exemplo do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. ROUBO E EXTORSÃO. CONCURSO MATERIAL. CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DELITOS AUTÔNOMOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Na linha de precedentes desta Corte e

do Supremo Tribunal Federal, configuram-se os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, quando o agente, por meio de mais de uma ação, pratica os núcleos dos verbos dos dois tipos penais. 2. No caso, após a subtração, mediante grave ameaça, do veículo e de quantia em dinheiro da vítima, o paciente constrangeu-a a dizer-lhe a senha de seu cartão de crédito/débito e o conduziu a um caixa eletrônico para efetuar saque em sua conta-corrente. (...) (STJ, 5ª Turma, HC 182477/DF, DJe 20/08/2012). Grifado.

Eis a singela diferença entre os tipos penais descritos na denúncia que, embora praticados num mesmo contexto fático, não se confundem. A dinâmica dos fatos demonstra, portanto, que houve dois crimes em sequência, com ações nitidamente individualizadas, nos quais se observam dolos apartados, embora sejam ambos delitos contra o patrimônio e, por isso, possuam o mesmo bem jurídico tutelado.

Dessarte, não é possível se vislumbrar, no caso, o concurso formal de crimes, já que houve duas ações com dois resultados típicos diversos, razão pela qual há de incidir o concurso material de delitos, na forma do artigo 69, do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão do Egrégio TJDFT:

PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE USO DE ARMA DE BRINQUEDO. ÔNUS DA PROVA NÃO CUMPRIDO. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. SUBTRAÇÃO DE BENS. FORNECIMENTO DE SENHA BANCÁRIA. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. SANÇÕES AUTÔNOMAS. CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO. CRITÉRIO QUALITATIVO. ERCENTUAL [sic]. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO (ART. 387, IV, CPP). (...) De acordo com a doutrina e a jurisprudência, a diferença entre o crime de roubo e o de extorsão está na imprescindibilidade ou não do comportamento da vítima, isto é, se o agente apodera-se da res independentemente da participação da vítima, tem-se o roubo. Já a extorsão ocorre quando a participação da vítima for absolutamente necessária para o agente alcançar a locupletação. Configuram-se os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair bens da vítima, obriga-a a fornecer senha bancária. (...) (Acórdão 449100, 20070111282814APR, Relator: MARIO MA-

CHADO, Revisor: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 09/09/2010, Publicado no DJE: 15/10/2010. Pág.: 221). Destacado.

No caso, também restou evidenciado pelo relato coeso da vítima que o acusado empregou uma arma (faca) para exercer a grave ameaça em seu desfavor, razão pela qual deve incidir a majorante prevista no § 1º do artigo 158 do Código Penal.

Igualmente, infere-se que, consumado o estupro, J.E. manteve a vítima M.E. amarrada, restringindo-lhe a liberdade por significativo lapso temporal, enquanto praticou o crime de roubo e, em seguida, o delito de extorsão ora em apreço. À evidência, deve-se reconhecer a qualificadora descrita no § 3º do artigo 158 do Código Penal, pois a restrição da liberdade da vítima foi condição necessária para a obtenção da vantagem econômica almejada, embora, por fatores alheios à vontade do agente, esta não tenha sido efetivamente obtida.

Não há falar-se em “bis in idem” por ter sido empregada a faca e mantida a restrição da liberdade da vítima pelo acusado com a intenção de praticar o estupro. De fato, tais circunstâncias foram empregadas na execução do crime de caráter sexual, mas, consumada esta infração penal, o acusado decidiu progredir criminalmente e praticar novos delitos: o roubo e, em seguida, a extorsão. As circunstâncias por ele empregadas em cada um destes delitos não geram responsabilidade penal tripla pelos mesmos fatos, já que J.E. praticou condutas subsequentes, bem delineadas e com dolos distintos, como já ressaltado.

Havendo concurso material de crimes, não há falar-se em “bis in idem” em relação ao emprego da arma e a restrição da liberdade da vítima.

Por fim, nota-se que, diante do lapso de memória da vítima e do fato de J.E. não ter encontrado a senha bancária nas anotações desta, decidiu evadir-se do local por temer a chegada de algum familiar da ofendida, já que, nesse momento, esta já havia se comunicado por telefone com seus sobrinhos. Portanto, o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Assim, a dinâmica dos fatos e a coesão das declarações apresentadas demonstram inequivocamente o cometimento do tipo penal em tela. Não há nos autos um elemento sequer que aponte em sentido contrário e tampouco revele um

propósito aleatório de incriminar o acusado. Inexistem causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade a mitigar a punibilidade do réu. Ademais, nos crimes desta natureza, a palavra da vítima, em harmonia com o conjunto probatório, possui especial relevância. (...).

Denota-se, pois, que a douta magistrada *a quo* bem fundamentou o porquê de se condenar o apelante também pelo delito de extorsão qualificada tentada, apreciando a prova com percuciência, resultando indene de dúvidas em um juízo convergente ao trazido pela acusação, culminando também na condenação por essa prática delitiva.

Sem alento, pois, a irresignação do apelante ao asseverar que o decreto condenatório se ressentia de provas aptas à condenação. As provas coligidas são robustas, hígidas e suficientes para confirmar a autoria dos fatos imputados ao recorrente.

Por tais razões, mantém-se a decisão que condenou o apelante como incurso nos artigos 213, *caput*; 157, § 2º, incisos I e V, ambos do Código Penal; artigo 32, § 2º, da Lei 9.605/98; artigos 329, *caput*, do Código Penal; e artigo 158, §§ 1º e 3º, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Porém, reforma-se em parte o *r. decisum* para absolver o apelante das condutas inculpidas no artigo 129, *caput*, (duas vezes) do Código Penal.

Passa-se à dosimetria da pena.

CRIME DE ESTUPRO

A MM Juíza valorou negativamente as seguintes circunstâncias judiciais:

- a culpabilidade, haja vista que o réu agiu mediante abuso de confiança, por ser ex-empregado da vítima, e adentrou a residência desta sem sua permissão, sob o pretexto de cobrar uma hipotética dívida trabalhista, agindo de forma dissimulada até notar que o cenário era propício para a consumação do ato sexual;
- as circunstâncias do crime, pois o crime foi cometido mediante emprego de faca e com restrição da liberdade da vítima, que fora amarrada com correntes para cães e cintos afivelados;

- o motivo do crime, imbuído do sentimento de vingança, visto que a vítima se negou a pagar suposta dívida trabalhista, bem como pela existência de anterior desavença entre réu e vítima;

Com espeque no exposto, estabeleceu-se a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão. Verifica-se que a MM Juíza foi assaz severa em estabelecer esse patamar, sobretudo pela quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis e pelo interregno de 4 (quatro) anos existente entre as penas mínima e máxima.

Destarte, e valorando cada circunstância judicial em 6 (seis) meses, fixa-se a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, ausentes atenuantes, mas presente a agravante inculpada no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal – crime cometido contra maior de 60 (sessenta) anos –, razão pela qual se aumenta a reprimenda em 6 (seis) meses, restando a pena concreta em 8 (oito) anos de reclusão, em face da ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena a serem sopesadas na espécie.

CRIME DE ROUBO

A nobre magistrada *a quo* também valorou negativamente três circunstâncias judiciais – culpabilidade, circunstâncias e motivo do crime –, com espeque na mesma fundamentação exarada quando do estabelecimento da reprimenda para o crime de estupro, sendo estabelecida a sanção corporal de piso em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 25 (vinte e cinco) dias-multa, à menor razão legal. Nada a reparar quanto à pena corporal, mas a reprimenda pecuniária deve ser redimensionada para 14 (quatorze) dias-multa, a fim de manter a devida proporcionalidade.

Na etapa seguinte, ausentes atenuantes, porém presente a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, razão pela qual se aumenta a sanção em 6 (seis) meses e 2 (dois) dias-multa, alcançando o patamar provisório de 6 (seis) anos de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Na derradeira fase, não incidem minorantes, entretanto estão presentes as majorantes previstas nos incisos I e V do § 2º do artigo 157 do Estatuto Repressivo, razão pela qual se aplicou a fração mínima de 1/3 (um terço), culminando, então,

na sanção 8 (oito) anos de reclusão, acrescido de 21 (vinte e um) dias-multa, à menor razão legal.

CRIME DE MAUS-TRATOS DE ANIMAIS

A MM Juíza considerou todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao apelante, razão pela qual estabeleceu a pena-base do delito no mínimo legal: 3 (três) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Na etapa seguinte, inexistem agravantes ou atenuantes a serem sopesadas.

Por fim, deve ser considerada a majorante inculpada no § 2º do artigo 32 da Lei 9.605/98, haja vista que ocorreu a morte do animal. Como se denota do que expôs a MM Juíza, a fração máxima de 1/3 (um terço) se encontra bem empregada, sobretudo porque o cão agonizou por várias horas até o óbito, merecendo a conduta maior reprovabilidade, alcançando a pena o patamar definitivo de 4 (quatro) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa, à menor razão legal.

CRIME DE RESISTÊNCIA

A MM Juíza considerou todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao apelante, razão pela qual estabeleceu a pena-base do delito no mínimo legal: 2 (dois) meses de detenção, patamar este que restou definitivo, ante a ausência de atenuantes, agravantes, causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas. Nada a reparar.

CRIME DE EXTORSÃO

A MM Juíza valorou negativamente as seguintes circunstâncias judiciais:

- a culpabilidade, haja vista que o réu agiu mediante abuso de confiança, por ser ex-empregado da vítima, e adentrou a residência desta sem sua permissão, sob o pretexto de cobrar uma hipotética dívida trabalhista, agindo de forma dissimulada até notar que o cenário era propício para a consumação do delito de extorsão;
- o motivo do crime, imbuído do sentimento de vingança, visto que a vítima se negou a pagar suposta dívida trabalhista;

E, sabendo-se que o crime foi cometido mediante restrição da liberdade da vítima, restou patente a modalidade qualificada do delito, inculpada no § 3º do artigo

158 do Código Penal, sendo então fixada a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, além de 20 (vinte) dias-multa. Nada a reparar quanto à sanção corporal, mas a reprimenda pecuniária deve ser redimensionada para 17 (dezesete) dias-multa, a fim de manter a devida proporcionalidade com a admoestação corporal, cuja sanção, em seu *caput*, inicia em 4 (quatro) anos de reclusão.

Na etapa seguinte, ausentes atenuantes, porém presente a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, razão pela qual se aumenta a sanção em 6 (seis) meses e 3 (três) dias-multa, alcançando o patamar provisório de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à menor razão legal.

No terceiro estágio, presente a causa de aumento pelo emprego de arma (§ 1º), majora-se a sanção no mínimo legal, de 1/3 (um terço), alcançando a sanção o patamar provisório de 10 (dez) anos de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa. Adiante, reconhecida também a hipótese de crime tentado, bem fundamentou a MM Juíza ao decotar na fração mínima de 1/3 (um terço), haja vista que o *iter criminis* fora quase todo percorrido, não atingindo o acusado a consumação do delito tão somente porque a vítima, em um momento de desespero, não lembrou a senha do cartão do banco.

Dessa feita, a sanção restou concreta em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além de 17 (dezesete) dias-multa, à menor razão legal.

DA UNIFICAÇÃO DAS PENAS

Deve-se aplicar o concurso material a todos os delitos, na forma do artigo 69 do Código Penal, haja vista que se imbuíram de desígnios autônomos, não havendo que se falar em continuidade delitiva, conforme pleiteia a nobre defesa, principalmente por não se tratarem de crimes da mesma espécie (mesmo tipo penal), consoante dispõe a doutrina e jurisprudência majoritárias.

Destarte, unificadas as penas corporais, o patamar alcançado é de: 22 (vinte e dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além de 6 (seis) meses de detenção.

Pelo *quantum* arbitrado, e em respeito ao que dispõe o artigo 33 do Código Penal, a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Em relação às penas de detenção, escoreita a fixação do regime inicial aberto, nada tendo, pois, a reparar.

Quanto à sanção pecuniária, e consoante o que dispõe o artigo 72 do Código Penal, ela alcança o patamar de 51 (cinquenta e um) dias-multa, à menor razão.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso para absolver o apelante do crime de lesão corporal (por duas vezes), redimensionar a sanção imposta ao crime de estupro, bem como readequar a sanção pecuniária imposta, a fim de manter a devida proporcionalidade com a admoestação corporal, mantendo-se intactos os demais termos da r. sentença vergastada.

Por fim, há de se ressaltar que a d. Procuradoria de Justiça sugere, em seu parecer, que haja censura por parte desta Eg. Corte de Justiça, quanto ao que dispôs o nobre Defensor Público, à folha 507, quando afirmou que "restou claro como o sol que a vítima, durante o intercurso, realizou a confidência íntima ao apelante de que há mais de 30 anos não tinha relações sexuais. A vítima ficou aliviada e grata".

Pois bem. Faz-se mister destacar que a expressão, por si mesma, não contém qualquer palavra de baixo calão, não merecendo que se mande riscá-la ou a aplicação de qualquer censura pelo Estado-Juiz. Entrementes, o Ministério Público, querendo, pode oficiar a quem de direito que tenha poder de censurar administrativamente a Defensoria Pública.

E é o voto.

Des. Gilberto Pereira de Oliveira (Revisor) – Com o Relator.

Des. Mario Machado (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Prover parcialmente, unânime.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

2013002021391-5

Relator – Des. Mario Machado

Câmara Criminal

EMENTA

Conflito de jurisdição. Agressão física de pai contra filha menor de quatorze anos de idade. Exercício de poder familiar. Inexistência de motivação de gênero. Não incidência da Lei 11.340/06. Competência do juízo suscitado.

A Lei Maria da Penha traz em seu cerne a necessidade de proteção da mulher contra a violência de gênero, calcada numa concepção patriarcal de sociedade, fato este não configurado na presente hipótese.

A violência intrafamiliar, não fundamentada nas relações de gênero, tem previsão no Código Penal que pune as agressões contra qualquer pessoa (vias de fato, lesões corporais, ameaças, etc.), resultando incorreta a aplicação das especificidades próprias da Lei Maria da Penha a todo e qualquer caso em que agredido indivíduo do sexo feminino, sob pena de banalização da questão, diminuindo a importância das relações patriarcais na configuração da violência contra a mulher.

O castigo aplicado à filha pelo pai não está relacionado à questão de gênero numa relação intrafamiliar, mas, tão somente, ao exercício do poder familiar. Hipótese que se amolda ao crime de maus-tratos, da competência do Juizado Especial Criminal.

Conflito admitido e determinada a competência do juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mario Machado – Relator, George Lopes Leite – Vogal, Sandra De Santis – Vogal, Roberval Casemiro Belinati – Vogal, Silvanio Barbosa dos Santos – Vogal, João Timóteo de Oliveira – Vogal, Souza e Avila – Vogal,

Humberto Adjuto Ulhôa – Vogal, João Batista Teixeira – Vogal, Jesuino Rissato – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Declarar competente o juízo suscitado. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Ceilândia, em face de decisão proferida pelo Juízo do Juizado Especial Criminal de Ceilândia, que declinou da competência para processar e julgar o fato imputado a S.P.N., conforme denúncia nos autos da Ação Penal 2012.03.1.019385-5.

Designei o Juízo suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fl. 132).

Parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça pelo conhecimento do conflito negativo de competência, determinando-se a competência do Juízo Suscitante (fls. 136/139).

É o relatório.

VOTOS

Des. Mario Machado (Relator) – Presentes os requisitos de admissibilidade, conhecimento do conflito negativo de competência.

O Ministério Público ofereceu denúncia perante o Juízo do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ceilândia, imputando ao acusado a prática do crime do art. 136, § 3º, do Código Penal, em contexto de violência doméstica nos termos da Lei 11.340/06 (fls. 6/7).

Posteriormente, a denúncia foi aditada, alterando-se a classificação da conduta para aquela do art. 129, § 9º, do Código Penal, mas foi ratificada a incidência da Lei 11.340/06 (fls. 24/33).

Realizada a instrução criminal (fls. 81/84), quando oficiou membro do Ministério Público diverso daquele que ofertou a denúncia e seu aditamento, este, na oportunidade da apresentação de memoriais escritos, deixou de se manifestar quanto ao mérito, mas afirmou que a conduta descrita na denúncia amolda-se ao tipo do art. 136 do Código Penal e não cabe incidência da Lei 11.340/06. Por fim, oficiou pela incompetência do Juízo, com remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal de Ceilândia (fls. 86/90), o que foi acolhido e determinado pela decisão de fls. 102/106.

O Juiz do Juizado Especial de Ceilândia, por sua vez, declinou de sua competência em favor de uma das Varas Criminais dessa mesma circunscrição judiciária, sob o fundamento de que o crime do art. 129, § 9º, do Código Penal, prevê pena máxima superior a 2 anos, o que exclui a competência do Juizado Especial (fl. 115).

Distribuídos os autos à 2ª Vara Criminal de Ceilândia, o Ministério Público, considerando que “restou afastado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha e, considerando, por outro lado, que o laudo de exame de lesões corporais atestou lesões de natureza leve”, oficiou pela designação de audiência com oferta dos benefícios da Lei 9.099/95 (fl. 123).

Sucedede que o Juízo da 2ª Vara Criminal suscitou o presente conflito negativo de competência (fls. 125/127), sob o fundamento de que a conduta descrita na denúncia “não leva à conclusão de que o caso se amolda ao tipo previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, inexistindo evidências de que a intenção do autor seria apenas lesionar a filha. Não se pode descartar a possibilidade de o autor ter intenção de alcançar objetivo específico do crime de maus-tratos” (fl. 126).

Inicialmente, registre-se que a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, afirma que não poderia o Juízo da Vara Criminal ter suscitado conflito negativo de competência, quando o Ministério Público nela oficiante “manteve o entendimento constante na peça acusatória e requereu providências, dando a conduta como sendo de lesões corporais e referiu-se à não aplicabilidade dos dispositivos da Lei Maria da Penha” (fl. 139). Acrescenta, ainda, que o Magistrado não indeferiu as providências requeridas pelo *Parquet* (oferta de benefícios da Lei 9.099/95), nem “havia tangenciado as hipóteses dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal” (fl. 139 e verso).

Sucedeu que não cabia ao Magistrado decidir tais questões, quando entendeu não ser competente para apreciá-las. Logo, agiu corretamente quando suscitou o conflito, de forma fundamentada.

Voltando ao mérito, conforme detalhado, divergiram os juízes quanto à tipicidade da conduta. Caso seja aquela do art. 136, § 3º, ou aquela do art. 129, *caput*, ambos do Código Penal, a competência para o julgamento da causa é do Juizado Especial, pois a pena máxima de um e de outro crime é inferior a 2 anos.

Por outro lado, se a conduta amolda-se àquela do art. 129, § 9º, do Código Penal, a Vara Criminal é a competente para o julgamento, já que a pena máxima prevista no tipo é de 3 anos de reclusão.

No caso, colhida a prova oral em audiência (fls. 82/84), extrai-se que o réu, ao bater na filha com a faixa do quimono, o fez com o intuito de correção e disciplina. Isso resultou claro dos depoimentos:

“que pelo que entendeu do relato da criança, o réu teria batido nela em razão dessa ter saído de casa, sem consentimento dele, e enquanto ele dormia, e ido brincar com uma coleguinha na frente da casa; que o réu não gostou dessa conduta da criança e por isso a agrediu...” (fl. 82, R.A.P., mãe da vítima).

“que realmente bateu em sua filha...; que a vítima já vinha aprontando e fazendo diversos tipos de malcriações; que já havia conversado com a criança..., mas não adiantava; que a própria mãe já havia pedido ao réu para bater na criança a fim de instruí-la; que... pegou sua faixa de quimono e deu por volta de cinco ou seis lambadas na menor... com o intuito de corrigi-la; ... que sua intenção era de educar a criança...” (fl. 84, S.P.N., acusado, pai da vítima).

Evidente, assim, o dolo de maus-tratos, não o de lesão corporal.

Apesar dos maus-tratos em ambiente doméstico e familiar, não é caso de incidência da Lei 11.340/06. Conforme art. 5º, *caput*, da Lei 11.340/06:

“Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Por sua vez, a exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei 11.340/06, esclarece:

“O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de ação afirmativa que têm por objetivo implementar ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas.”

Como se percebe, traz a Lei Maria da Penha, em seu cerne, a necessidade de proteção da mulher contra a violência de gênero, calcada numa concepção patriarcal de sociedade.

Deve-se destacar que a violência intrafamiliar, não fundamentada nas relações de gênero, tem previsão no Código Penal que pune as agressões contra qualquer pessoa (vias de fato, lesões corporais, ameaças, etc.), resultando incorreta a aplicação das especificidades próprias da Lei Maria da Penha a todo e qualquer caso em que agredido indivíduo do sexo feminino, sob pena de banalização da questão, diminuindo a importância das relações patriarcais na configuração da violência contra a mulher.

Para melhor compreensão, colaciono a conceituação moderna de patriarcado, atualmente descrito como “modelo de relações sociais no qual predominam valores estritamente masculinos, fundamentados em relações de poder” cujo exercício varia das formas mais sutis, não diretamente coercitivas, ao uso da violência. Daí que “característica das relações sociais patriarcais é a dominação do gênero feminino pelo masculino, que costuma ser marcada (e garantida) pelo emprego de violência física e/ou psíquica” (Sabadel, Ana Lúcia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 840, 2005, p. 429-456).

Desse modo, a visibilidade do problema da violência doméstica contra a mulher, nos moldes acima expostos, é que deu ensejo à promulgação da Lei 11.340/06

como uma das estratégias para o enfrentamento da questão, prestigiando o entender e o sentir da mulher vitimizada, abrangendo todas as formas de pressão – físicas ou psíquicas – contra esta dirigidas e ofensivas a sua dignidade.

Daí porque, dentro dessa perspectiva, não se deve confundir as soluções a serem adotadas quando da constatação de violência intrafamiliar apartada da questão do gênero e do tipo patriarcal de relação, e melhor abrangida pelas disposições do Código Penal; e a violência especificamente tratada pela lei Maria da Penha, entendida como aquela contra a mulher, causada em razão do fato de pertencer ao sexo feminino, e que tenha como resultado a privação arbitrária de seus direitos, num âmbito do processo de dominação masculina.

Nessa ótica, bem menos abrangentes do que se supõem os termos da Lei 11.340/06, cujo objetivo – proteção da mulher conquanto vítima da violência de gênero – demanda tratamento diferenciado e mais rigoroso, não extensivo aos casos de violência doméstica e familiar envolvendo parentes que vivem ou não sob o mesmo teto, ou a pessoas que convivem no mesmo espaço doméstico, vinculadas ou não por laços de parentesco. Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE MAUS-TRATOS PRATICADOS PELA MÃE CONTRA O CASAL DE FILHOS. NÃO INCIDÊNCIA DA Lei 11.340/06. O artigo 5º da Lei Maria da Penha configura como violência doméstica e familiar contra a mulher toda espécie de agressão (ação ou omissão), baseada no gênero, isto é, na condição hipossuficiente da mulher, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, importando em violação dos direitos humanos, independente da habitualidade da agressão. No caso, maus-tratos praticados pela mãe contra filhos, a hipossuficiência das vítimas decorre da condição de serem – pela idade – e não em face da vulnerabilidade de gênero numa relação intrafamiliar. Havendo estatuto próprio de proteção da criança vítima de violência, não se pode aplicar indistintamente uma lei criada com a finalidade de proteger a mulher da violência masculina, em razão, principalmente, da sua inferioridade física. Aliado a isso, a aplicação da Lei Maria da Penha só ocorre quanto aos fatos praticados por homem contra mulher, o que inócorre in casu, devendo o feito ser apreciado pelo juízo comum suscitado. CONFLITO NEGATIVO JULGADO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (TJRS – Con-

flito de Jurisdição nº 70046682498, 3ª Câmara Criminal, Relator: Francesco Conti; Julgado em 09/02/2012)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. MAUS-TRATOS. FILHA COM 14 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA EM RAZÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. O objetivo da Lei Maria da Penha é combater a violência no âmbito familiar decorrente da discriminação de gênero, consistente no fato do homem entender que está em situação de superioridade em relação à mulher, que, por sua vez, acredita estar em posição inferior. A submissão, o medo, além de outros sentimentos negativos que assolam a vida da mulher que sofre violência, quer física, ou moral, no âmbito familiar, levou o legislador infraconstitucional a regulamentar o §8º artigo 266 da Constituição Federal. Assim, foram criados os juizados especializados, com a finalidade de julgar de forma mais célere os casos concretos. No entanto, não são todos os injustos penais cometidos contra pessoa do sexo feminino no esteio familiar que devem ser julgados por aqueles juizados, sendo imprescindível que haja correlação com gênero. In casu, o crime foi cometido contra uma menor que contava com 14 anos à época dos fatos, filha do denunciado, razão pela qual não se verifica a violência em razão do gênero, sendo competente para julgar a ação penal em seu desfavor o Juízo do II Juizado Especial Criminal da Capital por se tratar de crime inserido no conceito de menor potencial ofensivo. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJRJ – processo 0025611-33.2012.8.19.0000 – Conflito de Jurisdição; Rel. Des. Denise Vaccari Machado (1ª Turma Criminal) – Julgamento: 13/08/2012)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA Lei 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. 2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo

pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. 2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei 11.340/06. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado. (CC 88.027/MG, Rel. Ministro OG Fernandes, Terceira Seção, julgado em 05/12/2008, DJe 18/12/2008)

Feitas essas considerações, no caso em análise, o castigo aplicado à filha pelo pai não está relacionado à questão de gênero numa relação intrafamiliar, mas, tão somente, ao exercício do poder familiar. Cuidando-se de delito de menor potencial ofensivo, a competência é do Juizado Especial Criminal.

Pelo exposto, admito o conflito e declaro competente para processar e julgar o suposto crime o Juízo do Juizado Especial Criminal de Ceilândia, juízo suscitado.

É o voto.

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Com o Relator.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) – Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Com o Relator.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) – Com o Relator.

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

Des. Souza e Avila (Vogal) – Com o Relator.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) – Com o Relator.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Com o Relator.

Des. Jesuino Rissato (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Declarar competente o juízo suscitado. Unânime.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

2011051007743-6

Relatora – Des. Simone Lucindo

Primeira Turma Cível

EMENTA

Embargos de declaração em apelação cível. Efeito devolutivo. Omissão. Processual civil e empresarial. Duplicata. Aceite. Teoria da aparência. Validade. Títulos de crédito virtuais. Desmaterialização. Legitimidade. Protesto. Inconsistência da cartula. Divergência quanto à data de vencimento. Cancelamento. Prescrição. Ocorrência. Atribuição de efeitos infringentes.

1. De acordo com a exegese do art. 515, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil, todas as questões discutidas no processo, bem como os pedidos e as defesas com mais de um fundamento não examinados pelo juiz, serão devolvidos para conhecimento do Tribunal, de modo que, sendo imprescindíveis para o deslinde da controvérsia, a ausência de apreciação desses pontos caracteriza vício de omissão no julgado.

2. No ato de entrega da mercadoria, o aceite na duplicata pode ser aposto por funcionário ou colaborador do comprador que se dispõe a receber o produto, pois se presume que esteja autorizado para tanto, em virtude da teoria da aparência. Precedentes.

3. A duplicata pode ser sacada em data posterior a da emissão da fatura, de modo que eventual divergência entre tais datas não retira o caráter cambial da duplicata (Resp 292355/MG, DJ 18/02/2002).

4. Em cenário de mitigação da cartularidade, o ordenamento vigente admite os títulos virtuais, em razão da tendência da desmaterialização dos títulos de crédito, prevista no art. 889, §3º, do Código Civil. Logo, os cartórios de protesto podem aceitar as indicações contidas em meio magnético, para, assim, efetuar o protesto, conforme a jurisprudência pacificada do c. Superior Tribunal de Justiça (EResp 1024691/PR, Segunda Seção, DJe 29/10/2012).

5. Os boletos bancários constituem documentos idôneos para amparar o protesto por indicação, pois o documento de cobrança emitido pela instituição bancária cobradora cumpre a finalidade da duplicata. Precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça e deste e. TJDF.

6. O protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida (art. 1º da Lei 9.492/97), sendo hígido o protesto, ainda que o título cambial careça de força executiva, decorrente da consumação da prescrição da pretensão executiva (Resp 671486/PE, DJ 25/04/2005, e Acórdão 655864, 5ª Turma Cível, DJe 26/02/2013).

7. Constatada alteração unilateral efetuada pelo vendedor ou pelo endossatário na data do vencimento da duplicata que embasa o protesto, o cancelamento da anotação cartorária é medida que se impõe, conforme dispõe o art. 26, §4º, da Lei 9.492/97.

8. Embargos de declaração conhecidos e providos.

■ ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Simone Lucindo – Relatora, Alfeu Machado – Vogal, Flavio Rostirola – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer e dar provimento, com efeitos infringentes, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2013.

■ RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração interpostos por ÁGUA MINERAL SUPER-VIDA MINERAÇÃO LTDA., em face do v. acórdão proferido pela Egrégia 1ª Turma Cível desta Corte, assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO EMPRESARIAL. CANCELAMENTO DE PROTESTO. DUPLICATA PRESCRITA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO OU VÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. 1. Nos termos do artigo 18, inciso I, da Lei das Duplicatas (Lei 5.474/68), prescreve no prazo de três anos, contados da data do vencimento do título, a ação cambial contra o sacado e seus avalistas. Todavia, a prescrição da pretensão da credora em cobrar a dívida não se confunde com a validade do protesto, vez que o título continua a ter natureza cambial, perdendo apenas a força executiva. Logo, hígido o débito, permanece o protesto, vez que disponível ao credor a cobrança por outros meios. 2. Apelação conhecida e provida.”(Acórdão 676070, 20110510077436APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: ALFEU MACHADO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/05/2013, Publicado no DJE: 16/05/2013. Pág.: 73)

Em suas razões (fls. 178/181), alega a embargante, em síntese, que o r. acórdão foi omissivo, uma vez que não foi analisada no julgado o argumento de que a dívida que resultou no protesto venceu no dia 19.12.2007, e não no dia 20.06.2011. Sustenta que esse erro de data inquina de vício o protesto, ensejando o seu cancelamento. Aponta, ainda, omissão do v. acórdão, no tocante à impossibilidade de realizar-se protesto lastreado em boleto bancário, pois, em sua análise, boleto não é título de crédito. Postula o saneamento dos vícios apontados para que, atribuídos efeitos infringentes ao julgado, seja mantida a r. sentença.

Intimada a parte adversa a manifestar-se em razão do ímpeto infringente dos embargos de declaração, sobreveio a manifestação de fls. 186/187, pugnando pela manutenção do r. acórdão objurgado.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Simone Lucindo (Relatora) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Assiste razão à embargante.

Os embargos de declaração são cabíveis para integrar o julgado, suprindo eventual obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Ao examinar a inicial e as razões dos declaratórios, nota-se que, realmente, há divergência de datas entre o vencimento da fatura de fl. 22 e aquela referida no protesto noticiado à fl. 32. Considerando que se trata de questão passível de modificação do julgado, sua apreciação é providência que se impõe.

Em que pese a tese em debate não haver sido objeto da apelação propriamente dita, o artigo 515, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil, ao dispor sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação, estabelece que todas as questões discutidas no processo, bem como os pedidos e as defesas com mais de um fundamento não examinados pelo juiz, serão devolvidos para conhecimento do Tribunal, de modo que, sendo imprescindíveis para o deslinde da controvérsia, a ausência de apreciação desses pontos controvertidos caracteriza vício de omissão no julgado.

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. §1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. §2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

Nessas condições, superada no acórdão embargado a discussão sobre os efeitos da prescrição no que cerca à subsistência do protesto, passa-se à análise das questões remanescentes, consistentes na possível inexigibilidade do título de crédito retratado nos autos – duplicata –, e na suposta nulidade do protesto, decorrente de inexistência de título de crédito que o embase.

As controvérsias pendentes de exame, assim, consistem em saber se: (i) não houve aceite na duplicata que instrui os autos; (ii) o protesto é nulo em virtude de inexistir título de crédito que o embase; e (iii) o protesto é nulo, porque na publicação de fl. 32 o vencimento da dívida data de 20/06/2011, enquanto que a dívida efetivamente venceu, na visão do embargante, no dia 19/12/2007; e (iv) a duplicata está prescrita.

Pois bem.

É descabida a alegação de que inexistente aceite na duplicata retratada nos autos.

Na precisa lição do Prof. Marlon Tomazette, a duplicata nasce para documentar o crédito decorrente de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços. Na compra e venda, a obrigação do devedor é a entrega da coisa, e a do comprador o pagamento do preço¹.

Para evitar eventuais alegações de falta de aceite do título, o vendedor, na sua prática comercial, exige, no ato de entrega da mercadoria, que seja assinado pelo recebedor comprovante atestando a entrega dos produtos ao comprador, documento este que se consubstancia uma espécie de quitação em relação à obrigação do devedor, isto é, um comprovante de entrega da mercadoria.

Tal documento não precisa ser necessariamente assinado pelo sacado, ou seja, pelo comprador, mas por alguém no seu endereço, porquanto se deve aplicar a esse tipo de caso a teoria da aparência. Confira-se, a propósito, julgados desta Corte que ratificam esse entendimento:

*“CIVIL E EMPRESARIAL. DUPLICATA. COMPROVANTE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. RECEBIMENTO POR EMPREGADO DA RECORRENTE À ÉPOCA. **TEORIA DA APARÊNCIA. RESPONSABILIDADE. ARTIGO 932 DO CÓDIGO CIVIL. VALIDADE DO PROTESTO DA CÁRTULA. (...)***

2. No tocante à responsabilidade pelo valor das mercadorias relativas à duplicata protestada, responde a empregadora por atos praticados pelo funcionário que, em nome desta, efetua o recebimento de mercadorias fornecidas pela empresa que, em virtude das constantes relações comerciais com a empregadora, os fornece, inteligência do artigo 932 do Código Civil. 3. Possível presumir, pois, em observância à Teoria da Aparência, que o recebedor, no caso, sr. V., revestia-se de poderes para tanto, mormente evidenciada a relação de emprego existente. Naquele momento, agiu como se a Apelante fosse, o que evidencia não apenas a existência do débito, e a responsabilidade pelo seu pagamento, como a licitude do protesto da duplicata em questão. 4. Negou-se provimento

1 Tomazette, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: títulos de crédito**, volume 2. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2011. P. 289/290.

ao apelo, mantendo-se incólume a r. sentença hostilizada.”(Acórdão 524053, 20090110096064APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: LUCIMEIRE MARIA DA SILVA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/07/2011, Publicado no DJE: 02/08/2011. Pág.: 58 – g.n.)

“DIREITO COMERCIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DUPLICATA ENDOSSADA. ACEITE POR FUNCIONÁRIO DO CONDOMÍNIO. TEORIA DA APARÊNCIA. CAUSA DEBENDI. INOPONIBILIDADE DAS EXCEÇÕES PESSOAIS. 1. Presume-se que o funcionário que se dispõe a receber a mercadoria e apor o aceite na duplicata sem fazer qualquer ressalva, esteja autorizado para tanto, aplicando-se a teoria da aparência 2. As exceções de natureza pessoal, ligadas ao negócio subjacente que deu causa à emissão do título de crédito, apenas podem ser opostas aos participantes do negócio. O terceiro somente pode ser alcançado nessa hipótese se ficar evidenciada a sua má-fé na aquisição do título por cessão ou endosso. 3. Embargos infringentes providos.”(Acórdão 549429, 20030110972938EIC, Relator: ANTONINHO LOPES, Revisor: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 20/06/2011, Publicado no DJE: 21/11/2011. Pág.: 92)

Nesse caso, existindo aparência de regularidade, o comprovante de entrega tem característica de aceite plenamente válido, cabendo ao eventual sacado (comprador) comprovar a irregularidade desta entrega, caso pretenda afastar a validade do comprovante.

No caso em análise, o comprovante de que a mercadoria foi efetivamente entregue no endereço do sacado está retratado à fl. 59. Consigne-se que a autora/embargante não apresentou qualquer prova de irregularidade desse comprovante, a teor do artigo 333, inciso I, do CPC, o que afasta peremptoriamente a alegação de falta de aceite da mencionada duplicata.

Esse comprovante da entrega das mercadorias constitui a prova do próprio contrato de compra e venda e do cumprimento das obrigações do vendedor e, conseqüentemente, a prova da existência da obrigação do comprador. Tendo o vendedor cumprido a sua obrigação, ele pode exigir que o devedor cumpra a sua parte, que é o pagamento do preço.

Vale anotar, inclusive, que nada impede que a duplicata possa ser sacada em data posterior a da emissão da fatura. Nesse sentido é o escólio de Marlon Tomazette², *in verbis*:

"Pelo teor do artigo 2º da Lei 5.474/68, parece que a opção pela criação da duplicata deveria ser exercida no momento da emissão da fatura. Todavia, tal interpretação literal não pode prevalecer. A intenção do legislador foi estabelecer que para emitir uma duplicata é preciso emitir uma fatura. Assim, nada impede que a duplicata seja criada logo após a emissão da fatura ou mesmo posteriormente, mas nunca antes.

Não há qualquer sanção para a emissão posterior da duplicata, demonstrando a possibilidade dessa prática. Além disso, o artigo 6º, §1º, da Lei 5.474/68 diz que a duplicata deverá ser remetida ao sacado, no prazo de 30 dias a contar da sua emissão e não da emissão da fatura, demonstrando que as datas poderão ser distintas. Portanto, a duplicata poderá ser extraída no mesmo dia ou posteriormente à emissão da fatura."

Há julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça na mesma direção:

"Direito comercial. Recurso especial. Ação cautelar. Fatura comercial. Data de emissão. Duplicata. Saque em data posterior. Possibilidade.

- A duplicata mercantil pode ser sacada em data posterior à de emissão da fatura comercial.

- A menção à data de emissão da fatura (Lei 5474/68, art. 2º) deve ser entendida apenas como o termo a quo de saque da duplicata, o qual deve ser observado em obediência à natureza causal deste título de crédito.

- Recurso especial a que não se conhece."

(REsp 292355/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2001, DJ 18/02/2002, p. 414)

Em relação ao fundamento de que o protesto é nulo em virtude de inexistir título de crédito que o embase, também não merece guarida a pretensão.

2 In **Curso de direito empresarial**: títulos de crédito, volume 2 / Marlon Tomazette. – 4. ed. – São Paulo : Atlas, 2013. P. 281.

É que o princípio da cartularidade, que norteia os títulos de crédito, é mitigado pelo protesto por indicações no caso de falta de aceite, de devolução ou falta de pagamento, conforme se extrai da leitura conjunta do artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/97, c/c o artigo 13, §1º, da Lei 5.474/1968 (Lei das Duplicatas).

Nesse sentido, algumas faculdades pertinentes à duplicata mercantil ou de prestação de serviços podem ser exercidas sem a exibição do título, constituindo-se o protesto por indicações acompanhado do comprovante de entrega das mercadorias exatamente uma dessas faculdades.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a possibilidade de os cartórios aceitarem as indicações contidas em meio magnético e efetuarem o protesto, legitimando o procedimento pertinente às duplicatas virtuais, pacificou, na 2ª Seção, o entendimento de que essa prática é válida, confira-se o trecho do aresto:

"(...) Quanto à possibilidade de protesto por indicação da duplicata virtual, deve-se considerar que o que o art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68 admite, essencialmente, é o protesto da duplicata com dispensa de sua apresentação física, mediante simples indicação de seus elementos ao cartório de protesto. Daí, é possível chegar-se à conclusão de que é admissível não somente o protesto por indicação na hipótese de retenção do título pelo devedor, quando encaminhado para aceite, como expressamente previsto no referido artigo, mas também na de duplicata virtual amparada em documento suficiente." (REsp 1024691/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 29/10/2012)

Há precedente desta Corte de Justiça local nesse mesmo sentido, confira-se:

"APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE FALÊNCIA – DUPLICATA VIRTUAL – BOLETO BANCÁRIO – PROTESTO POR INDICAÇÃO – COMPROVANTE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS – INDEFERIMENTO DA INICIAL AFASTADO. 1. A praxe comercial moderna vem substituindo as duplicatas em papel pelas duplicatas escriturais ou virtuais. 2. A legislação atual permite os chamados títulos virtuais, ex vi o artigo 889, §3º, do novo Código Civil. 3. Os cartórios de protesto podem aceitar as indicações contidas num meio magnético e efetuar o protesto, validando o procedimento em relação às duplicatas escriturais. Interpretação do artigo 8º, parágrafo único da Lei 9.492/97. 4. O protesto por indicação

e o comprovante da entrega das mercadorias dão a executividade do título virtual e favorecem o pedido de falência. 5. Apelo provido.”(Acórdão 223893, 20030110544590APC, Relator: SANDRA DE SANTIS, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/08/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 13/09/2005. Pág.: 103)

A doutrina diverge quanto à validade das duplicatas escriturais ou virtuais. Nesse descortino, adiro ao entendimento de que o ordenamento vigente aceita os conhecidos títulos virtuais, em razão da tendência da desmaterialização dos títulos de crédito, prevista no artigo 889, §3º, do Código Civil, cuja redação é a seguinte:

“Art. 889.....

§ 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

Logo, entendo que as duplicatas virtuais são legítimas, porque têm previsão legal.

Quanto às alegações de nulidade do protesto, todavia, assiste razão à embargante, pelas seguintes razões.

Inicialmente, convém assinalar que esta Egrégia Primeira Turma já decidiu que a emissão de boleto bancário equivale à emissão de duplicata, sob o fundamento de que o boleto constitui documento idôneo para amparar o protesto por indicação, uma vez que o documento de cobrança, no caso, o de fl. 23, emitido pela instituição bancária cobradora, cumpre a finalidade da duplicata. Nesse sentido, peço vênia para adotar como razões de decidir os excertos do Acórdão 323.778, da relatoria do em. Des. Flavio Rostirola, cujo teor transcrevo³:

3 PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DUPLICATA VIRTUAL. BOLETO BANCÁRIO POSSIBILIDADE. PROTESTO POR INDICAÇÃO. REQUISITOS. PRESENTES. EXECUÇÃO DE DUPLICATA. REQUISITOS. COMPROVANTE DA ENTREGA DA MERCADORIA. NECESSIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CONFIGURADA.

1. Para a realização de protesto de duplicata por indicação, é necessário tão-somente que o instrumento de protesto contenha os requisitos enumerados no artigo 29 do Decreto 2.044/98, com exceção do inciso II do mencionado dispositivo.

2. Sobre a ausência de remessa das duplicatas para aceite, oportuno frisar que, nos termos dos parágrafos do artigo 7º da Lei 5.474, depreende-se ser perfeitamente possível que o sacado retenha a duplicata, enviando-a para aceite por meio de boleto bancário emitido pela instituição bancária cobradora, mandatária do sacado para tal finalidade.

3. O boleto de cobrança bancária, nesse contexto, emitido pela instituição bancária cobradora faz as vezes da duplicata, eis que nele constam todos as especificações do título, como o seu número, data de vencimento do aceite, o nome do sacado e do sacador e o valor devido, presumindo-se, destarte, o envio para aceite.

4. Nos termos do inciso II do artigo 15 da Lei 5.474/98 “a cobrança judicial de duplicata não-aceita presuppõe que essa haja sido protestada, esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria bem como que o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite,

"(...) Com efeito, os artigos 13 e 14 da Lei 5.474/1968, que dispõe sobre as duplicatas, estabelecem o seguinte sobre as condições para se efetivar o protesto por indicação:

"Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite, de devolução ou de pagamento.

§ 1º Por falta de aceite, devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, por simples indicação do portador, na falta de devolução do título.

§ 2º O fato de não ter sido exercida a faculdade de protestar o título, por falta de aceite ou de devolução, não elide a possibilidade de protesto por fato de pagamento.

(...)"

"Art. 14. Nos casos de protesto, por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, ou feitos por indicação do portador o instrumento de protesto deverá conter os requisitos enumerados no artigo 29 do Decreto 2.044, de 31 de dezembro de 1998, exceto a transcrição mencionada no inciso II, que será substituído pela reprodução das indicações feitas pelo portador do título."

Da análise dos dispositivos transcritos, verifica-se que, para a realização do protesto por indicação, é necessário tão somente que o instrumento de protesto contenha os requisitos enumerados no artigo 29 do Decreto 2.044/98, com exceção do inciso II, os quais transcrevo:

"Art. 29. O instrumento de protesto deve conter:

I – a data;

II – a transcrição literal da letra e das declarações nela inseridas pela ordem respectiva; (requisito não exigido para o caso)

no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos artigos 7º e 8º desta Lei.

5. A ausência de qualquer dos requisitos mencionados torna-se inviável a ação executiva proposta.

6. Essencial a comprovação da conduta maliciosa da parte acusada, para fins de condenação em litigância de má-fé, nos moldes dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil.

7. Apelo não provido para manter a r. sentença hostilizada, porém por outros fundamentos.

(Acórdão 323778, 20060110910905APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/09/2008, Publicado no DJE: 06/10/2008. Pág.: 74)

III – a certidão da intimação ao sacado ou ao aceitante ou aos outros sacados, nomeados na letra para aceitar ou pagar, a resposta dada ou a declaração da falta da resposta.

A intimação é dispensada no caso do sacado ou aceitante firmar na letra a declaração da recusa do aceite ou do pagamento e, na hipótese de protesto, por causa da falência do aceitante.

IV – a certidão de não haver sido encontrada ou de ser desconhecida a pessoa indicada para aceitar ou para pagar. Nesta hipótese, o oficial afixará a intimação nos lugares do estilo e, se possível, a publicação pela imprensa;

V – a indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas;

VI – a aquiescência do portador ao aceite por honra;

VII – a assinatura, com o sinal público, do oficial do protesto.”

(...)

Nesse particular, ou seja, quanto ao envio do título para aceite, oportuno frisar que, nos termos dos parágrafos do artigo 7º da Lei 5.474, depreende-se ser perfeitamente possível que o sacado retenha a duplicata, enviando-a para aceite por meio de boleto bancário emitido pela instituição bancária cobradora e mandatária do sacado.

Os boletos bancários de cobrança, nesse contexto, emitidos pela instituição bancária cobradora (e que se encontram juntados nos autos da execução em folhas seguintes às folhas relacionadas dos instrumentos de protestos), no caso o Banco do Brasil, faz as vezes das duplicatas, eis que neles constam todas as especificações do título, como o seu número, data de vencimento do aceite, o nome do sacado e do sacador e o valor devido, de onde se presume o envio para aceite.

Não prosperam, destarte, as alegações de ausência das duplicatas na sua forma original para fins de protesto, porquanto, *ex vi* do artigo 7º, § 2º da Lei 5.474/68, o título pode ser substituído pela comunicação de remessa da duplicata, bem como o protesto efetivado por indicação.

Observe-se, a propósito, o teor do artigo referido 7º e seus parágrafos, de onde se extrai a legitimidade dos boletos bancários para substituírem as duplicatas, nas hipóteses de protesto e execução:

"Art. 7º A duplicata, quando não for à vista, deverá ser devolvida pelo comprador ao apresentante dentro do prazo de dez dias, contados da data de sua apresentação, devidamente assinada ou acompanhada de declaração, por escrito, contendo as razões do aceite.

§ 1º Havendo expressa concordância da instituição financeira cobradora, o sacado poderá reter a duplicata em seu poder até a data do vencimento, desde que comunique, por escrito, à apresentante, o aceite e a retenção.

§ 2º A comunicação de que trata o parágrafo anterior substituirá, quando necessário, no ato do protesto ou na execução judicial, a duplicata a que se refere."

(...)

Com essas considerações, não vislumbro qualquer irregularidade no protesto por indicação realizado, porquanto efetivado dentro dos parâmetros legais e em consonância com a jurisprudência." (g.n)

Nesse sentido, segue também a jurisprudência iterativa do e. Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO INSTRUMENTO DE PROTESTO, DAS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVOS COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. EXECUTIVIDADE RECONHECIDA.

(...)

2. Embora a norma do art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68 permita o protesto por indicação nas hipóteses em que houver a retenção da duplicata enviada para aceite, o alcance desse dispositivo deve ser ampliado para harmonizar-se também com o instituto da duplicata virtual, conforme previsão constante dos arts. 8º e 22 da Lei 9.492/97.

3. A indicação a protesto das duplicatas mercantis por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados encontra amparo no artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/97. O art. 22 do mesmo Diploma Legal, a seu turno, dispensa a transcrição literal do título quando o Tabelião de Protesto mantém em arquivo gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento da dívida.

4. Quanto à possibilidade de protesto por indicação da duplicata virtual, deve-se considerar que o que o art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68 admite, essencialmente, é o protesto da duplicata com dispensa de sua apresentação física, mediante simples indicação de seus elementos ao cartório de protesto. Daí, é possível chegar-se à conclusão de que é admissível não somente o protesto por indicação na hipótese de retenção do título pelo devedor, quando encaminhado para aceite, como expressamente previsto no referido artigo, mas também na de duplicata virtual amparada em documento suficiente.

5. Reforça o entendimento acima a norma do § 2º do art. 15 da Lei 5.474/68, que cuida de executividade da duplicata não aceita e não devolvida pelo devedor, isto é, ausente o documento físico, autorizando sua cobrança judicial pelo processo executivo quando esta haja sido protestada mediante indicação do credor, esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não tenha recusado o aceite pelos motivos constantes dos arts. 7º e 8º da Lei.

6. No caso dos autos, foi efetuado o protesto por indicação, estando o instrumento acompanhado das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados, não havendo manifestação do devedor à vista do documento de cobrança, ficando atendidas, suficientemente, as exigências legais para se reconhecer a executividade das duplicatas protestadas por indicação.

7. O protesto de duplicata virtual por indicação apoiada em apresentação do boleto, das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados não descuida das garantias devidas ao sacado e ao sacador.

8. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.”

(REsp 1024691/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 29/10/2012)

Nessa medida, o documento de cobrança de fl. 23, emitido pela instituição bancária cobradora, cumpre a finalidade da duplicata, constituindo documento legítimo para a lavratura do protesto.

Quanto à nulidade do protesto, há que se observar que o título protestado (fl. 22) efetivamente está prescrito, já que, em virtude do seu vencimento datar de 19/12/2007, tinha a autora, ora embargante, que ajuizar a respectiva ação cambial até o dia 19/12/2010, o que não foi feito. Todavia, a prescrição da pretensão da credora em cobrar a dívida não se confunde com a validade do protesto, uma vez que o título continua a ter natureza cambial, perdendo apenas a força executiva.

Nesse sentido é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme o aresto a seguir colacionado:

“Ação de cancelamento de protesto. Nota promissória. Protesto. Cancelamento diante da prescrição do título executivo.

1. Não tem agasalho na Lei 9.492/97 a interpretação que autoriza o cancelamento do protesto simplesmente porque prescrito o título executivo. Hígido o débito, sem vício o título, permanece o protesto, disponível ao credor a cobrança por outros meios.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 671486/PE, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 347)

Do mesmo modo entende esta Casa de Justiça, a exemplo do que restou decidido nos seguintes julgados.

“AÇÃO MONITÓRIA – CHEQUE PRESCRITO – PROTESTO CAMBIAL – POSSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA QUITAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA.

1) *Possível o protesto de cheque prescrito, uma vez que a impossibilidade de cobrança não impede a comunicação a terceiros de que dívida não foi paga, sendo esta a finalidade do protesto.*

(...)

4) *Recurso conhecido e desprovido.*”

(Acórdão 655864, 20120910060622APC, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/02/2013, Publicado no DJE: 26/02/2013. Pág.: 130)

“PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS. PRAZO PRESCRICIONAL. NOTIFICAÇÃO. FÉ PÚBLICA.

I – A prescrição da pretensão da credora em cobrar a dívida não se confunde com a validade do protesto, uma vez que os títulos continuam a ter natureza cambial, perdendo apenas a força executiva. (...)

III – Negou-se provimento ao recurso.” (Acórdão 439062, 20070710037976APC, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Revisor: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/08/2010, Publicado no DJE: 19/08/2010. Pág.: 87)

“CANCELAMENTO DE PROTESTO. PRESCRIÇÃO DO TÍTULO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO OU VÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. A prescrição do título executivo não autoriza o cancelamento do protesto. O cancelamento do protesto ocorre quando há quitação da obrigação representada no título cambial ou em caso de invalidade por algum vício do ato jurídico. A Lei 9.492, que regulamenta o protesto de títulos, não prevê a prescrição como causa para o cancelamento do protesto. Recurso improvido.”

(Acórdão 418413, 20080310208362APC, Relator: ESDRAS NEVES, Revisor: LECIR MANOEL DA LUZ, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/03/2010, Publicado no DJE: 23/04/2010. Pág.: 81)

Entretanto, o que impõe o reconhecimento da nulidade do protesto é a divergência das datas da duplicata de fl. 22 e do protesto de protocolo 111019, noticiado

às fls. 23 e 32. Enquanto na duplicata o vencimento da dívida data de 19/12/2007, o boleto de fl. 23 menciona que o vencimento do título ocorreu em 20/06/2011.

Evidencia-se, claramente, que houve alteração unilateral na data de vencimento da duplicata, realizada pelo endossatário ou pelo vendedor, conforme revela o documento de fl. 128, o que não pode ser admitido.

Compulsando-se os autos, é possível visualizar que o documento de cobrança de fl. 23 refere-se à duplicata de fl. 22, na medida em que o número da duplicata mencionado naquele documento (892/1) coincide com o número do título de crédito mencionado neste último, também 892/1, referido no campo “*número do título*”.

Dessa forma, ante a evidente divergência de datas, causada pela alteração unilateral da vendedora ou do endossatário, o que gera reflexos inclusive no prazo prescricional do débito, mostra-se forçoso determinar o cancelamento do protesto, nos moldes do artigo 26, §4º, da Lei 9.492/97. Nesse descortino, a embargante comprovou o fato constitutivo do seu direito, a teor do artigo 333, inciso I, do CPC, revelando-se imperioso o cancelamento do aludido protesto.

Portanto, ao passo que o vencimento da duplicata ocorreu em 19/12/2007, evidencia-se a prescrição da pretensão executiva, ocorrida em 19/12/2010 (prazo de 3 anos – art. 18, inciso I, da Lei 5.474/68). Logo, ainda que o fato de o título carecer de força executiva não conduza à sua descaracterização como título cambial, tampouco torne inválido, por si só, o protesto, certo é que, diante do vício formal de disparidade de datas, entre a data de vencimento da duplicata e aquela estampada no instrumento do protesto, impõe-se, por esse motivo, o reconhecimento da nulidade do protesto.

Diante do exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso de embargos de declaração para, atribuindo-lhe efeitos infringentes, negar provimento ao recurso de apelação e, assim, manter, por outros fundamentos, a r. sentença, pela qual foi julgado procedente o pleito de cancelamento do protesto e de reconhecimento da prescrição da pretensão executiva relativa à duplicata.

É como voto.

Des. Alfeu Machado (Vogal) – Com o Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS

2011011199395-6

Relator – Des. João Timóteo de Oliveira

Câmara Criminal

EMENTA

Penal. Embargos infringentes criminais. Tribunal do júri. Tentativa de homicídio. Condenação. Dosimetria. Antecedentes. Fato anterior com trânsito em julgado posterior. Violação ao enunciado 444, do STJ. Inocorrência. Desprovemento.

1. Os antecedentes cuidam da vida pregressa do acusado na esfera criminal.
2. É possível valer-se de condenação definitiva posterior relacionada a crime anterior aos fatos apurados em nova ação penal, para fins de modulação negativa dos antecedentes, quando o trânsito em julgado ocorrer até a data da prolação da sentença impugnada.
3. Embargos infringentes desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Timóteo de Oliveira – Relator, Romão C. Oliveira – Revisor, João Batista Teixeira, Jesuino Rissato, Mario Machado, Gilberto de Oliveira, Roberval Casemiro Belinati, Silvanio Barbosa dos Santos – Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador, Souza e Avila em proferir a seguinte decisão: negou-se provimento aos embargos. Maioria. Comunique-se ao CNJ, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de embargos infringentes criminais interposto por W.A. do N. contra o v. acórdão de fls. 401/423, que em decisão por maioria, deu parcial provimento ao apelo do ora embargante, nos termos do voto do Revisor, ficando vencido o Relator.

O acusado/embargante foi condenado pela prática do delito capitulado no artigo 121, § 2º, inciso II c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, ao atentar contra a vida de sua companheira, a Sra. E. de O.C., mediante golpe de faca, tendo o evento morte não ocorrido por circunstâncias alheias à sua vontade.

Após a deliberação do Conselho de Sentença condenando o recorrente, o Juiz do Conhecimento, na fase da dosimetria, fixou uma reprimenda final de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto. A pena-base afastou-se do mínimo legal em 2 (dois) anos, por conta da incidência da culpabilidade e dos antecedentes. Aplicou a detração à pena cominada, na forma do artigo 387, § 2º, do Código Penal.

Em sede de apelação, a pena arbitrada foi revista. O Relator, o eminente Desembargador João Batista Teixeira, retirou a modulação negativa da culpabilidade e dos antecedentes, acarretando uma reprimenda inicial no mínimo legal de 12 (doze) anos de reclusão, tendo, após o cotejo das demais fases da dosimetria, determinado uma pena final de 4 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto.

O douto Revisor, o Desembargador Jesuino Rissato, no que foi acompanhado pelo ilustre Vogal, o Desembargador José Guilherme, retirou a culpabilidade, como vetor negativo, mas manteve os maus antecedentes do embargante, ao argumento de restar provado a possibilidade de sua incidência ante a presença de crime anterior transitado em julgado após os fatos aqui examinados. Por isso, a pena final ficou em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime aberto.

A combativa defesa se irressignou justamente sobre a prevalência do voto majoritário na parte em que autorizou o uso dos antecedentes em desfavor do embargante, considerando certidão que relata a ocorrência de ação penal apuratória

de crime anterior, mas que o trânsito em julgado se deu em momento posterior, quando em curso a ação penal trazida nestes autos.

Para tal, alega ofensa ao enunciado 444, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, aduzindo não ser possível a inclusão dos antecedentes, na medida em que o seu manejo deu-se em face de ações penais em curso.

Em sendo assim, pede o provimento destes embargos infringentes para fazer prevalecer o voto minoritário, retirando a modulação desfavorável dos antecedentes e, via de consequência, fixando a reprimenda inicial no mínimo legal.

A ilustre Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 434/438, oficiando por conhecer e desprover os embargos infringentes criminais.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Timóteo de Oliveira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos embargos infringentes criminais.

O embargante, após deliberação do Tribunal do Júri, foi condenado a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, pela prática do delito capitulado no artigo 121, § 2º, inciso II c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, ao atentar contra a vida de sua companheira, a Sra. E. de O.C., mediante golpe de faca, tendo o evento morte não ocorrido por circunstâncias alheias à sua vontade.

Na dosimetria, a pena-base afastou-se do mínimo, porquanto o douto sentenciante cotejou negativamente a culpabilidade e os antecedentes.

No exame da apelação, a culpabilidade restou extirpada da pena-base pelo colegiado, havendo divergência apenas quanto à incidência ou não dos antecedentes.

O ilustre Relator pontua não ser possível considerar o acusado como portador de maus antecedentes quando constatado, via certidão, haver ação penal, por fato anterior, mas que restou julgado, com condenação transitada em julgado em momento posterior aos fatos narrados nestes autos.

Já o douto Revisor, acompanhado pelo Vogal, divergiu e manteve a incidência dos antecedentes, tendo em vista ser possível aferir, de forma negativa, essa circunstância judicial em casos de condenação definitiva, em que o fato é anterior e o trânsito em julgado é posterior, ao delito em análise nesta ação penal.

A defesa argumenta ofensa ao verbete 444, do STJ, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Com efeito, os antecedentes cuidam da vida pregressa do acusado na esfera criminal.

Cezar Roberto Bitencourt¹ define os antecedentes como os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade seria aferir a maior ou menor afinidade do réu com a prática de crimes.

Cleber Masson² pontifica que os antecedentes reproduzem a vida pregressa do acusado na seara criminal. Dizem respeito a todos os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, se bons ou se ruins.

Hodiernamente, é pensamento assente que, na dosimetria, não se deve descuidar da medida dada aos antecedentes, de modo que a análise da vida pregressa do acusado não redunde em *bis in idem*, considerando que a conduta social e a personalidade também se valem desse tipo de exame, por serem também circunstâncias subjetivas que igualmente buscam no passado do réu a sua história de vida, motivando uma atuação criteriosa por parte do julgador, tudo com o escopo de modular, com proporcionalidade e fiel à realidade posta nos autos, as circunstâncias judiciais, visando o arbitramento da pena-base.

Guilherme de Souza Nucci³ lembra que antes da Reforma de 1984, os antecedentes tinham ampla abrangência, trazendo o histórico de todo o passado da parte ré,

1 **Tratado De Direito Penal.** Parte Geral 1. 14. ed. Saraiva. São Paulo. 2009, pg. 627.

2 **Direito Penal Esquematisado.** Vol. 1. Parte Geral. 6. ed. Método. São Paulo. 2012, pg. 636.

3 **Individualização da Pena.** 4. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2011, pg. 162.

“desde as condenações porventura existentes até seu relacionamento na família, no trabalho e em outros lugares”.

Todavia, como dito, vige hoje o pensamento de que os antecedentes devem ser examinados sob uma ótica mais restritiva, trazendo apenas o histórico penal do acusado, em que as certidões exaradas descreverão ações penais pretéritas envolvendo o réu, esmiuçando a situação de cada processo, para que se possa aferir existir ou não elementos para fazer incidir essa circunstância judicial.

Destarte, impende consignar que não é qualquer anotação penal que autoriza firmar ter o réu maus antecedentes. Como os antecedentes retratam o passado criminal do acusado, mister levar em consideração que somente os feitos finalizados serão aferidos, sob pena de ofensa à máxima constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da ação penal condenatória. (art. 5º, inc. LVII, da CF/88). Mas, isto não quer dizer que a definitividade da condenação tenha que ocorrer necessariamente antes da novel ação penal.

O trânsito em julgado é um marco temporal processual indicativo de que as partes litigantes não podem mais manejar nenhum tipo de recurso visando modificar ou alterar o julgado. Na esfera penal, esse marco tem relevo especial, porquanto indica que o acusado não mais poderá, via recurso, modificar sua condenação, retirando sua condição de pessoa inocente.

Na espécie, é preciso ressaltar que, a meu sentir, o trânsito em julgado anterior somente deve ser condição essencial para os casos de aferição da reincidência. A razão para tal desiderato está na dicção do disposto no artigo 63, do Código Penal, que afirma, de forma peremptória, que a reincidência somente será atesta caso o agente cometa novo crime depois de transitar em julgado condenação por crime anterior. É evidente que, ocorrendo situação em que haja mais de uma condenação definitiva anterior, poder-se-á utilizar uma para os antecedentes e a outra para a reincidência.

No entanto, a problemática está quando o trânsito em julgado ocorre no curso da ação penal. Não é possível aplicar a reincidência. Já quanto aos antecedentes, não perdendo de vista ter a função de retratar a vida pregressa do réu, é certo que ações penais anteriores com desfecho posterior, ou seja, com trânsito em julgado certificado quando em curso ação penal anterior, até a prolação da sentença des-

ta, diga-se, podem servir para impor uma condição de não ser o acusado, pessoa neófito na prática de crime, vez que não ser cabível ao ordenamento jurídico-constitucional dar uma condição de igualdade a dois agentes que possuem históricos penais diferentes, um sem nenhuma anotação e outro com ação penal em curso, que transitou em julgado posteriormente.

É nessa situação que os antecedentes se encaixam, pois dá ao julgador a possibilidade de modular negativamente uma circunstância judicial, a qual reporta a notícia de que o réu já se embrenhou pela seara criminal, sendo certo que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto, no momento da sentença, o trânsito em julgado de ação penal anterior já se deu, só que ocorreu durante a instrução do processo sentenciado, fornecendo a certeza de que houve o reconhecimento de autoria delitiva e da culpa em sentença condenatória irrecorrível.

Por outras palavras, o julgador, dentro da discricionariedade que tem para examinar as circunstâncias judiciais, não pode conceder o mesmo juízo de reprovabilidade para dois acusados em situações jurídico-penais diversas, um com histórico penal, mas com condenação posterior, e outro sem nenhuma ocorrência na seara penal.

É nesse sentido que, ao contrário do que assentado pela defesa, não vislumbro ofensa ao enunciado 444, do Superior Tribunal de Justiça, pois, como dito, no momento em que se está fazendo a dosimetria, a condenação utilizada aplicada com vetor negativo para dar ao sentenciado a condição de possuir maus antecedentes já transitou em julgado, não sendo, pois, ação penal em curso.

Dessa forma, prestigia-se o verbete e firma-se posição de aplicação dos antecedentes nesses casos em que pendem sobre o acusado, ações penais anteriores, mas com condenação definitiva posterior ocorrida até a edição da sentença impugnada.

A matéria está sufragada no Superior Tribunal de Justiça, havendo diversos julgados autorizando o uso de condenação posterior, mas transitada em julgado, advinda de ocorrência anterior aos fatos a serem apurados no processo. Por oportuno, trago um aresto sobre a matéria. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CRIME DE ROUBO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. As instâncias ordinárias, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a embasar a condenação do Paciente pelo delito de roubo circunstanciado.

2. A análise da tese relativa à absolvição por insuficiência de provas depende do reexame minucioso de matéria fático-probatória, sendo imprópria na via estreita do habeas corpus, remédio constitucional de rito célere e de cognição sumária.

3. Ao individualizar a pena, o julgador deve examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus.

5. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

6. As instâncias ordinárias consideraram desfavorável ao réu a circunstância judicial relativa aos antecedentes do agente, razão pela qual, fundamentada-

mente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

7. Ordem de Habeas corpus denegada. (HC 222869/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013)

No mesmo sentido, é o pensamento desta egrégia Corte de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS – REDUÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o embargante possui condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao fato narrado nestes autos, é possível a valoração negativa dos maus antecedentes sem agrestia ao Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, eis que se trata de ação penal finda. (20120110592999EIR, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 05/08/2013, Publicado no DJE: 13/08/2013. Pág.: 55).

PENAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PENA. ANTECEDENTES. FATO ANTERIOR. TRÂNSITO POSTERIOR DA CONDENAÇÃO.

A violência doméstica, por atingir bem jurídico de especial proteção, a integridade física da vítima em peculiar condição de vulnerabilidade frente ao homem, é conduta penalmente relevante, não comportando a incidência do princípio da insignificância imprópria ou, também denominado, princípio da irrelevância penal do fato.

Para a configuração dos maus antecedentes, necessária a existência de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por fato anterior ao que se examina e cujo trânsito em julgado tenha ocorrido até a sentença impugnada.

Apelação parcialmente provida, para reduzir a pena, excluído o incremento pelas consequências, normais e inerentes ao tipo. (20120410036588APR, Relator: MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 04/07/2013, Publicado no DJE: 15/07/2013. Pág.: 217).

Com essas considerações, tenho que deve preponderar o voto majoritário, da lavra do eminente Desembargador Jesuino Rissato, que manteve os antecedentes como modulação negativa na primeira fase da dosimetria, tendo em vista que o embargante possui uma anotação à fl. 250, que certifica uma ação penal relacionada ao crime de roubo, este praticado no dia 25 de março de 2011, cuja condenação definitiva deu-se no dia 23 de julho de 2012.

O presente caso relata a tentativa de homicídio feita pelo embargante no dia 15 de outubro de 2011 contra sua companheira, sendo certo que a sentença condenatória foi proferida no dia 26 de fevereiro de 2013.

Logo, como o crime de roubo deu-se em data anterior (25/3/2011) e o trânsito em julgado da condenação ocorreu no dia 23/7/2012, data em que o embargante já tinha praticado a tentativa de homicídio – 15/10/2011, mas antes da sentença condenatória, havida no dia 26/2/2013, tenho que o Juiz do Conhecimento agiu com correção ao modular os antecedentes, fato que foi ratificado em sede de apelação, pela egrégia Terceira Turma Criminal.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes criminais.

É como voto.

Des. Romão C. Oliveira (Revisor) – Senhor Presidente, o recurso interposto preenche os pressupostos de admissibilidade, razão por que dele se conhece.

O embargante forceja pela prevalência do voto escoteiro, proferido pelo em. Desembargador João Batista Teixeira (Relator), em que houve por bem excluir a análise desfavorável dos antecedentes do réu, porquanto a sentença condenatória utilizada para tanto – referente a crime de roubo praticado em 25/3/2011 (certidão de fl. 250) – transitou em julgado (23.7.2012) depois da data dos fatos sob análise (15.10.2011). Ao final, requer o provimento do apelo, acolhendo-se o voto vencido, com o fim de se ver decotada da dosimetria da pena a valoração negativa

dos antecedentes do acusado, em obediência ao que preconiza o enunciado 444 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Diversamente, no voto condutor do v. acórdão objurgado, o em. Desembargador Jesuino Rissato (Revisor e Relator designado) restou consignado, *in verbis*:

(...) No que diz respeito à circunstância judicial dos antecedentes, não há o que se alterar, pois o Juízo a quo se utilizou da anotação constante à fl. 250, segundo consta dos autos, refere-se a fato ocorrido em 25/03/2011, portanto, anterior ao fato sub examine, constando trânsito em julgado em 23/07/2012, registro admitido para aferição de maus antecedentes, consoante recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.” (HC 87487 / SP, Ministro OG FERNANDES, 6ª T., DJe 13/08/2012)

Contudo, a meu ver não se sustenta a valoração negativa referente à culpabilidade, pois não há fundamentação quanto ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente. O fato de o réu já ter praticado outros delitos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher não constitui fundamento idôneo para agravar a pena-base, se não há notícia de condenação transitada em julgado de tais delitos, consoante a Súmula 444, do STJ. (...).

Quanto à consideração das anotações para fins de demonstrar os maus antecedentes, verifica-se que na folha penal do acusado há sentença condenatória definitiva (fl. 250), com data do trânsito em julgado posterior aos fatos narrados nestes autos. E, se assim o é, esses dados podem ser valorados sem agrestia ao enunciado 444 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça que veda “a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. No caso dos autos, a anotação destacada refere-se à ação penal finda.

Neste sentido, caminha a jurisprudência desta eg. Corte, e só conferir:

PENAL E PROCESSUAL. FURTO QUALIFICADO. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO ANTERIOR OCOR-

RIDA APÓS A PRÁTICA DO CRIME. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ISENÇÃO DE CUSTAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA MANTIDA.

(...) 3. *Condenação por fato anterior com trânsito em julgado posterior não configura ofensa ao princípio da presunção de inocência, sendo apto a ensejar aumento da pena-base por maus antecedentes. (...) 5. Apelação desprovida. (Acórdão 689643, 20110310166645APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 27.6.2013, Publicado no DJE: 9.7.2013. Pág.: 220);*

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – CELULAR – ABSOLVIÇÃO – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – DOSIMETRIA – GRATUIDADE.

(...) III. *Condenação transitada em julgado por fato anterior serve para macular os antecedentes. Se houve mais de uma condenação, a personalidade também pode receber aferição negativa.*

(...) VI. *Recurso desprovido. (Acórdão 667692, 20120510088993APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 4.4.2013, Publicado no DJE: 11.4.2013. Pág.: 180);*

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. DEPOIMENTO DO POLICIAL. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES DO AGENTE. CONDENAÇÃO DISTINTA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FATO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...) 3. *A Corte Superior entende que é cabível a valoração negativa dos antecedentes do agente com fundamento em condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime que se examina.*

4. *Não há falar em “bis in idem” quando o juiz sentenciante se utiliza de condenações distintas para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência. (...)*

6. *Recursos parcialmente providos. (Acórdão 638544, 20110111910299APR, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEI-*

RA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 22.11.2012, Publicado no DJE: 3.12.2012. Pág.: 412);

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. INTUITO DE LUCRO. EXPOSIÇÃO À VENDA. DVDs E CDs "PIRATAS". ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO EM DATA POSTERIOR AO FATO QUE ORA SE APU-RA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

(...) A condenação cujo trânsito em julgado ocorre em data posterior ao fato em análise, não se presta para configurar a reincidência. Mas justifica a exasperação da pena-base a título de antecedentes.

(...) Recurso parcialmente provido. (Acórdão 600692, 20110610014922APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 28.6.2012, Publicado no DJE: 4.7.2012. Pág.: 271);

PENAL. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. ART. 155, § 4º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA, MATERIALIDADE E QUALIFICADORA COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO ENCARTADO NOS AUTOS. LAUDO DE EXAME PAPILOSCÓPICO. ARROMBAMENTO. EXAME PERICIAL. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM DATA POSTERIOR. ANTECEDENTES E NÃO REINCIDÊNCIA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...) 4. No exame da dosimetria, constatada a presença de condenação transitada em julgado em data posterior aos fatos ora comento, tal fato é indicativo de maus antecedentes e não de reincidência. (...). (Acórdão 593655, 20090710355757APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 31.5.2012, Publicado no DJE: 11.6.2012. Pág.: 211).

Nestes termos, rogando vênia ao entendimento escoteiro, nega-se provimento aos presentes embargos infringentes.

E é o voto.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) – Acompanho o Relator.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Senhor Presidente, pedindo as mais respeitadas vênias aos ilustres Relator e Revisor, o meu pensamento é divergente. Vejo que o pensamento sumulado que orientou à edição da Súmula 444 foi nos moldes de que a sentença penal condenatória sem trânsito em julgado não era suficiente para agravar a reprimenda na primeira fase. E quanto a isso não há discussão, porque estamos de acordo que assim seja.

Penso que a questão é de interpretação. Ora, o que temos no momento preciso em que julgamos um processo e constatamos outro já com sentença proferida, mas sem trânsito em julgado; a meu sentir, uma sentença que não goza da soberania da coisa julgada é um mero projeto de decisão.

Des. Romão C. Oliveira (Revisor) – Desembargador João Batista Teixeira, Vossa Excelência me permite um aparte?

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – As ideias de Vossa Excelência são sempre muito aclaradoras.

Des. Romão C. Oliveira (Revisor) – Quando o recorrente foi submetido ao Tribunal do Júri, a sentença pelo fato anterior havia transitado em julgado.

Agradeço a Vossa Excelência.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Então, o fato é divergente daquele?

Des. Romão C. Oliveira (Revisor) – O fato consiste no seguinte: ele cometeu roubo e, em seguida cometeu o homicídio, sem trânsito em julgado do roubo. Em seguida, a sentença transitou em julgado, e ele foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Peço vista.

Des. Jesuino Rissato (Vogal) – Senhor Presidente, vou pedir vênias ao eminente Desembargador João Batista Teixeira para adiantar o meu voto, pois já proferi vários votos coerentes com os votos dos eminentes Relator e Revisor. Entendo que não há ofensa à Súmula 444, *caput*, porque ela fala expressamente em inquéritos e processos em andamento.

No caso, quando foi proferida a sentença no processo de homicídio, o processo relativo ao roubo não estava em andamento, pois já havia sentença transitada e julgada. Então, creio que não há que se falar em ofensa à Súmula 444 e esse tem sido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Des. Mario Machado (Vogal) – Peço licença também antecipar o meu voto, que é acompanhando o eminente Relator.

Des. Gilberto de Oliveira (Vogal) – Senhor Presidente, peço vênias ao eminente Desembargador João Batista Teixeira para antecipar o meu voto.

O que se cuida neste recurso é de antecedentes, não de primariedade, que seria o caso de ter necessidade de uma sentença transitada em julgado antes da prática de outro fato. Ora, os antecedentes, às vezes até brandos, apenas de comportamentos sociais, que não constituem crime ou contravenção, pesam como antecedentes. Se a pessoa já fez um crime, então é pior que as pequenas desavenças sociais, ele tem maus antecedentes, sem dúvida.

Por isso, peço vênias ao eminente Desembargador João Batista Teixeira para votar com os eminentes Relator e Revisor.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Senhor Presidente, também peço vênias para acompanhar o voto do eminente Relator.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) – Acompanho o eminente Relator, pedindo vênias.

DECISÃO

Após o voto do eminente Relator negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado por seis Desembargadores, pediu vista o eminente Desembargador João Batista Teixeira.

VOTO-VISTA

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Pedi vista destes autos para melhor examinar a questão neles versada.

W.A. do N. interpôs EMBARGOS INFRINGENTES contra o acórdão de fls. 401-423, proferido pela e. Terceira Turma Criminal que, por maioria de votos, deu parcial provimento à apelação por ele interposta apenas para redimensionar a pena para 4 anos e 4 meses de reclusão.

O embargante foi condenado pelo Tribunal do Júri de Brasília como incurso nas penas do art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, a 4 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto.

A Egrégia Terceira Turma Criminal, por maioria de votos (Des. Jesuino Rissato, Revisor e Relator designado, e Des. José Guilherme – Vogal), deu parcial provimento ao recurso do embargante apenas para afastar a valoração desfavorável da culpabilidade, porém manteve a circunstância judicial dos antecedentes, fixando a pena em 4 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial aberto (fls. 417-423).

Pretende o embargante a prevalência do voto minoritário, por mim proferido, no qual afastei a análise desfavorável da culpabilidade, bem como a dos antecedentes, por ter o trânsito em julgado ocorrido em data posterior aos fatos descritos na denúncia, e fixei a pena definitiva em 4 anos de reclusão, no regime inicial aberto (fls. 405-416).

Com efeito, a divergência existente entre os votos é apenas quanto ao afastamento da circunstância judicial dos antecedentes.

Razão assiste ao embargante.

A Constituição Federal prevê o princípio da inocência no seu inciso LVII do art. 5º, o qual dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O dispositivo é previsto em razão da mutabilidade da sentença condenatória antes do seu trânsito em julgado, porque o próprio magistrado que a proferiu pode, de ofício, corrigir erro material, bem como contra ela podem ser interpostos diversos recursos, legais e constitucionais, que podem modificá-la para absolver o réu.

No caso em apreciação, o crime de tentativa de homicídio narrado na denúncia ocorreu em 15.10.2011 (fls. 02) e a sentença foi proferida em 26.02.2013 (fls. 282).

A certidão utilizada para valoração desfavorável dos antecedentes é a de fl. 250, cujo crime foi praticado em 25.03.2011, com decisão transitada em julgado para a defesa em 23.07.2012. Portanto, em data posterior à prolação da sentença que se discute.

Registra a Súmula 444 do Colendo Superior Tribunal de Justiça que: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Logo, essa súmula é incisiva ao determinar que ações penais em curso não se prestam para agravar a pena-base, isto é, na primeira fase.

Nesse particular, tenho por certo que, se a súmula não admite o agravamento apoiado em ações penais em andamento, é porque está a exigir o trânsito em julgado para que se possa agravar a pena-base.

O entendimento sumulado não faz ressalva e, assim, não se pode adotar interpretação extensiva para prejudicar o condenado, quando a vontade sumulada se apresenta com a missão de beneficiar, de forma a ensejar interpretação restritiva.

Portanto, inviável interpretar a súmula para permitir o aumento da pena-base com fulcro em sentença transitada em julgado em data posterior à sentença proferida nos autos em apreciação, pois o procedimento constitui forma astuta de fraudar a mensagem perseguida pela súmula, além de atentar contra o princípio da presunção de inocência, razão pela qual a valoração desfavorável dos antecedentes deve ser afastada, conforme deixei consignado no voto minoritário por mim proferido.

Desse modo, voto no sentido de se CONHECER e DAR PROVIMENTO aos Embargos Infringentes para a prevalência do voto minoritário.

É como voto.

Des. Souza e Avila (Presidente) – Antes de proclamar o resultado, indago do Relator se a comunicação será feita para fins de cadastro no CNJ ou não.

Des. João Timóteo de Oliveira (Relator) – Por favor, Desembargador, pode consignar com comunicação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, nos termos do Provimento 29 – CNJ e da Lei Complementar 64/1990.

DECISÃO

Negou-se provimento aos embargos. Maioria. Comunique-se ao CNJ.

MANDADO DE SEGURANÇA

2013002015343-8

Relator – Des. George Lopes Leite

Câmara Criminal

EMENTA

Mandado de segurança. Ato do juiz que nega ao agente financeiro liberação de bloqueio junto ao DETRAN de automóvel alienado fiduciariamente. Estelionato. “Golpe do Finan”. Contrato fraudado mediante exibição de documento falsificado de terceiro insciente. Restrição do bem em virtude de inquérito policial que vem a ser arquivado por falta de identificação do autor do crime. Legitimidade passiva. Segurança parcialmente concedida para determinar a retirada do bloqueio.

1. Ato judicial que nega ao banco financiador o desbloqueio no registro de veículo objeto de investigação em Inquérito Policial arquivado. Adquirente que usou documentos falsificados de terceiro para firmar contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia em sessenta prestações. Bloqueio requerido pelo próprio banco, ao noticiar ter sido vítima do “Golpe do Finan”, e que posteriormente vende o automóvel a outra pessoa. Impossibilidade de identificação do autor do estelionato. Inquérito Policial arquivado a pedido do Ministério Público.

2. O trânsito em julgado da sentença que determina o arquivamento do inquérito policial não afasta os pressupostos da ação mandamental, porque não resolveu a lide em relação a terceiro interessado que não integrou a relação processual e que apenas requereu nos autos que lhe fosse devolvido o domínio sobre o automóvel que financiou, sem receber nenhuma das prestações pactuadas.

3. Ao negar a retirada de restrição inicialmente determinado pela autoridade policial, o Juiz endossa essa decisão e com isso assume a condição de coator, quando detinha o poder de corrigir a ilegalidade, mas optou por ratificá-la. Autoridade coatora é aquela que por último intervém no ato, seja para revogá-lo, aperfeiçoá-lo ou mantê-lo.

4. Na alienação fiduciária em garantia o banco conserva o domínio do bem, apenas transferindo a sua posse direta ao financiado, que só adquire a propriedade plena depois da quitação integral do valor do contrato. Sendo o banco vítima de estelionato, não é razoável a alegação de que o automóvel, como produto adquirido de crime, não deva ser restituído ao legítimo durante enquanto não seja apurada a autoria. E o arquivamento do inquérito policial não obsta à liberação do bloqueio junto ao DETRAN quando o veículo não sirva mais à investigação relativa à autoria, comprovada pelos documentos falsificados e pelo contrato que originaram.

5. Segurança parcialmente concedida, para determinar a liberação do bloqueio, sem interferir em outras pendências administrativas junto ao órgão de trânsito.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, George Lopes Leite – Relator, Gilberto Pereira de Oliveira – 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, Mario Machado – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Souza e Avila, em proferir a seguinte decisão: preliminares rejeitadas. Unânime. Conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do relator. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo impetra Mandado de Segurança contra ato do Juízo da Terceira Vara Criminal de Taguatinga, que lhe negou pedido de desbloqueio de um veículo apreendido pelo DETRAN/DF no dia 21/07/2012. Alega que firmou contrato de alienação fiduciária com J.N.S. para aquisição de um Hyundai I30 que seria pago em sessenta parcelas e, constatada fraude no negócio depois de vencida a quinta parcela sem quitação, apresentou *notitia criminis* à Delegacia de Falsificações e Defraudações, a qual oficiou ao DETRAN no dia 27/12/2011

solicitando restrição e apreensão do automóvel por ser “produto de estelionato”. Posteriormente, o Ministério Público requereu o arquivamento do inquérito pela ausência de autoria e no dia 28/02/2013 a autoridade coatora julgou extinto o feito sem apreciação do mérito, nada mencionando a respeito do bem financiado. Informa que em 13/05/2013 vendeu-o para um terceiro de boa-fé mediante contrato denominado “acordo extrajudicial” e pediu restituição no dia 12/06/2013, mas o Promotor Público manifestou pelo leilão do veículo, depois de certificada sua apreensão nos autos, porque fora adquirido de maneira criminosa. Diz que o pedido de desbloqueio foi negado em 18/06/2013, considerando a não identificação do autor do crime.

Sustenta ainda o impetrante que é o proprietário do automóvel, o qual não foi adquirido “através de proventos de infração”, não devendo ser aplicado o artigo 121 do Código de Processo Penal. Aduz que além de não receber nenhuma parcela do financiamento, está sendo prejudicado com a deterioração do bem e perda do valor de mercado. Requer seja oficiado ao DETRAN para desbloqueio do veículo ou, suspensão da decisão e das diárias do depósito.

A liminar ficou condicionada às informações prestadas às folhas 138/139 e reiteradas às folhas 154/156, sendo indeferida às folhas 176/177. A Procuradoria de Justiça oficiou pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da segurança no parecer de folhas 182/186.

É o relatório.

VOTOS

Des. George Lopes Leite (Relator) – HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo impetra Mandado de Segurança contra ato do Juízo da Terceira Vara Criminal de Taguatinga, que lhe negou o desbloqueio de automóvel Hyundai I-30 apreendido pelo DETRAN/DF no dia 21/07/2012. Alega que o mesmo foi objeto de um contrato de alienação fiduciária no valor de R\$ 64.957,28, firmado com J.N.S. para pagamento em sessenta parcelas, mas constatou que houve fraude no negócio e nenhuma prestação foi paga. Por isso, ao vencer a quinta parcela, comunicou o fato ao titular da Delegacia de Falsificações e Defraudações e este oficiou ao DETRAN no dia

27/12/2011 solicitando fosse assentado no cadastro do citado veículo, bem como fosse o mesmo apreendido, por ser fruto de estelionato. O pedido foi atendido pelo Diretor do DETRANS no dia 04/01/2012, conforme consta do Ofício 01/12, à folha 100.

Mas depois o Ministério Público veio a requerer o arquivamento do inquérito, porque a Polícia não logrou amealhar qualquer evidência que pudesse esclarecer a autoria, e no dia 28/02/2013 o Juiz julgou extinto o feito sem apreciar o mérito. A decisão transitou em julgado em 12/03/2013, sem resolver o destino do carro apreendido. O impetrante decidiu vendê-lo a terceiro no dia 13/05/2013, mediante contrato denominado "acordo extrajudicial", e requereu a restituição no dia 12/06/2013, mas o Promotor de Justiça opinou pela realização de leilão judicial do automóvel, alegando se tratar de produto de crime. Por isso, o desbloqueio foi negado em 18/06/2013, sob o argumento de que não tinha sido identificado o autor do estelionato, que é o proprietário do veículo, não tendo sido adquirido "através de proventos de infração", não sendo aplicável o artigo 121 do Código de Processo Penal. Acrescenta o banco impetrante que, além de não ter recebido nenhuma parcela do financiamento, o bem financiado está se deteriorando no depósito do DETRAN e perdendo o valor de mercado.

O Ministério Público sustenta a ausência dos pressupostos de conhecimento, sendo parte ilegítima a autoridade impetrada.

QUESTÕES PRELIMINARES

Pressupostos de conhecimento do mandado de segurança

A jurisprudência assenta não ter cabimento o mandado de segurança contra decisão transitada em julgado, consoante o artigo 5º, inciso III, da Lei 12.016/2009, que tem a seguinte redação: "Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: [...] II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III – de decisão judicial transitada em julgado.

Entretanto, neste caso as provas juntadas com a inicial indicam que a decisão transitada em julgado foi aquela relativa ao arquivamento do inquérito policial (folha 124), e não a que denegara a pretensão do impetrante, que veio a lume em 18/06/2013, nove dias antes da impetração. Também não é o caso de se aplicar

o inciso II, acima citado, porque o pedido formulado pelo impetrante e indeferido nos autos do processo criminal, julgado extinto em 28/02/2013 não constituiu incidente de restituição, mas uma simples petição protocolizada por quem havia anteriormente dado conhecimento da fraude ao Delegado competente e pedido que fosse anotada a restrição nos assentamentos relativos ao registro do automóvel, bem como a sua apreensão.

Portanto, não sendo identificado o autor da fraude e também não houve controvérsia no tocante à titularidade do bem apreendido, que só o foi atendendo ao pedido do impetrante. Assim, como não havia lide regularmente instaurada, entende-se que não seria cabível a apelação, nem qualquer outra espécie recursal específica prevista no ordenamento jurídico. A reclamação prevista no artigo 187 do Regimento Interno deste Tribunal configura hipótese excepcional de revisão dos atos judiciais em face de erro de procedimento, ou quando inexistir recurso específico contra decisão de que possa resultar dano de difícil reparação. Assim, mesmo que a doutrina possa admiti-la na hipótese, em virtude da atenuação do formalismo processual, a sua natureza jurídica ainda é controvertida. Para a doutrina majoritária, essa reclamação não tem natureza recursal, como foi assentando no julgamento da ADI 2.212-1/CE. Acrescento que a Corte Suprema vem minimizando o rigor da Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”).

Rejeito, assim, a preliminar de não conhecimento.

Ilegitimidade passiva da autoridade impetrada

Autoridade coatora no mandado de segurança é aquela que pratica ou ordena a execução ou não do ato impugnado. Sobre o tema, colhe-se a lição da doutrina: “Para fins de mandado de segurança, autoridade coatora é o agente público que detém o poder de decisão, ou seja, a pessoa que possui o poder para praticar os atos ou se abster de praticá-los por si ou por seus delegados”¹. Ou, com outras palavras, é quem “detém a responsabilidade administrativa pelo ato e o poder de corrigir a ilegalidade”².

1 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: 2013, Ed. Impetus, 7 ed., p. 1.059.

2 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Remédios constitucionais*. Salvador: 2011, Ed. JusPODIVM, p. 32.

Neste caso, o impetrante se insurge contra a negativa de desbloquear nos registros do DETRAN o veículo apreendido a seu pedido, objeto do Inquérito Policial 286/2011. O ato de restrição foi inicialmente determinado pela autoridade policial, acolhendo pretensão do próprio banco impetrante, que financiara a aquisição do automóvel pelo sistema de alienação fiduciária e não lograra receber nenhuma das conforme sessenta prestações pactuadas, conforme se vê às folhas 93 e 100.

Num primeiro momento, poder-se-ia indagar a legitimidade passiva do Juiz da Vara Criminal para responder pelo ato, considerando que a apreensão do bem fora determinada pelo titular da Delegacia de Defraudações. Mas nos autos do Processo n. 2012.07.1.003131-3, que tramitou na Terceira Vara Criminal de Taguatinga, o Juiz foi quem decidiu pelo arquivamento do inquérito policial, e depois negou ao impetrante a suspensão do bloqueio, como se vê às folhas 54/55.

Assim, ao denegar o pedido, o Juiz se imbuíu da condição de autoridade coatora, ao negar o levantamento da restrição, que se constitui no objeto da impetração, endossando a validade do bloqueio ordenado pelo Delegado, quando detinha o poder de corrigir sua eventual ilegalidade, determinando ao Delegado Chefe da Delegacia de Falsificações e Defraudações a retirada da restrição administrativa, ou diretamente ao Diretor do DETRAN, que cumpriu a ordem em 27/12/2011 (folha 93). Contudo, decidiu manter a restrição, praticando, em tese, ato ofensivo ao direito do agente fiduciante, detentor da propriedade resolúvel do automóvel. Com isso, o Juiz assumiu a qualidade de coator, por ter sido a última autoridade que interveio no ato, mantendo-o.

Sobre esse tema, o julgado da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 3919-1, Relator Ministro Edson Vidigal, assim decidiu: "ao confirmar ato configurador de constrangimento ilegal o magistrado torna-se autoridade coatora". Ainda do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se a seguinte ementa:

RHC. HABEAS CORPUS. AUTORIDADE COATORA. USO SIMULTÂNEO DO WRIT E DO RECURSO PRÓPRIO. 1 – O magistrado de primeiro grau, ao denegar habeas corpus impetrado para trancar inquérito policial instaurado, assume a condição de autoridade coatora. [...] 3 – Precedentes do STJ. 4 – Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido.³

3 STJ, RHC 10.896/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 12/11/2001, p. 172.

Com esses fundamentos, entende-se pela presença dos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do *writ*.

MÉRITO

O Banco HSBC firmou contrato com J.N.S. para financiar com alienação fiduciária um automóvel Hyundai I-30 em sessenta prestações mensais, mas depois de vencida a quinta prestação sem pagamento, desconfiou que fora vítima de fraude e comunicou o fato ao Delegado competente, ensejando a instauração de inquérito policial. Tomando conhecimento da notícia de crime, o Delegado oficiou ao Diretor do DETRAN/DF em 27/12/2011 solicitando a anotação da restrição, bem como a apreensão do automóvel por ser “produto de estelionato” (Inquérito Policial 286/2011). O pedido foi atendido dia 04/01/2012, conforme o Ofício 01/12 (folha 100).

Durante a investigação policial se constatou ter sido resultado um documento falsificado em nome de terceiro iniciente, em cujo nome foi firmado o contrato, sendo de balde as diligências realizadas para identificar o autor do crime. Paralisado o inquérito por falta de perspectivas de identificação da autoria, o Promotor de Justiça pediu o arquivamento do inquérito, e, no dia 18/02/2013, o Juiz extinguiu o feito sem apreciar o mérito sem definir a destinação do automóvel e a restrição efetivada, transitando em julgado no dia 12/03/2013.

Em 12/06/2013 o impetrante requereu a liberação do veículo, sendo-lhe negada porque a aquisição teria se dado de fraudulentamente e que o inquérito foi arquivado por não ter sido identificado o autor, e não por inexistir o crime. O estelionato com documento falso foi comprovado pela prova documental, sendo desnecessária a apreensão do automóvel. Vale dizer: a detenção do carro pela autoridade policial não é imprescindível para a continuidade do inquérito, que, por enquanto, está arquivado à espera de um evento fortuito que possa ensejar a sua conclusão. A Polícia não tem pistas do autor, e, quando tiver, não precisará exibir o carro como prova do ilícito. O próprio representante do *Parquet* no primeiro grau pediu o arquivamento, afirmando a inocuidade de novas diligências, afirmando: “qualquer outra diligência a ser realizada, smj, é ineficiente para a investigação em questão. Por isso, manter a presente investigação é tomar tempo dos agentes policiais em

um caso que fatalmente está destinado ao arquivamento por ausência de autoria” (folha 116).

Acrescento que o veículo não é objeto material do crime, e, sim, o contrato de financiamento, sendo inaplicáveis os artigos 118 e 121 do Código de Processo Penal. Os documentos provam um contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária entre o Banco HSBC e o autor do crime usou documentos em nome de terceiro para fraudá-lo. Nesse tipo de contrato a propriedade do bem é resolúvel e permanece sob domínio da financeira, que apenas transfere a posse direta ao mutuário, que obterá o domínio pleno quando pagar todas as prestações.

Reza a doutrina: “O vendedor tem a própria coisa vendida como garantia do recebimento do preço. Só a posse é transferida ao adquirente. A propriedade permanece com o alienante e só passa àquele após o recebimento integral do preço (CC, art. 521)”⁴.

Assim, o veículo nunca saiu do domínio do mutuante, e, mesmo apreendido administrativamente e bloqueado para transferência, continua a pertencer ao banco, e não ao suspeito cuja identidade não foi apurada. Portando, não se trata de produto de crime e nem mesmo o seu objeto material, no caso o contrato fraudado.

Confira-se precedente da Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO (ARTS. 33 E 35 LAD) [...] VEÍCULO FINANCIADO. PERDIMENTO. RESTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO. DEVOLUÇÃO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA [...] 8. Tratando-se de veículo objeto de alienação fiduciária, apreendido na posse de pessoa condenada por tráfico ilícito de entorpecentes, incabível a decretação de seu perdimento em favor da União, sob pena de violação ao art. 5º, incisos XXII, XLV e LIV, da Constituição Federal. Oportunamente, deve o bem ser entregue à instituição financeira. Precedente (TJDFT, 20030110972778APR, Relator Getulio Pinheiro, 2ª Turma Criminal, julgado em 13/10/2005, DJ 17/11/2005 p. 129)⁵.

PROCESSUAL PENAL. VEÍCULO. RESTITUIÇÃO. ART. 118 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Indevida a retenção do veículo de propriedade do ente finan-

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado. São Paulo: 2011, Saraiva, vol. I, p. 91.

5 TJDFT, 20100110097385APR, Relator: Silvanio Barbosa dos Santos, 2 T., Ac. nº 509511, DJe 07/06/2011, p. 206.

*ceiro, mas com a posse direta deferida para o apelante, não havendo agressão ao disposto no art. 118 do Código de Processo Penal. 2. Recurso provido.*⁶

O veículo se encontra atualmente no depósito do DETRAN desde 21/07/2012, sujeito à degradação por intempéries, mas a apreensão também decorreu de falta de licenciamento e do fato de estar sendo conduzido por pessoa não habilitada. Há multas lavradas e atribuídas a V.C.N., que nestes autos é apresentado como “terceiro de boa-fé”, firmando com o banco HSBC, no dia 13/05/2012, depois de quase dez meses da apreensão, o denominado “acordo extrajudicial” de folhas 46/50.

Todavia, o objeto do *writ* se refere tão somente à restrição de alienação do veículo procedida pelo DETRAN, que foi determinada no inquérito policial nº 286/2011, arquivado a pedido do Ministério Público, não abrangendo outras pendências administrativas junto àquela autarquia. É inegável que impetrante tem o direito líquido e certo de obter o imediato desbloqueio da restrição à transferência do veículo, mas a sua liberação definitiva fica condicionada à resolução das pendências junto ao órgão de trânsito por motivos diversos, inclusive aquelas relativas à cobrança de diárias de depósito, que refoge ao âmbito de abrangência do mandado de segurança.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem tão somente para determinar a retirada do bloqueio de transferência incidente sobre o automóvel Hyundai I-30, placa XXX XXXX junto ao DETRAN/DF, oriundo do Inquérito Policial 286/2011-DEF (Protocolo nº 704048/2011-DEF). Oficie-se ao Juízo da Terceira Vara Criminal de Taguatinga e ao DETRAN/DF, para imediato cumprimento.

Sem honorários, conforme o artigo 25 da Lei 12.016/2009 e Súmulas 512/STF e 105/STJ. Custas na forma da lei.

Des. Gilberto Pereira de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Com o Relator.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) – Com o Relator.

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

6 TJDF, 20090110063406APR, Relator: Silvanio Barbosa dos Santos, 2 T., Ac. nº 383229, DJE: 04/11/2009, p. 263.

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. Mario Machado (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Preliminares rejeitadas. Unânime. Conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator. Unânime.

ÍNDICE NUMÉRICO

Jurisprudência

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2013002018558-3 31

(Acórdão Nº 734.264). Relator: Des. Alfeu Machado

DANO MORAL E MATERIAL - ROMPIMENTO DE PRÓTESE MAMÁRIA - RELAÇÃO DE CONSUMO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2013002017057-7 52

(Acórdão Nº 739.287). Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior

MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO - CONCURSO PÚBLICO - ANEMIA FALCIFORME - VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS, INAPTIDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011130185-9 61

(Acórdão Nº 736.429). Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - POLICIAL CIVIL - APROPRIAÇÃO DE APARELHO CELULAR EM ABORDAGEM - PERDA DO CARGO, DECRETAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011137174-4 104

(Acórdão Nº 718.442). Relator: Des. Getúlio de Moraes Oliveira

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OFENSA - MULTA CIVIL, RAZOABILIDADE

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009071034913-0 127

(Acórdão Nº 731.856). Relator: Des. J. J. Costa Carvalho

RESPONSABILIDADE CIVIL - ADVOGADO CONTRATADO POR ASSOCIAÇÃO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO

SERVIÇO - DANO MORAL, INDENIZAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010011101975-8 139

(Acórdão Nº 713.312). Relatora: Desa. Vera Andrighi

RESPONSABILIDADE DO ESTADO - REDE DE ALTA TENSÃO - CHOQUE ELÉTRICO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010013002215-5 150

(Acórdão Nº 708.128). Relator: Des. Otávio Augusto

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - MENORES EM EVENTO PÚBLICO - OPEN BAR - DOLO OU CULPA, IRRELEVÂNCIA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011035942-0 158

(Acórdão Nº 740.436). Relator: Des. Fernando Habibe

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM - EXAME DE DNA, RESULTADO EQUIVOCADO - DANO MORAL, INDENIZAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011095339-3 162

(Acórdão Nº 741.765). Relator: Des. Sebastião Coelho

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - FISCALIZAÇÃO DAS REDES DE TELEFONIA E ELÉTRICA, NEGLIGÊNCIA - MORTE DE TRANSEUNTE MENOR

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011235278-4 172

(Acórdão Nº 736.772). Relator: Des. Arnaldo Camanho de Assis

IMÓVEL ADQUIRIDO POR LICITAÇÃO - ESBULHO DURANTE PROCESSO LICITATÓRIO - POSSE PLENA AO ADQUIRENTE, OBRIGATORIEDADE - INDENIZAÇÃO DEVIDA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011235321-5 184

(Acórdão Nº 735.765). Relatora: Desa. Nídia Corrêa Lima

SUPERDOSAGEM DE MEDICAMENTO - EFEITO COLATERAL - FALHA NO PROCESSO DE EMBALAGEM - DANO MORAL, CARACTERIZAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012011025337-3 198

.....
(Acórdão Nº 743.423). Relator: Des. Antoninho Lopes
PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA - ERRO NA INFORMAÇÃO - AGENTE PÚBLICO - DANO MORAL,
CONFIGURAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012011036468-0 206

.....
(Acórdão Nº 706.854). Relator: Des. José Divino de Oliveira
RESPONSABILIDADE CIVIL - DISPONIBILIZAÇÃO DE VÍDEO NA INTERNET - AUTORIZAÇÃO, INEXISTÊNCIA -
DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012011065933-7 226

.....
(Acórdão Nº 713.039). Relator: Des. Angelo Canducci Passareli
CONTRATO DE LOCAÇÃO, RESCISÃO - SHOPPING CENTER - ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO CONFIGURAÇÃO -
TEORIA DA IMPREVISÃO, INAPLICABILIDADE

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012011099716-4 270

.....
(Acórdão Nº 725.156). Relatora: Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito
AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESOBSTRUÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS DE PASSAGEM - CRONOGRAMA DE PLANO DE
AÇÃO, PRAZO PARA ELABORAÇÃO - ASTREINTES, RAZOABILIDADE

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013011016522-5 288

.....
(Acórdão Nº 727.102). Relator: Des. Sérgio Rocha
AGÊNCIA DE VIAGENS, FALHA NO SERVIÇO - FURTO DURANTE VIAGEM INTERNACIONAL - RETORNO ANTECI-
PADO - VALOR TOTAL DO PACOTE TURÍSTICO, RESSARCIMENTO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013011019654-4 299

.....
(Acórdão Nº 732.436). Relator: Des. Luciano Moreira Vasconcellos
CONSTRUÇÃO IRREGULAR - ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO, INEXISTÊNCIA - ORDEM DE DEMOLIÇÃO, EXPEDIÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013071001172-8 309

(Acórdão Nº 744.135). Relator: Des. Teófilo Caetano

PLANO DE SAÚDE - QUIMIOTERAPIA - NEGATIVA DE COBERTURA - DANO MORAL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013071031246-3 340

(Acórdão Nº 743.524). Relator: Des. Flavio Rostirola

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO - PARTILHA DE IMÓVEL - SUB-ROGAÇÃO, NÃO COMPROVAÇÃO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2003011097718-9 358

(Acórdão Nº 713.823). Relator: Des. Mário-Zam Belmiro

INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - TÉCNICA ANESTÉTICA, ERRO - SEQUELAS IRREVERSÍVEIS - DANO MORAL E MATERIAL

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2005011064630-0 385

(Acórdão Nº 709.906). Relator: Des. Cruz Macedo

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - COLETA DE SANGUE - QUEDA DE AGULHA NO OLHO DE CRIANÇA - PERDA DE VISÃO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2010011099528-3 392

(Acórdão Nº 734.688). Relatora: Desa. Carmelita Brasil

REFORMA DE TELHADO DE ESCOLA PÚBLICA - SERVIÇO CONTRATADO, EXECUÇÃO - VENDEVAL APÓS CONCLUSÃO DA OBRA - OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA, INEXISTÊNCIA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2010011186772-5 405

(Acórdão Nº 713.571). Relator: Des. João Egmont

DOENÇA OCUPACIONAL - ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO - AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2011011235179-8 415

(Acórdão Nº 731.757). Relator Designado: Des. Jair Soares

SERVIDOR PÚBLICO - DESVIO DE FUNÇÃO, INOCORRÊNCIA - PAGAMENTO DE DIFERENÇA, DESCABIMENTO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2007071029475-4 429

(Acórdão Nº 740.338). Relator: Des. João Batista Teixeira

CRIMES AMBIENTAIS - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, APLICABILIDADE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2011011194994-3 442

(Acórdão Nº 713.043). Relator Designado: Des. Jesuino Rissato

CÁRCERE PRIVADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - SEMI-IMPUTABILIDADE - DIMINUIÇÃO DA PENA, OBRIGATORIEDADE

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2011071010038-2 483

(Acórdão Nº 743.508). Relator: Des. Souza e Avila

RACISMO E DESACATO - EMBRIAGUEZ COMPLETA, NÃO COMPROVAÇÃO - DANO MORAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2012011132544-4 500

(Acórdão Nº 741.038). Relatora Designada: Desa. Nilsoni de Freitas Custódio

CAIXA ELETRÔNICO, ARROMBAMENTO - FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA, IMPOSSIBILIDADE

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2012031017742-0 534

(Acórdão Nº 722.241). Relator: Des. Roberval Casemiro Belinati

VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE - VÍTIMA EM SONO PROFUNDO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CRIME PRATICADO PELO GENITOR

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2012061010123-6 550

(Acórdão Nº 709.284). Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa

LATROCÍNIO, TENTATIVA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME, NÃO ACOLHIMENTO - DOLO DE MATAR - VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2012071018492-8 571

(Acórdão Nº 729.771). Relatora: Desa. Sandra De Santis

QUADRILHA - CAIXAS ELETRÔNICOS, ARROMBAMENTO - CONFISSÃO MEDIANTE TORTURA, INDÍCIOS

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2012091010345-6 593

(Acórdão Nº 722.885). Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos

ESTUPRO - VESTÍGIOS, INEXISTÊNCIA - PALAVRA DA VÍTIMA, RELEVÂNCIA

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2012111004984-8 627

(Acórdão Nº 733.448). Relator: Des. Romão C. Oliveira

ESTUPRO - MAUS-TRATOS DE ANIMAIS - EXTORSÃO QUALIFICADA - PENA, REDIMENSIONAMENTO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 2013002021391-5 657

(Acórdão Nº 715.220). Relator: Des. Mario Machado

CONFLITO DE JURISDIÇÃO - AGRESSÃO FÍSICA DE PAI CONTRA FILHA MENOR - LEI MARIA DA PENHA, NÃO INCIDÊNCIA - EXERCÍCIO DE PODER FAMILIAR

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011051007743-6 666

(Acórdão Nº 703.973). Relatora: Desa. Simone Lucindo

PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA - VENCIMENTO, ALTERAÇÃO UNILATERAL - TÍTULO PRESCRITO - CANCELAMENTO DE PROTESTO, NECESSIDADE

EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS Nº 2011011199395-6

683

(Acórdão Nº 726.887). Relator: Des. João Timóteo de Oliveira

*EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - TRIBUNAL DO JÚRI - FATO ANTERIOR
COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2013002015343-8

701

(Acórdão Nº 733.636). Relator: Des. George Lopes Leite

*VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - ESTELIONATO - INQUÉRITO, ARQUIVAMENTO - BLOQUEIO,
RETIRADA*

A

AÇÃO CIVIL PÚBLICA . IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OFENSA . MULTA CIVIL, RAZOABILIDADE	104
AÇÃO CIVIL PÚBLICA . DESOBSTRUÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS DE PASSAGEM . CRONOGRAMA DE PLANO DE AÇÃO, PRAZO PARA ELABORAÇÃO . ASTREINTES, RAZOABILIDADE	270
ADVOGADO CONTRATADO POR ASSOCIAÇÃO . RESPONSABILIDADE CIVIL . FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO . DANO MORAL, INDENIZAÇÃO	127
AGÊNCIA DE VIAGENS, FALHA NO SERVIÇO . FURTO DURANTE VIAGEM INTERNACIONAL . RETORNO ANTECIPADO . VALOR TOTAL DO PACOTE TURÍSTICO, RESSARCIMENTO	288
AGENTE PÚBLICO . PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA . ERRO NA INFORMAÇÃO . DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO	198
AGRESSÃO FÍSICA DE PAI CONTRA FILHA MENOR . CONFLITO DE JURISDIÇÃO . LEI MARIA DA PENHA, NÃO INCIDÊNCIA . EXERCÍCIO DE PODER FAMILIAR	657
ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO, INEXISTÊNCIA . CONSTRUÇÃO IRREGULAR . ORDEM DE DEMOLIÇÃO, EXPEDIÇÃO	299
ANEMIA FALCIFORME . MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO . CONCURSO PÚBLICO . VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS, INAPTIDÃO	52
APROPRIAÇÃO DE APARELHO CELULAR EM ABORDAGEM . IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . POLICIAL CIVIL . PERDA DO CARGO, DECRETAÇÃO	61
ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO . DOENÇA OCUPACIONAL . AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO 405ASTREINTES, RAZOABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA . DESOBSTRUÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS DE PASSAGEM . CRONOGRAMA DE PLANO DE AÇÃO, PRAZO PARA ELABORAÇÃO	270
AUTORIZAÇÃO, INEXISTÊNCIA . RESPONSABILIDADE CIVIL . DISPONIBILIZAÇÃO DE VÍDEO NA INTERNET . DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO	206

B

BLOQUEIO, RETIRADA. VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE . ESTELIONATO . INQUÉRITO, ARQUIVAMENTO	701
---	-----

C

CAIXA ELETRÔNICO, ARROMBAMENTO . FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA . SUBSTITUIÇÃO DA PENA, IMPOSSIBILIDADE	500
CAIXAS ELETRÔNICOS, ARROMBAMENTO . QUADRILHA . CONFISSÃO MEDIANTE TORTURA, INDÍCIOS	571
CANCELAMENTO DE PROTESTO, NECESSIDADE. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA . VENCIMENTO, ALTERAÇÃO UNILATERAL . TÍTULO PRESCRITO	666
CÁRCERE PRIVADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE . SEMI-IMPUBILIDADE . DIMINUIÇÃO DA PENA, OBRIGATORIEDADE	442
CHOQUE ELÉTRICO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO . REDE DE ALTA TENSÃO	139
COLETA DE SANGUE . RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO . QUEDA DE AGULHA NO OLHO DE CRIANÇA . PERDA DE VISÃO	385
CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO . RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA . FISCALIZAÇÃO DAS REDES DE TELEFONIA E ELÉTRICA, NEGLIGÊNCIA . MORTE DE TRANSEUNTE MENOR	162
CONCURSO PÚBLICO . MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO . ANEMIA FALCIFORME . VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS, INAPTIDÃO	52
CONFISSÃO MEDIANTE TORTURA, INDÍCIOS. QUADRILHA . CAIXAS ELETRÔNICOS, ARROMBAMENTO	571
CONFLITO DE JURISDIÇÃO . AGRESSÃO FÍSICA DE PAI CONTRA FILHA MENOR . LEI MARIA DA PENHA, NÃO INCIDÊNCIA . EXERCÍCIO DE PODER FAMILIAR	657
CONSTRUÇÃO IRREGULAR . ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO, INEXISTÊNCIA . ORDEM DE DEMOLIÇÃO, EXPEDIÇÃO	299

CONTRATO DE LOCAÇÃO, RESCISÃO . SHOPPING CENTER . ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO CONFIGURAÇÃO . TEORIA DA IMPREVISÃO, INAPLICABILIDADE	226
CRIME PRATICADO PELO GENITOR. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE . VÍTIMA EM SONO PROFUNDO . ESTUPRO DE VULNERÁVEL	534
CRIMES AMBIENTAIS . PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, APLICABILIDADE . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	429
CRONOGRAMA DE PLANO DE AÇÃO, PRAZO PARA ELABORAÇÃO . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . DESOBSTRUÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS DE PASSAGEM . ASTREINTES, RAZOABILIDADE	270

D

DANO MORAL. RACISMO E DESACATO . EMBRIAGUEZ COMPLETA, NÃO COMPROVAÇÃO	483
DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE . QUIMIOTERAPIA . NEGATIVA DE COBERTURA	309
DANO MORAL E MATERIAL. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA . TÉCNICA ANESTÉTICA, ERRO . SEQUELAS IRREVERSÍVEIS	358
DANO MORAL E MATERIAL . ROMPIMENTO DE PRÓTESE MAMÁRIA . RELAÇÃO DE CONSUMO . DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	31
DANO MORAL, CARACTERIZAÇÃO. SUPERDOSAGEM DE MEDICAMENTO . EFEITO COLATERAL . FALHA NO PROCESSO DE EMBALAGEM	184
DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL . DISPONIBILIZAÇÃO DE VÍDEO NA INTERNET . AUTORIZAÇÃO, INEXISTÊNCIA	206
DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA . ERRO NA INFORMAÇÃO . AGENTE PÚBLICO	198
DANO MORAL, INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL . ADVOGADO CONTRATADO POR ASSOCIAÇÃO . FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO	127
DANO MORAL, INDENIZAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM . EXAME DE DNA, RESULTADO EQUIVOCADO	158
DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME, NÃO ACOLHIMENTO . LATROCÍNIO, TENTATIVA . DOLO DE MATAR . VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS	550

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DANO MORAL E MATERIAL . ROMPIMENTO DE PRÓTESE MAMÁRIA . RELAÇÃO DE CONSUMO	31
DESOBSTRUÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS DE PASSAGEM . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . CRONOGRAMA DE PLANO DE AÇÃO, PRAZO PARA ELABORAÇÃO . ASTREINTES, RAZOABILIDADE	270
DESVIO DE FUNÇÃO, INOCORRÊNCIA . SERVIDOR PÚBLICO . PAGAMENTO DE DIFERENÇA, DESCABIMENTO	415
DIMINUIÇÃO DA PENA, OBRIGATORIEDADE. CÁRCERE PRIVADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE . SEMI-IMPUTABILIDADE	442
DISPONIBILIZAÇÃO DE VÍDEO NA INTERNET . RESPONSABILIDADE CIVIL . AUTORIZAÇÃO, INEXISTÊNCIA . DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO	206
DOENÇA OCUPACIONAL . ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO . AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERSÃO EM BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO	405
DOLO DE MATAR . LATROCÍNIO, TENTATIVA . DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME, NÃO ACOLHIMENTO . VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS	550
DOLO OU CULPA, IRRELEVÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . MENORES EM EVENTO PÚBLICO . OPEN BAR	150

E

EFEITO COLATERAL . SUPERDOSAGEM DE MEDICAMENTO . FALHA NO PROCESSO DE EMBALAGEM . DANO MORAL, CARACTERIZAÇÃO	184
EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS . TENTATIVA DE HOMICÍDIO . TRIBUNAL DO JÚRI . FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR	683
EMBRIAGUEZ COMPLETA, NÃO COMPROVAÇÃO . RACISMO E DESACATO . DANO MORAL	483
ERRO NA INFORMAÇÃO . PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA . AGENTE PÚBLICO . DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO	198
ESBULHO DURANTE PROCESSO LICITATÓRIO . IMÓVEL ADQUIRIDO POR LICITAÇÃO . POSSE PLENA AO ADQUIRENTE, OBRIGATORIEDADE . INDENIZAÇÃO DEVIDA	172

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . MENORES EM EVENTO PÚBLICO . OPEN BAR . DOLO OU CULPA, IRRELEVÂNCIA	150
ESTELIONATO . VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE . INQUÉRITO, ARQUIVAMENTO . BLOQUEIO, RETIRADA	701
ESTUPRO . VESTÍGIOS, INEXISTÊNCIA . PALAVRA DA VÍTIMA, RELEVÂNCIA	593
ESTUPRO . MAUS-TRATOS DE ANIMAIS . EXTORSÃO QUALIFICADA . PENA, REDIMENSIONAMENTO	627
ESTUPRO DE VULNERÁVEL . VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE . VÍTIMA EM SONO PROFUNDO . CRIME PRATICADO PELO GENITOR	534
EXAME DE DNA, RESULTADO EQUIVOCADO . INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM . DANO MORAL, INDENIZAÇÃO	158
EXERCÍCIO DE PODER FAMILIAR. CONFLITO DE JURISDIÇÃO . AGRESSÃO FÍSICA DE PAI CONTRA FILHA MENOR. LEI MARIA DA PENHA, NÃO INCIDÊNCIA	657
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CRIMES AMBIENTAIS . PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, APLICABILIDADE	429
EXTORSÃO QUALIFICADA . ESTUPRO . MAUS-TRATOS DE ANIMAIS . PENA, REDIMENSIONAMENTO	627

F

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO . RESPONSABILIDADE CIVIL . ADVOGADO CONTRATADO POR ASSOCIAÇÃO . DANO MORAL, INDENIZAÇÃO	127
FALHA NO PROCESSO DE EMBALAGEM . SUPERDOSAGEM DE MEDICAMENTO . EFEITO COLATERAL . DANO MORAL, CARACTERIZAÇÃO	184
FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS . TENTATIVA DE HOMICÍDIO . TRIBUNAL DO JÚRI	683
FISCALIZAÇÃO DAS REDES DE TELEFONIA E ELÉTRICA, NEGLIGÊNCIA . RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA . CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO . MORTE DE TRANSEUNTE MENOR	162
FURTO DURANTE VIAGEM INTERNACIONAL . AGÊNCIA DE VIAGENS, FALHA NO SERVIÇO . RETORNO ANTECIPADO . VALOR TOTAL DO PACOTE TURÍSTICO, RESSARCIMENTO	288

FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA . CAIXA ELETRÔNICO, ARROMBAMENTO . SUBSTITUIÇÃO DA PENA, IMPOSSIBILIDADE 500

I

IMÓVEL ADQUIRIDO POR LICITAÇÃO . ESBULHO DURANTE PROCESSO LICITATÓRIO . POSSE PLENA AO ADQUIRENTE, OBRIGATORIEDADE . INDENIZAÇÃO DEVIDA 172

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OFENSA . MULTA CIVIL, RAZOABILIDADE 104

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . POLICIAL CIVIL . APROPRIAÇÃO DE APARELHO CELULAR EM ABORDAGEM . PERDA DO CARGO, DECRETAÇÃO 61

INDENIZAÇÃO DEVIDA. IMÓVEL ADQUIRIDO POR LICITAÇÃO . ESBULHO DURANTE PROCESSO LICITATÓRIO . POSSE PLENA AO ADQUIRENTE, OBRIGATORIEDADE 172

INQUÉRITO, ARQUIVAMENTO . VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE . ESTELIONATO . BLOQUEIO, RETIRADA 701

INTERVENÇÃO CIRÚRGICA . TÉCNICA ANESTÉTICA, ERRO . SEQUELAS IRREVERSÍVEIS . DANO MORAL E MATERIAL 358

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM . EXAME DE DNA, RESULTADO EQUIVOCADO . DANO MORAL, INDENIZAÇÃO 158

L

LATROCÍNIO, TENTATIVA . DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME, NÃO ACOLHIMENTO . DOLO DE MATAR . VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS 550

LEI MARIA DA PENHA, NÃO INCIDÊNCIA . CONFLITO DE JURISDIÇÃO . AGRESSÃO FÍSICA DE PAI CONTRA FILHA MENOR . EXERCÍCIO DE PODER FAMILIAR 657

M

MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO . CONCURSO PÚBLICO . ANEMIA FALCIFORME . VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS, INAPTIDÃO 52

MAUS-TRATOS DE ANIMAIS . ESTUPRO . EXTORSÃO QUALIFICADA . PENA, REDIMENSIONAMENTO 627

MENORES EM EVENTO PÚBLICO . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . OPEN BAR . DOLO OU CULPA,
IRRELEVÂNCIA 150

MORTE DE TRANSEUNTE MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA . CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO
PÚBLICO . FISCALIZAÇÃO DAS REDES DE TELEFONIA E ELÉTRICA, NEGLIGÊNCIA 162

MULTA CIVIL, RAZOABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA . IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OFENSA 104

N

NEGATIVA DE COBERTURA . PLANO DE SAÚDE . QUIMIOTERAPIA . DANO MORAL 309

O

OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA, INEXISTÊNCIA. REFORMA DE TELHADO DE ESCOLA PÚBLICA.
SERVIÇO CONTRATADO, EXECUÇÃO . VENDAVAL APÓS CONCLUSÃO DA OBRA 392

ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO CONFIGURAÇÃO . CONTRATO DE LOCAÇÃO, RESCISÃO . SHOPPING CENTER .
TEORIA DA IMPREVISÃO, INAPLICABILIDADE 226

OPEN BAR . ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . MENORES EM EVENTO PÚBLICO . DOLO OU CULPA,
IRRELEVÂNCIA 150

ORDEM DE DEMOLIÇÃO, EXPEDIÇÃO. CONSTRUÇÃO IRREGULAR . ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO,
INEXISTÊNCIA 299

P

PAGAMENTO DE DIFERENÇA, DESCABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO . DESVIO DE FUNÇÃO,
INOCORRÊNCIA 415

PALAVRA DA VÍTIMA, RELEVÂNCIA. ESTUPRO . VESTÍGIOS, INEXISTÊNCIA 593

PARTILHA DE IMÓVEL . UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO . SUB-ROGAÇÃO,
NÃO COMPROVAÇÃO 340

<i>PENA, REDIMENSIONAMENTO. ESTUPRO . MAUS-TRATOS DE ANIMAIS . EXTORSÃO QUALIFICADA</i>	627
.....	
<i>PERDA DE VISÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO . COLETA DE SANGUE . QUEDA DE AGULHA NO OLHO DE CRIANÇA</i>	385
.....	
<i>PERDA DO CARGO, DECRETAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . POLICIAL CIVIL . APROPRIAÇÃO DE APARELHO CELULAR EM ABORDAGEM</i>	61
.....	
<i>PLANO DE SAÚDE . QUIMIOTERAPIA . NEGATIVA DE COBERTURA . DANO MORAL</i>	309
.....	
<i>POLICIAL CIVIL . IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . APROPRIAÇÃO DE APARELHO CELULAR EM ABORDAGEM . PERDA DO CARGO, DECRETAÇÃO</i>	61
.....	
<i>POSSE PLENA AO ADQUIRENTE, OBRIGATORIEDADE . IMÓVEL ADQUIRIDO POR LICITAÇÃO . ESBULHO DURANTE PROCESSO LICITATÓRIO . INDENIZAÇÃO DEVIDA</i>	172
.....	
<i>PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, APLICABILIDADE . CRIMES AMBIENTAIS . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE</i>	429
.....	
<i>PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OFENSA . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . MULTA CIVIL, RAZOABILIDADE</i>	104
.....	
<i>PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA . VENCIMENTO, ALTERAÇÃO UNILATERAL . TÍTULO PRESCRITO . CANCELAMENTO DE PROTESTO, NECESSIDADE</i>	666
.....	
<i>PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA . ERRO NA INFORMAÇÃO . AGENTE PÚBLICO . DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO</i>	198
.....	

Q

<i>QUADRILHA . CAIXAS ELETRÔNICOS, ARROMBAMENTO . CONFISSÃO MEDIANTE TORTURA, INDÍCIOS</i>	571
.....	
<i>QUEDA DE AGULHA NO OLHO DE CRIANÇA . RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO . COLETA DE SANGUE . PERDA DE VISÃO</i>	385
.....	
<i>QUIMIOTERAPIA . PLANO DE SAÚDE . NEGATIVA DE COBERTURA . DANO MORAL</i>	309
.....	

R

<i>RACISMO E DESACATO . EMBRIAGUEZ COMPLETA, NÃO COMPROVAÇÃO . DANO MORAL</i>	483
.....	

REDE DE ALTA TENSÃO . RESPONSABILIDADE DO ESTADO . CHOQUE ELÉTRICO	139
REFORMA DE TELHADO DE ESCOLA PÚBLICA . SERVIÇO CONTRATADO, EXECUÇÃO . VENDEVAL APÓS CONCLUSÃO DA OBRA . OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA, INEXISTÊNCIA	392
RELAÇÃO DE CONSUMO . DANO MORAL E MATERIAL . ROMPIMENTO DE PRÓTESE MAMÁRIA . DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	31
RESPONSABILIDADE CIVIL . DISPONIBILIZAÇÃO DE VÍDEO NA INTERNET . AUTORIZAÇÃO, INEXISTÊNCIA . DANO MORAL, CONFIGURAÇÃO	206
RESPONSABILIDADE CIVIL . ADVOGADO CONTRATADO POR ASSOCIAÇÃO . FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO . DANO MORAL, INDENIZAÇÃO	127
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA . CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO . FISCALIZAÇÃO DAS REDES DE TELEFONIA E ELÉTRICA, NEGLIGÊNCIA . MORTE DE TRANSEUNTE MENOR	162
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO . COLETA DE SANGUE . QUEDA DE AGULHA NO OLHO DE CRIANÇA . PERDA DE VISÃO	385
RESPONSABILIDADE DO ESTADO . REDE DE ALTA TENSÃO . CHOQUE ELÉTRICO	139
RETORNO ANTECIPADO . AGÊNCIA DE VIAGENS, FALHA NO SERVIÇO . FURTO DURANTE VIAGEM INTERNACIONAL . VALOR TOTAL DO PACOTE TURÍSTICO, RESSARCIMENTO	288
ROMPIMENTO DE PRÓTESE MAMÁRIA . DANO MORAL E MATERIAL . RELAÇÃO DE CONSUMO . DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	31

S

SEMI-IMPUTABILIDADE . CÁRCERE PRIVADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE . DIMINUIÇÃO DA PENA, OBRIGATORIEDADE	442
SEQUELAS IRREVERSÍVEIS . INTERVENÇÃO CIRÚRGICA . TÉCNICA ANESTÉTICA, ERRO . DANO MORAL E MATERIAL	358
SERVIÇO CONTRATADO, EXECUÇÃO . REFORMA DE TELHADO DE ESCOLA PÚBLICA . VENDEVAL APÓS CONCLUSÃO DA OBRA . OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA, INEXISTÊNCIA	392
SERVIDOR PÚBLICO . DESVIO DE FUNÇÃO, INOCORRÊNCIA . PAGAMENTO DE DIFERENÇA,	

DESCABIMENTO	415
.....
SHOPPING CENTER . CONTRATO DE LOCAÇÃO, RESCISÃO . ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO CONFIGURAÇÃO . TEORIA DA IMPREVISÃO, INAPLICABILIDADE	226
.....
SUB-ROGAÇÃO, NÃO COMPROVAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO . PARTILHA DE IMÓVEL	340
.....
SUBSTITUIÇÃO DA PENA, IMPOSSIBILIDADE. CAIXA ELETRÔNICO, ARROMBAMENTO . FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA	500
.....
SUPERDOSAGEM DE MEDICAMENTO . EFEITO COLATERAL . FALHA NO PROCESSO DE EMBALAGEM . DANO MORAL, CARACTERIZAÇÃO	184
.....

T

■ ■ ■ TÉCNICA ANESTÉSICA, ERRO . INTERVENÇÃO CIRÚRGICA . SEQUELAS IRREVERSÍVEIS . DANO MORAL E MATERIAL	358
.....
TENTATIVA DE HOMICÍDIO . EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS . TRIBUNAL DO JÚRI . FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR	683
.....
TEORIA DA IMPREVISÃO, INAPLICABILIDADE. CONTRATO DE LOCAÇÃO, RESCISÃO . SHOPPING CENTER . ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO CONFIGURAÇÃO	226
.....
TÍTULO PRESCRITO . PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA . VENCIMENTO, ALTERAÇÃO UNILATERAL . CANCELAMENTO DE PROTESTO, NECESSIDADE	666
.....
TRIBUNAL DO JÚRI . EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS . TENTATIVA DE HOMICÍDIO . FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR	683
.....

U

■ ■ ■ UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO . PARTILHA DE IMÓVEL . SUB-ROGAÇÃO, NÃO COMPROVAÇÃO	340
.....

V

VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS, INAPTIDÃO. MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO . CONCURSO PÚBLICO . ANEMIA FALCIFORME	52
VALOR TOTAL DO PACOTE TURÍSTICO, RESSARCIMENTO. AGÊNCIA DE VIAGENS, FALHA NO SERVIÇO . FURTO DURANTE VIAGEM INTERNACIONAL . RETORNO ANTECIPADO	288
VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE . ESTELIONATO . INQUÉRITO, ARQUIVAMENTO . BLOQUEIO, RETIRADA	701
VENCIMENTO, ALTERAÇÃO UNILATERAL . PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA . TÍTULO PRESCRITO . CANCELAMENTO DE PROTESTO, NECESSIDADE	666
VENDAVAL APÓS CONCLUSÃO DA OBRA . REFORMA DE TELHADO DE ESCOLA PÚBLICA . SERVIÇO CONTRATADO, EXECUÇÃO . OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA, INEXISTÊNCIA	392
VESTÍGIOS, INEXISTÊNCIA . ESTUPRO . PALAVRA DA VÍTIMA, RELEVÂNCIA	593
VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE . VÍTIMA EM SONO PROFUNDO . ESTUPRO DE VULNERÁVEL . CRIME PRATICADO PELO GENITOR	534
VÍTIMA EM SONO PROFUNDO . VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE . ESTUPRO DE VULNERÁVEL . CRIME PRATICADO PELO GENITOR	534
VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. LATROCÍNIO, TENTATIVA . DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME, NÃO ACOLHIMENTO . DOLO DE MATAR	550