



TJDFT

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

104
JAN • ABR
2014

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

104

janeiro a abril de 2014

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Revista de Doutrina e Jurisprudência nº 104

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

Desa. Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias
1ª Vice-Presidente do TJDFT

Kelen Bisinoto Evangelista de Oliveira
Subsecretária de Doutrina e Jurisprudência

Tadeu Costa Saenger
Secretário de Jurisprudência e Biblioteca

Fernanda Freire Falcão
Supervisora do Serviço de Revista e Ementário

EXPEDIENTE

Produção Gráfica
Subsecretaria de Serviços Gráficos

Encadernação
Serviço de Encadernação e Restauração

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

Acabamento
Serviço de Acabamento

Impressão
Serviço de Impressão

Pede-se permuta

On demande de l'échange

We ask for exchange

Man bittet um austausch

Pídese canje

Si richiede lo scambio

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

Revista de Doutrina e Jurisprudência/Tribunal de Justiça do
Distrito Federal e dos Territórios. – vol. 1, nº 1
(1966) – Brasília: O Tribunal, 1994.

Quadrimestral
ISSN 0101-8868

1. Direito – Periódicos. 2. Direito – Jurisprudência.I.
Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos
Territórios.

CDD 340.05

COMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA TJDFT

Des. Getúlio Vargas de Moraes Oliveira

Des. Presidente

Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias

Desa. 1ª Vice-Presidente

Waldir Leôncio Lopes Júnior

Des. 2º Vice-Presidente

Romeu Gonzaga Neiva

Des. Corregedor da Justiça

Celso de Oliveira Sousa Neto

Secretário-Geral

CÂMARAS E TURMAS TJDF

CÂMARA CRIMINAL

Presidente *Des. Souza e Avila*

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. Romão C. Oliveira
Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Desa. Nilsoni de Freitas Custódio
Des. João Batista Teixeira
Des. Jesuino Rissato

PRIMEIRA TURMA CRIMINAL

Presidente *Desa. Sandra De Santis*

Composição *Des. Mario Machado*
Des. George Lopes Leite
Des. Romão C. Oliveira

SEGUNDA TURMA CRIMINAL

Presidente *Des. Souza e Avila*

Composição *Des. Roberval Casemiro Belinati*
Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Des. João Timóteo de Oliveira

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. Flavio Rostirola*

Composição *Des. Sérgio Bittencourt*
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. J. J. Costa Carvalho*

Composição *Des. Cruz Macedo*
Desa. Ana Maria D. Amarante Brito
Des. Jair Soares
Desa. Vera Andrighi
Des. José Divino de Oliveira
Des. Sérgio Rocha
Des. Arnaldo Camanho de Assis
Des. Fernando Habibe
Des. Antoninho Lopes
Des. Lecir Manoel da Luz
Des. Mário-Zam Belmiro

PRIMEIRA TURMA CÍVEL

Presidente *Desa. Simone Lucindo*

Composição *Des. Teófilo Caetano*
Des. Alfeu Machado

SEGUNDA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. J. J. Costa Carvalho*

Composição *Des. Sérgio Rocha*
Des. Lecir Manoel da Luz
Des. Mário-Zam Belmiro

TERCEIRA TURMA CÍVEL

Presidente *Desa. Nídia Corrêa Lima*

Composição *Des. Otávio Augusto*
Des. Sérgio Bittencourt
Des. Flavio Rostirola

QUARTA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. Fernando Habibe*

Composição *Des. Cruz Macedo*
Des. Arnaldo Camanho de Assis
Des. Antoninho Lopes

QUINTA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. Sebastião Coelho*

Composição *Des. Angelo Passareli*
Des. João Egmont
Des. Luciano Vasconcellos

SEXTA TURMA CÍVEL

Presidente *Des. Jair Soares*

Composição *Desa. Ana Maria D. Amarante Brito*
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. Mario Machado Vieira Netto	18/09/1997
Des. Sérgio Bittencourt	17/04/1998
Des. Lecir Manoel da Luz	17/04/1998
Des. Romeu Gonzaga Neiva	16/12/1998
Desa. Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias	27/06/2002
Des. José Cruz Macedo	14/10/2002
Des. Waldir Leôncio Cordeiro Lopes Júnior	22/08/2003
Des. Humberto Adjuto Ulhôa	19/09/2003
Des. José Jacinto Costa Carvalho	19/02/2004
Desa. Sandra De Santis Mendes de Farias Mello	19/02/2004
Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito	19/02/2004
Des. Jair Oliveira Soares	19/02/2004
Desa. Vera Lúcia Andrighi	19/02/2004
Des. Mário-Zam Belmiro Rosa	19/11/2004
Des. Flavio Renato Jaquet Rostirola	29/04/2005

Desa. Nídia Corrêa Lima	19/08/2005
Des. George Lopes Leite	26/10/2006
Des. Angelo Canducci Passareli	19/12/2006
Des. José Divino de Oliveira	21/06/2007
Des. Roberval Casemiro Belinati	07/03/2008
Des. Silvanio Barbosa dos Santos	23/06/2008
Des. Sérgio Xavier de Souza Rocha	19/09/2008
Des. 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 30 de abril de 2014, organizada de acordo com o art. 47, incisos de I a VII, e §§ 1º, 2º e 3º da Lei 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

.....

A penhora de percentual da verba salarial: uma abordagem à luz da jurisprudência e do ordenamento jurídico em vigor – artigo 649 do CPC <i>Luis Martius Holanda Bezerra Junior</i>	13
--	----

JURISPRUDÊNCIA

.....

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Divórcio	51
União estável	57
União estável homoafetiva	63

APELAÇÃO CÍVEL

Cobrança de verbas condominiais	74
Direito de imagem	83
Direitos autorais	87
Exercício arbitrário das próprias razões	109

Exoneração de alimentos	117
Liberdade de expressão	124
Ofensa à honra	139
Parcelamento de terra	154
Plano de saúde	173
Prestação de alimentos	183
Proteção à pessoa idosa	189
Responsabilidade civil	197
Título executivo descaracterizado	220

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Improbidade administrativa	229
Pensão por morte	267
Responsabilidade civil	278

APELAÇÃO CRIMINAL

Atentado violento ao pudor	287
Dano ambiental	308
Perigo de contágio de moléstia grave	312
Retenção abusiva de autos	328
Uso de atestado médico falso	336
Venda ilegal de produtos medicinais	341

AÇÃO RESCISÓRIA

Revisão de vencimentos	347
------------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

Erro médico	358
-------------	-----

HABEAS CORPUS

Estupro de vulnerável	371
Licitação irregular	385

MANDADO DE SEGURANÇA

Classificação em concurso público	400
Comprovação de atividade jurídica	416
Greve no serviço público	459

REMESSA DE OFÍCIO

Crime ambiental	473
-----------------	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

Violência doméstica	483
---------------------	-----

ÍNDICES

.....

Numérico dos Acórdãos	493
-----------------------	-----

Alfabético	499
------------	-----

A PENHORA DE PERCENTUAL DA VERBA SALARIAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO EM VIGOR – ARTIGO 649 DO CPC

Luis Martius Holanda Bezerra Junior¹

Sumário: 1. Considerações Preliminares: do objeto do estudo; 1.1. Jurisdição e estado de direito: o *due process of law* como via necessária ao alcance da jurisdição; 1.2. Delimitação conceitual da execução. 2. O escopo da execução; 2.1. Igualdade formal versus igualdade material; 2.2. Princípios regentes da execução. 3. Responsabilidade patrimonial; 3.1. A responsabilidade patrimonial do devedor e as garantias do executado: ponderação de valores; 3.2. Ponderação legislativa e judicial. 4. Bens legalmente excluídos da constrição; 4.1. Os vencimentos: discussão sobre a impenhorabilidade parcial dos depósitos; 4.2. A exceção feita aos créditos de natureza alimentar; 4.3. A lei 11.382/06 e a interpretação do artigo 649 do CPC: o veto ao parágrafo terceiro. 5. Conclusões. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: DO OBJETO DO ESTUDO

A moderna compreensão do fenômeno jurídico reclama do intérprete uma análise dos institutos processuais e de direito privado sob o enfoque de uma ordem constitucional que a eles empresta fundamento e legitimidade.

Com efeito, operada uma evolução no referencial do direito privado, que passou a ter como valores preponderantes a pessoa humana e a solidariedade social, e não simplesmente o patrimônio, não mais se concebe uma visão centrada na norma isolada, ou simplesmente positivada, sem que se observem os vetores de todo o sistema provido a partir da Carta Política, como norma central, a emanar, por seus princípios basilares, comandos que influenciam, necessariamente, a leitura e o al-

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa – FDUL; Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

cance de todos os ramos do conhecimento jurídico, em uma determinada época e sociedade.

Constituem, portanto, os direitos fundamentais, um imperativo de observância obrigatória e decorrente de uma lógica normativa que, segundo Canaris², vincula a legislação no campo do direito privado, em face da supremacia da *lex superior*.

Se, por um lado, consagra a Carta Política, à guisa de garantia essencial, o acesso ao Poder Judiciário, como forma de se buscar o cumprimento coercitivo de uma obrigação assumida e reputada válida, com a prevalência do interesse do credor sobre um direito patrimonial do devedor, não se mostra, lado outro, menos correto afirmar que preconiza a Constituição Federal, sob o mesmo *status*, a observância de um devido processo legal, que assegure o contraditório e respeite a dignidade do devedor.

A ordem constitucional vigente reclama do legislador ordinário o estabelecimento de limites ao exercício da exigibilidade do cumprimento da obrigação, de modo a preservar os direitos da personalidade, ensejando tal diretriz "uma análise menos patrimonialista da relação jurídica", de forma a atender ao critério constitucional da solidariedade social.³

O direito do credor, de ver integralmente satisfeita uma obrigação consolidada em título executivo dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, se materializa por meio de providências estatais que submetem, drasticamente, o patrimônio do devedor a medidas de apreensão e expropriação, que, por sua vez, encontram limites de atuação nos direitos da personalidade reconhecidos ao devedor e igualmente tutelados pela ordem constitucional vigente.

A penhora, segundo Lebre de Freitas⁴, constitui ato judicial fundamental do processo de execução, que se aperfeiçoa por meio de uma *apreensão judicial* dos bens do devedor, sendo a execução voltada ao pagamento de quantia certa a

2 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 27-28.

3 LISBOA, Roberto Senise. *Obrigações e Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

4 FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 205-206.

modalidade em que se manifesta de forma mais evidente o “exercício do poder coercitivo do tribunal”.

Pautada por tais valores de índole superior, que precisam necessariamente conviver, deixa a Carta Magna, a cargo do legislador ordinário, responsável pela elaboração do sistema processual, um exercício de ponderação e escolha, à vista de um contexto social, histórico e cultural, sobre os mecanismos que podem ou não ser adotados, na seara do direito processual, para que possa ser viabilizado, em sede satisfativa, o direito titularizado pelo credor.

Em se tratando de dois princípios igualmente dignos de proteção, tanto a dignidade do devedor, quanto o acesso a uma prestação jurisdicional plenamente eficaz, devem ser tuteladas pelo direito, sendo necessário, todavia, que, em determinadas situações de aparente conflito, venha o legislador a optar, validamente, pela compressão do âmbito de incidência de um deles, a fim de que, por meio de um sopesamento⁵, se materialize uma escolha política legítima, e que, por certo, não contrasta com o sistema provido pela mesma Constituição, que a ambos empresta prestígio.

Pretende-se com o presente estudo discutir, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do ordenamento processual em vigor, notadamente o disposto no artigo 649 do Código de Processo Civil Brasileiro, a possibilidade da penhora parcial de verba salarial, para a satisfação de débitos desprovidos de caráter alimentar, examinada a situação de aparente contraste entre os princípios que asseguram a máxima efetividade da execução e aqueles que, como limites imanes, garantem a dignidade e a integridade dos direitos da personalidade do devedor.

1.1. JURISDIÇÃO E ESTADO DE DIREITO: O DUE PROCESS OF LAW COMO VIA NECESSÁRIA AO ALCANCE DA JURISDIÇÃO

A partir do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso e realização de um interesse jurídico, sendo certo que o direito a uma determinada proteção jurídica eficaz, pressupõe, como

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 94.

antecedente lógico, a prerrogativa de execução⁶ das sentenças que venham a reconhecer a existência de uma obrigação.

Reza o princípio da inafastabilidade da jurisdição⁷, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Nessa toada, o fim perseguido pelo processo, segundo Pontes de Miranda⁸, não pode ser outro, senão a entrega da prestação jurisdicional.

Assim, não se mostra suficiente que se ofereça uma determinada tutela jurisdicional. Deve o processo, enquanto instrumento, garantir efetividade⁹, ou seja, conferir aptidão suficiente à obtenção de um resultado útil e material no plano fático, o que, no caso do processo de execução, somente se alcança por meio de uma intervenção estatal no patrimônio particular do devedor, de modo a assegurar o cumprimento de uma obrigação estampada em título líquido, certo e exigível.

Consiste a execução civil, portanto, segundo Liebman, na atividade cometida aos órgãos judiciais, que tem por finalidade alcançar, por meio do processo, com ou sem o concurso da vontade do devedor, o resultado prático pretendido pela regra jurídica que não foi obedecida.¹⁰

A execução, como complexo de atividades voltadas à obtenção do bem jurídico devido ao credor, se encontra submetida, assim como o processo de conhecimento, ao princípio do devido processo legal, que, segundo Dinamarco, assume, em síntese e essência, o caráter de um freio constitucional contra os excessos danosos à vida, à liberdade e ao patrimônio das pessoas.¹¹

6 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 274.

7 A Constituição da República Portuguesa consagra o mesmo princípio, sob a denominação de *garantia de via judiciária* ou *direito de acesso aos tribunais*, no seu artigo 20, nº 1.

8 MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5. p. 295.

9 TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A penhora de salários e a efetividade do processo de execução. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 116.

10 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araraquara: Bestbook, 2003. p. 18.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 301.

Como diretriz de inafastável e cogente observância, estabelece o artigo 5º, inciso LIV, da Carta da República, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Trata-se de uma garantia essencial ao funcionamento do estado democrático de direito, e que busca, em *ultima ratio*, estabelecer balizas seguras e legalmente justificadas para o desenvolvimento da atividade jurisdicional, de modo a assegurar aquilo que a Constituição da República Portuguesa¹² também consagrou, sob a forma do denominado princípio da *conformação do processo segundo os direitos fundamentais*¹³, cuja aplicação, segundo sustentamos, não se restringe aos limites do processo penal, por se tratar de uma garantia afeta a todo processo judicial.

Representa, portanto, o *due process of law*, um trilho previamente traçado, de modo a fomentar a segurança jurídica, pelo qual devem transitar as partes e o Estado-Juiz, de modo que a sua observância impõe limites de atuação, sobretudo para o regular exercício da atividade estatal, que se inicia com a penhora, meio executivo sub-rogatório¹⁴, e que busca assegurar uma sujeição dos bens do devedor à execução, nos limites do título executivo ostentado pelo credor.

Com isso, ainda que atividade executiva seja empreendida, preponderantemente, em favor do credor, não se olvida a existência de limites estabelecidos na lei, para o que o processo caminhe e chegue ao seu desiderato de forma regular, sendo o respeito ao devido processo legal requisito de ordem pública, imprescindível à validade dos atos coercitivos e expropriatórios.

1.2. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA EXECUÇÃO

Enquanto a declaração, o reconhecimento e o accertamento de um direito em litígio encontram espaço existencial no âmbito do processo de conhecimento, a con-

12 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Art. 32. Disponível em: <<http://tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

13 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 274.

14 CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 10, t 1, p. 180.

cretização e a realização prática dos interesses e direitos reconhecidos ocorre no campo do processo de execução¹⁵.

Reconhecido, por força de lei ou de sentença, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, que emana dos princípios da igualdade e da inafastabilidade da jurisdição, assegura-se ao credor o manejo dos instrumentos providos pelo Estado para a obtenção material da prestação devida.

O alcance da providência prática colimada será diretamente relacionado ao objeto da obrigação especificamente assumida e imposta ao devedor, que pode, assim, assumir contornos de uma prestação positiva ou negativa¹⁶.

Uma vez provocado o aparato judicial tendente a fazer cumprir um dever em aberto, utiliza-se o Poder Judiciário, a depender da natureza da obrigação, de meios de coerção (obrigação de fazer ou não fazer) ou sub-rogação (obrigação de pagar quantia certa), legalmente providos, que se destinam, respectivamente, a compelir o executado ao cumprimento voluntário de uma prestação, ou a substituir a atividade do devedor, abstraindo a sua vontade e avançando sobre o seu patrimônio, para buscar os bens necessários à garantia do pagamento.

Qualifica-se, portanto, a execução, em sentido amplo, como um conjunto de atividades, patrocinadas pelo Estado e desenvolvidas sob as luzes do devido processo legal, destinadas à realização prática de um comando jurídico advindo de decisão judicial ou de algum outro ato a ela equiparado¹⁷.

Atualmente, contempla o sistema processual brasileiro uma forma híbrida ou sincrética para o cumprimento forçado das decisões judiciais, que passaram, após a reforma de 2005, a ter *força executiva imediata*¹⁸, sendo o cumprimento de sentença materializado nos próprios autos do processo de conhecimento, sujeito a simples *incidente de impugnação*¹⁹ do devedor, admitido em hipóteses bem mais

15 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Execuções, cautelares e embargos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41.

16 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43-53.

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. v. 2, p. 149.

18 ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1321.

19 ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 249-250.

restritas (art. 475-L, do CPC) do que aquelas veiculadas por meio de embargos do devedor.

Deixou, portanto, a execução de sentença, a partir da alteração promovida pela Lei 11.232/05, de ser um processo autônomo, passando a configurar uma “fase complementar do mesmo processo em que a sentença foi proferida”.²⁰

Noutro vértice, a pretensão voltada ao cumprimento forçado de obrigação estampada em título extrajudicial, continua a ser viabilizada por meio de ação executiva autônoma, cuja forma de resistência mais comum, posta ao alcance do executado, continua a ser a via da ação de oposição de mérito²¹ à execução, de natureza constitutivo-negativa, denominada de embargos do devedor.

A execução constitui, nessa quadra, a via satisfativa, provida pelo Estado-Juiz, por meio de atos coercitivos ou de sub-rogação, destinados a dar efetividade, independentemente da vontade do devedor, a uma tutela prestada em sede cognitiva ou reconhecida por força de lei.

2. O ESCOPO DA EXECUÇÃO

Cediço que o direito, constitucionalmente albergado, de se buscar a tutela jurisdicional²², deve ser visto, atualmente, sob o prisma substancial do direito a uma tutela completa, ou seja, a uma execução que materialize a prestação condenatória conseguida.

Assim, com fulcro no próprio princípio da igualdade, e, sob os auspícios do devido processo legal²³, deve ser garantido ao credor, portador de um título reconhecidamente certo, líquido e exigível²⁴, o direito de materializar o bem da vida do qual se reconhece como titular.

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 93.

21 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 163.

22 Art. 5º, XXXV, CRFB.

23 Art. 5º, LIV, CRFB.

24 Por força do princípio da formalização ou do título executivo, *nulla executio sine titulo*.

Busca, pois, a execução, por meio da prática de atos permeados de índole administrativa, porém submetidos ao poder jurisdicional, a consecução de um resultado prático ou fisicamente concreto²⁵, tal como a expropriação e alienação de bens do devedor e a entrega do dinheiro obtido ao credor.

Segundo Alberto dos Reis²⁶, reside o fim da execução na obtenção de um benefício, para o exequente, que seria obtido caso houvesse a obrigação sido voluntariamente cumprida pelo devedor, ou, não sendo possível, a obtenção de um benefício equivalente, dispondo o Estado, para tal desiderato, de medidas executivas que se desdobram em meios de coação e de sub-rogação.

Os meios de coação seriam aqueles remédios executivos utilizados com o propósito de pressionar a vontade do devedor, de modo a levá-lo a cumprir uma obrigação fixada em sentença ou na lei, tais como a multa e a prisão.²⁷

Por sua vez, os meios de sub-rogação consistem em medidas de intervenção, legalmente autorizadas, por meio das quais substitui o Estado a vontade do devedor, de modo a propiciar a satisfação do crédito exequendo, com ou sem a vontade do obrigado.

A penhora e a entrega da coisa devida são, nessa quadra, vias executivas de sub-rogação, por meio das quais avança o Estado Juiz sobre o patrimônio do devedor, relevando a sua vontade, com o fito de expropriar aquilo que se mostra necessário para alcançar o cumprimento da obrigação.

2.1. IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL

A exigência de um devido processo legal, visto em sua acepção substancial, não se concebe sem a observância de um sistema ordenado e que confira igualdade de tratamento e de oportunidades às partes que se postam em juízo.

25 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2, p. 46.

26 REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v.1, p. 23-24.

27 Prevê o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, apenas a hipótese de prisão do devedor de alimentos, não como forma de execução pessoal, mas como medida de coação, tendente a obrigá-lo a satisfazer, voluntariamente, a obrigação de caráter alimentar (Art. 5º, LXVII, da CRFB e Art. 733, § 1º, do CPC).

No âmbito do processo de conhecimento²⁸, parte-se de uma versão trazida pelo autor, que, uma vez resistida, ou seja, não incidindo a revelia, torna controvertidos os fatos constitutivos de um direito alegado, que precisam ser, portanto, provados perante o juiz, para que se tenha a possibilidade do reconhecimento estatal, por meio de uma sentença.

Em sede de execução, já se inicia o processo com uma certeza previamente estabelecida a partir de um direito titulado e reconhecido como legítimo, seja por meio de um provimento judicial condenatório, seja por força de uma previsão legal específica, a conferir ao documento a natureza de título executivo.

Nessa situação, uma das partes já se posta, de antemão, como credora de uma obrigação que não fora voluntariamente satisfeita, e que se acha reconhecida como exigível, conferindo-se, portanto, àquele que se coloca como exequente, uma posição que interessa também ao Estado, posto que a este, como desdobramento da jurisdição, compete fazer cumprir, de forma compulsória, os seus próprios julgados.

O interesse do Estado, que se agrega ao interesse particular do credor, faz com que a execução seja desenvolvida, preponderantemente, em *favor creditoris*, ou seja, sem uma paridade possível de armas, com seus atos e regras voltados ao alcance da efetiva satisfação do crédito titularizado pelo exequente.

Com isso, ao contrário do que ocorre com o processo de conhecimento, em que a igualdade de tratamento conferido às partes é pressuposto inarredável para o alcance de uma decisão judicial justa e equilibrada, na seara específica da execução, não se pode falar em igualdade, senão em seu aspecto meramente *formal*, posto que a igualdade *substancial* se mostra incompatível com a própria natureza jurídica de um processo voltado, desde o seu nascedouro, à satisfação dos interesses de uma das partes.

De fato, quando examinados, no ambiente da ação executiva, o princípio do contraditório e o direito à ampla defesa, corolários de um princípio mais geral de

28 O direito português prefere a expressão “ação declarativa”, para se referir à fase cognitiva do processo que antecede a constituição do título executivo judicial.

igualdade entre as partes, verifica-se, de plano, que inexistiria, na fase satisfativa, qualquer paridade simétrica das posições em face do tribunal.²⁹

Por força de tal quadro de igualdade limitada e formal, característica intrínseca à fase de execução, qualquer atividade cognitiva, ou de mais ampla discussão sobre o título, que precise ser estabelecida ainda na pendência da execução, tal como ocorre nos casos de embargos, ou na ação declaratória incidental, deve, forçosamente, ser realizada de forma autônoma, ou seja, fora dos autos principais da execução, quando então se recuperam, no bojo do incidente, em sua maior amplitude, os princípios da paridade de armas e do contraditório.

2.2. PRINCÍPIOS REGENTES DA EXECUÇÃO

A par da regência comum, pelos mesmos princípios gerais e de fundo constitucional que pautam o processo de conhecimento, tais como os princípios da proporcionalidade, da igualdade e do devido processo legal, encontra-se a execução informada por princípios específicos e ajustados à própria natureza satisfativa do processo que busca materializar a jurisdição e concretizar um direito já declarado como devido.

Não obstante a diversidade doutrinária sobre a enunciação dos princípios que regem a execução, temos que estes podem ser suficientemente abrangidos e elencados sob o seguinte rol, a seguir decomposto, que bem os condensa e distribui:

a) Princípio da formalização ou do título executivo: a tutela executiva se mostra sempre dependente da existência de um título executivo previamente constituído, seja sob a forma de um título judicial, hipótese em que terá lugar mais uma fase de um *processo sincrético*³⁰, voltado ao cumprimento da sentença nos próprios autos³¹

29 FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 21.

30 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 205.

31 Segundo Marinoni (In: *Execução*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55), não há mais dúvida que, a partir da Lei 11.232/2005, que alterou o CPC e a forma de execução no sistema processual brasileiro, toda sentença que dependa de execução para a concretização da tutela jurisdicional não mais exige o manejo de uma ação de execução de sentença, devendo haver o cumprimento, mediante simples requerimento do credor (art. 475-J e seguintes do CPC), nos próprios autos do processo de conhecimento, que, portanto, não mais termina com a sentença, que ficava na dependência de uma futura execução. Atualmente, prossegue-se com o processo de conhecimento, até que a tutela do direito seja prestada, por

(art. 475-N do CPC), seja sob o viés de um título extrajudicial (art. 585 do CPC), situação em que haverá um processo autônomo de execução. O título executivo é, portanto, a base da execução, resumindo-se tal princípio na fórmula consagrada pelo brocardo latino *nulla executio sine titulo*.

b) Princípio da patrimonialidade: também conhecido como princípio da “realidade³²” da execução, reza que deve a execução recair sobre o patrimônio do executado, e não sobre a sua integridade pessoal, como se verificou nos primórdios da responsabilização civil. Encontra-se expressamente referido no ordenamento processual civil brasileiro, no artigo 646 do CPC, que enuncia que “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar os bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor”. Também no artigo 591 do digesto processual pátrio encontra-se consagrada a responsabilidade patrimonial do devedor, ao se afirmar que responde, para o cumprimento das obrigações, “com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Vem tal princípio, segundo a doutrina³³, sofrendo mitigações ao longo das reformas recentemente encetadas pelo legislador processual, que busca, atualmente, mecanismos de coerção, tendentes a obrigar o devedor a cumprir, voluntariamente, a obrigação executada, citando-se, como exemplos, a multa prevista no artigo 475-J, aplicável à execução por quantia certa, fundada em título judicial, bem como as *astreintes*, previstas no artigo 461, parágrafos 4º a 6º, para a execução das obrigações de fazer e não fazer reconhecidas por sentença.

c) Princípio da efetividade: o direito fundamental à tutela executiva deve ser entendido como o direito de acesso a um provimento jurisdicional efetivo e completo, que venha a concretizar o bem jurídico reconhecido pelo provimento judicial ou estampado em um título legalmente estabelecido. Não se concebe uma decisão judicial que, não obstante reconheça o dever de pagar certa quantia, não possa ser concretamente realizada, caindo no vazio da ineficácia. Atualmente, os maiores desafios para a compreensão do alcance do princípio da efetividade passam pela conciliação de tal mandamento de satisfação do credor com os princípios, igual-

meio da atividade executiva necessária.

32 O termo “realidade” é empregado para traduzir que a execução forçada incide sobre bens (direitos reais), integrantes do patrimônio do devedor, e não sobre a pessoa do executado.

33 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

mente dignos de tutela, e que determinam a observância da menor onerosidade e a proteção dos direitos da personalidade reconhecidos ao devedor.

d) Princípio da disponibilidade: por força de tal princípio, não se admite que a tutela jurisdicional, em sede executiva, seja prestada de ofício, sendo imprescindível que o Juiz, agente estatal dotado de imparcialidade, seja efetivamente provocado. A disponibilidade da execução permite, com isso, que o exequente venha a desistir, no todo ou em parte, da prestação a ser coercitivamente reclamada, consoante estabelece o artigo 569, *caput*, do Código de Processo Civil.

e) Princípio da tipicidade dos atos executivos: preconiza que os atos executivos que serão praticados pelo Estado devem ser previamente previstos pelo legislador processual, de modo a evitar “surpresas” ao devedor, por força de uma atuação criativa e não expressamente autorizada ao Juiz da execução. Trata-se de consectário advindo de um princípio maior, que impõe a observância do devido processo legal. Entende-se, atualmente, que o princípio da tipicidade dos atos executórios vem sofrendo temperamentos por parte do legislador, que, nas reformas levadas a efeito nos últimos anos, buscou introduzir, principalmente no campo específico da execução das obrigações de fazer e não fazer, uma *cláusula geral executiva*³⁴, que, priorizando a efetividade, autoriza o Juiz a adotar medidas e providências tendentes a assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento.

f) Princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC): sempre que, no processo de execução, se apresentem alternativas válidas para a prestação da tutela jurisdicional executiva, por meio das atividades interventivas e de expropriação previstas, deve-se optar por aquela que se mostre menos gravosa ou onerosa ao devedor. Como visto, destina-se a execução à satisfação de um direito titularizado pelo credor, por meio de uma apreensão forçada e ulterior alienação de bens que possam servir ao pagamento do *quantum* devido. Não se presta, com isso, o processo de execução, a servir de meio de expiação pessoal, voltado a punir ou prejudicar a pessoa do devedor, razão pela qual, havendo mais de um caminho, com idêntica efetividade, para a consecução da finalidade satisfativa, deve ser eleito aquele que sacrifique menos os interesses do executado. Tal princípio busca fundamento

34 Artigo 461 do CPC: “§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

nos princípios da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, representando verdadeiro limite imanente ao postulado de que a execução se processa, preponderantemente, em favor dos interesses do credor (*favor creditoris*).

g) Princípio do contraditório: concebe-se o princípio do contraditório como verdadeiro desdobramento do princípio do *due process of law*. Trata-se do direito reconhecido às partes que se postam em juízo, mesmo em sede executiva, de participarem, de forma efetiva e adequada, da relação processual. Englobam-se, com isso, tanto o direito à bilateralidade da audiência, quanto a prerrogativa que confere, a ambos os litigantes, igualdade de oportunidades. Ressalte-se, por oportuno, que, por força da efetividade buscada pela execução, pode o contraditório, em determinadas situações, ser diferido para momento ulterior à efetivação de uma determinada providência, sob pena de se ver frustrado o próprio objetivo da medida encetada. Com efeito, o bloqueio eletrônico e a penhora de valores depositados em conta bancária do devedor (art. 655-A, do CPC), por exemplo, devem ser feitos, necessariamente, sem a prévia intimação do titular, sendo a este, logo após a apreensão, facultada a impugnação, podendo, em contraditório diferido, aduzir e provar³⁵, por exemplo, a incidência de alguma das hipóteses de impenhorabilidade legalmente previstas.

h) Princípio da cooperação: Decorre dos princípios da boa fé e da lealdade processual (art. 14, II, do CPC) o dever, legalmente imposto às partes, a seus procuradores e a todos que, de qualquer forma, participam do processo, de proceder com lealdade e boa-fé. Todavia, mais do que a simples abstenção de uma conduta desleal ou ofensiva, impõe-se um dever de atuação positiva, de forma a contribuir para um diálogo permanente, ao longo de todo o processo, entre as partes e o Poder Judiciário. Fundado no princípio da cooperação, estabeleceu o legislador, no artigo 475-L, § 2º, do CPC, o dever de indicar o valor devido, quando, em sede de embargos do devedor, houver alegação de excesso de execução. Também se mostra influenciado pela cooperação o dever atribuído ao devedor de indicar bens disponíveis à penhora (art. 600, IV, do CPC), sob pena de incidir em conduta considerada como “atentatória à dignidade da justiça”.

35 Nesse sentido, conforme dispõe o artigo 655-A, § 2º, do Código de Processo Civil, cabe ao devedor, após determinado o bloqueio judicial, provar que as verbas penhoradas se acham protegidas por hipótese de impenhorabilidade que impede, excepcionalmente, a sua constrição, tal como ocorre com as verbas de natureza salarial (art. 649, IV, do CPC).

i) Princípio do resultado: também conhecido como *princípio da primazia da tutela específica*³⁶. Estabelece que a execução deve propiciar ao credor a satisfação do credor, da forma mais próxima àquela que seria viabilizada caso tivesse o devedor cumprido, voluntariamente, a tempo e modo, sua obrigação.

3. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Constitui regra assente que, não podendo a constrição recair sobre a pessoa do executado, senão como meio indireto e coercitivo de exceção, naquela situação específica e pontual do devedor de alimentos, responde o devedor, com todos os seus bens atuais e futuros³⁷, para assegurar o adimplemento das obrigações por ele assumidas.

Assim, tanto os bens titularizados ao tempo da constituição da dívida, quanto aqueles que se incorporarem, posteriormente, ao patrimônio do devedor, ficam vinculados à responsabilidade executiva, posto que o caráter de universalidade, reconhecido ao patrimônio de alguém, torna irrelevantes eventuais mutações ou substituições individualmente operadas nos bens ou valores integrantes do acervo³⁸.

A sujeição da generalidade dos bens do devedor à atividade executiva do Estado, para a satisfação do direito do credor a uma prestação, denomina-se como responsabilidade patrimonial³⁹.

Responde, assim, o devedor de uma prestação exequível, com o seu patrimônio, por meio de execução forçada, processada em benefício do credor e para a satisfação do crédito por ele ostentado em título próprio.

Nessa linha, a responsabilidade patrimonial ou executiva, nada mais seria do que um estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis

36 DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Lumen Juris, 2011. v. 5, p. 47-61.

37 Trata-se do princípio da responsabilidade patrimonial, estatuído no artigo 591 do Código de Processo Civil.

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 187.

39 FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 206-207.

(art. 592 do CPC), às providências executivas e tendentes à satisfação da prestação devida⁴⁰.

Em complemento, traduz-se a responsabilidade patrimonial ou executiva ainda, em sede doutrinária, como a aptidão de um bem ou de um acervo patrimonial, “para suportar os efeitos das medidas de sub-rogação que integram a execução forçada⁴¹”, medidas estas que se revelam imperativas e que caracterizam a sanção executiva.

Essa submissão à vontade da lei, a atuar sobre o patrimônio do devedor, se desenvolve por intermédio de meios executivos, ou seja, de medidas práticas voltadas à obtenção de um bem titularizado pelo credor, e que, segundo a clássica divisão preconizada por Chiovenda⁴², podem materializar-se sob a forma de meios de *coaço* e de *sub-rogação*, inserindo-se a penhora, enquanto medida de apreensão judicial, nesta última modalidade.

Com razão, leciona Frederico Marques que o efeito principal da penhora seria o de “fixar a responsabilidade executiva”, posto que, com a sua realização, isolar-se-iam, do patrimônio do devedor, determinados bens sujeitos a um regime jurídico particular⁴³.

Importa ter em mente, no entanto, que a execução há muito abandonou o primitivo caráter infamante e punitivo de outrora, deixando de incidir sobre a totalidade do patrimônio do devedor, evoluindo para um equilíbrio que balanceia o direito preponderante do credor com certas garantias conferidas ao executado, que representam os chamados *limites políticos da execução*⁴⁴, concebidos para a preservação da liberdade, da dignidade humana, do patrimônio e dos direitos da personalidade.

40 DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Lumen Juris, 2011. v. 5, p. 251.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 39.

42 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1, p. 349.

43 MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 1999. v. 5, p. 171.

44 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 296.

Dentro desses limites políticos, que mitigam, a partir de uma escolha legítima do Estado, a responsabilidade patrimonial do devedor, destacam-se as regras que colocam a salvo, de forma excepcional, certos bens ou valores havidos como necessários à preservação da dignidade do devedor, sendo preponderante, para a fixação de tais balizas, o quadro protetivo haurido da Constituição de cada país e informado por aspectos históricos, sociológicos e humanitários considerados pelo legislador processual.

A impenhorabilidade constitui, nessa senda, um limite imposto à sujeição de determinados bens à execução, de modo a afastá-los, segundo Liebman, por motivos de ordem jurídica e humanitária, da condição de objeto instrumental da execução⁴⁵.

3.1. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEVEDOR E AS GARANTIAS DO EXECUTADO: PONDERAÇÃO DE VALORES

Consoante adverte Antunes Varela, o princípio de que todos os bens do devedor devem responder pelas obrigações por ele assumidas representa uma solução que, ultrapassada a fase da responsabilidade pessoal, vem ao encontro dos legítimos interesses do credor. Todavia, não se chega ao ponto de constituir uma exigência de *interesse ou ordem pública*, de tal sorte que o princípio da universalidade patrimonial se mostra passível de comportar legítimas limitações⁴⁶.

Um dos principais desafios impostos ao jurista, no campo do estudo contemporâneo do processo, reside, justamente, na necessária compatibilização entre a efetividade perseguida pela parte que titulariza o direito à execução e as garantias advindas do devido processo legal, balizas intransponíveis e de obrigatória observância para a validade da atuação estatal.

Com efeito, ainda que se tenha por inabalável o direito à execução forçada, posto que fincado na *igualdade* e na efetividade, o *princípio da patrimonialidade* e o exercício dos atos satisfativos e de expropriação, praticados em *favor creditoris*, encontram limites imanentes em garantias que, a par daquelas conferidas ao credor, buscam tutelar bens jurídicos igualmente relevantes e que tocam ao devedor,

45 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araraquara: Bestbook, 2003. p. 126.

46 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1990. v. 2, p. 413-414.

calçados, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana e no devido processo legal.

Não se mostra absoluto, portanto, o princípio de que todos os bens do devedor respondem por suas dívidas, posto que, em virtude da própria natureza do bem, ou por motivos de ordem pública, humanitária ou de equidade, colocam-se imunes ao alcance da penhora certos bens ou valores pontualmente protegidos com maior amplitude.

Nessa quadra, bem explica Amílcar de Castro, que, assim como haverá casos em que coincide o interesse do credor com a vontade do Estado, haverá outras situações em que coincidirá com o devedor o interesse mais alto e preponderante do ente estatal, a prevalecer contra o do exequente⁴⁷.

Explica-se, dessa forma, a opção do legislador brasileiro, com estofa constitucional, e, portanto, provida de razoabilidade, de colocar a salvo da atuação executiva, os vencimentos e salários percebidos pelo executado, aproximando-se, nesse caso específico, dos interesses do devedor, ao passo em que, na maioria absoluta dos casos, tal como ocorre quando admite o legislador a prisão do devedor de alimentos⁴⁸ e a penhora do único imóvel residencial (bem de família), para o fim de satisfazer os créditos dos trabalhadores da residência familiar⁴⁹, privilegia, noutro vértice, também de forma razoável, os interesses do credor.

Ademais, sob a ótica de um direito que, a despeito de privado, se mostra, cada dia mais, permeado por uma exegese constitucional, reclama-se, por versarem as restrições reciprocamente impingidas sobre dois valores de índole constitucional, de forma cada vez mais frequente, à luz da proporcionalidade e das circunstâncias fáticas trazidas, a ponderação sobre a necessidade de uma eventual compressão de um dos direitos envolvidos, de modo a compatibilizar a sua subsistência com as garantias reconhecidamente outorgadas à outra parte.

47 CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 10, t. 1, p. 221.

48 Conforme artigos 5º, LXVII, da CRFB e 733, § 1º, do Código de Processo Civil.

49 BRASIL. Lei 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe o artigo 3º da Lei 8.009/90, em seu inciso I, que não se mostra oponível o caráter de impenhorabilidade do bem de família nas ações movidas para cobrança de créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm >. Acesso em: 05 nov. 2013.

Cabe pontuar que, diferentemente do que ocorre com as regras, que reclamam solução para os eventuais conflitos no plano da validade, com a simples exclusão de uma delas do mundo jurídico, consoante leciona Alexy⁵⁰, em se tratando de dois princípios reconhecidamente válidos, a colisão deve ser resolvida para além dessa dimensão, ou seja, na *dimensão do peso*.

Certo, todavia, que o exercício desse sopesamento não ocorre apenas quando se coloca determinada situação em Juízo, sendo, ao revés, realizado já no momento em que, sob as diretrizes da Constituição, exerce o legislador, em momento de elaboração legislativa, o poder político de escolher entre os caminhos possíveis.

Nesse sentido, bem pontua Ana Paula de Barcellos, que “ao regulamentar um determinado direito fundamental, o legislador faz opções em função daquilo que lhe parece mais conveniente e necessário em face do momento histórico em que vive e do futuro próximo”.⁵¹

Com isso, cresce em relevância o estudo das situações em que o direito do credor, não obstante possa estar reconhecido em provimento judicial declarativo ou em documento revestido de executividade, deve ceder diante das garantias conferidas ao executado, e que buscam preservar, em *ultima ratio*, a sua existência digna e os direitos da personalidade.

Mais do que um simples mandamento de otimização, a dignidade da pessoa humana seria, portanto, o próprio “núcleo de um direito geral da personalidade⁵²”.

Assim, a despeito do princípio da patrimonialidade, coloca o ordenamento jurídico, a salvo de eventual penhora e expropriação, bens e valores que integram o acervo patrimonial do devedor, sendo imperioso discutir se, tendo sido feita uma opção política e legislativa, valorando-se dois valores constitucionalmente preconizados, no momento da elaboração da norma jurídica ordinária, seria legítimo ao magistrado, sob o argumento de resguardar uma proporcionalidade, fazer

50 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 94.

51 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 89.

52 ROSENVALD, Nelso. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

nova ponderação, com o escopo de diminuir o âmbito de proteção conferido pela norma.

3.2. PONDERAÇÃO LEGISLATIVA E JUDICIAL

A dignidade humana foi erigida, por expressa deliberação do Constituinte originário de 1988, à categoria de *fundamento da república* (art. 1º, inciso III, da CRFB), consagrando-se tal princípio como valor supremo de alicerce da ordem jurídica e democrática.

Com isso, havendo conflitos entre princípios constitucionais de igual relevância hierárquica, tais como o direito a uma jurisdição efetiva (efetividade da execução) e a dignidade do devedor, a medida de ponderação, ou seja, o fiel da balança, já estaria previamente calibrado, a pesar em favor do conceito da dignidade humana⁵³.

Nessa mesma toada, assevera Tepedino que a posição de supremacia conferida pela Carta Magna à cidadania e ao valor fundante da dignidade da pessoa humana condiciona o intérprete e o próprio legislador ordinário, "modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte⁵⁴".

Assim, a ponderação a ser feita, ainda em sede legislativa, ou seja, durante o processo de gestação e discussão das reformas nos estatutos processuais, não pode perder de vista, por força da opção claramente feita pelo Constituinte originário, a prevalência do valor supremo da dignidade humana, a obstar, como limite intransponível, a supressão de garantias e escolhas historicamente consolidadas, de acordo com o perfil sociológico e a realidade do provo brasileiro, dentre as quais se insere a regra que assegura, como dogma, a impenhorabilidade dos vencimentos, salários e proventos.

Cumprir observar, nesse ponto, que também por força do princípio da *vedação do retrocesso*, entendemos não ser possível admitir como válida uma alteração tendente a reverter ou minimizar a situação de garantia, conferida ao devedor desde a

53 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 83-85.

54 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49.

codificação anterior⁵⁵, de que não terá a fonte do seu sustento expropriada, ainda que parcialmente, para o pagamento de dívidas comuns, ou seja, desprovidas de caráter alimentar.

Segundo Canotilho, a *proibição do retrocesso social* limita a possibilidade de reversão dos direitos adquiridos, impondo ao legislador a observância dos imperativos de proteção da confiança e da segurança dos cidadãos, no âmbito econômico, social e, principalmente, no núcleo essencial da existência mínima, afeto à dignidade da pessoa humana.

Estabelece-se, com isso, um limite à liberdade de conformação e autorreversibilidade do legislador, que não pode avançar sobre um núcleo essencial já realizado, “sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana⁵⁶”.

Ressalte-se que, estando formalmente limitada a atuação legislativa reformadora, tendente a suprimir ou diminuir o alcance de determinada garantia já consolidada e associada à dignidade humana, com muito mais razão deve ser afirmada como inviável e constitucionalmente repelida uma atuação judicial que busque estabelecer, para o caso em julgamento, uma norma limitadora que o próprio legislador estaria impedido de implementar.

Nessa mesma quadra, vaticina Larenz que, no exercício de interpretação da lei, encontra-se o juiz “vinculado, por princípio, aos fins da lei e às decisões valorativas do legislador a eles subjacentes⁵⁷”, devendo ser considerados a intenção reguladora e o escopo da norma em causa, o que pode ser inferido a partir da situação histórica, das declarações de intenção do legislador e do próprio conteúdo da regulação.

Entendemos, com isso, que não cabe ao julgador, sob o argumento de realizar um juízo de ponderação entre os princípios envolvidos e a necessidade de se limitar a isenção a um “mínimo necessário” à subsistência do devedor, avançar sobre

55 BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

56 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339-340.

57 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 486.

uma escolha política legislativa, validamente pautada por valores constitucionais previamente estabelecidos, com o objetivo de diminuir o âmbito de proteção dos salários e vencimentos, com modificação e inegável retrocesso nas garantias historicamente consolidadas.⁵⁸

Cumprindo observar, ademais, que, em sede de ponderação legislativa, reafirmou o legislador processual, em mais de uma oportunidade, a opção por afastar qualquer possível subjetivismo judicial em relação ao mínimo salarial a ser protegido da constrição, a depender do entendimento de cada julgador singular, em um país de dimensões continentais e com vultoso percentual de informalidade nas relações de emprego.

O “mínimo necessário⁵⁹”, como conceito indeterminado, foi substituído pela nítida intenção de fixar um freio específico para o alcance da penhora sobre os salários, em um país tradicionalmente marcado por crises econômicas e pela defasagem salarial, recrudescida pelos baixos índices de desenvolvimento, garantindo, com isso, uma maior segurança jurídica para o devedor e para o credor.

Com efeito, tal critério de segurança, a par de garantir direito do devedor, também se mostra útil ao próprio credor, que, no momento de celebrar um negócio oneroso, já estaria previamente cientificado de que não pode contar com os subsídios da contraparte para garantir o adimplemento da obrigação, podendo, com isso, sopesar as vantagens e as condições para o fornecimento do crédito.

Formula-se, nessa toada, uma opção válida e uniforme pela intangibilidade do salário, ponderada à luz das tradições e dos valores que se busca preservar, trilhando caminho diverso daquele percorrido por outros países, tais como Portugal e Espanha, em que se estabelecem uma gradação e um percentual máximo, verificados de acordo com a renda auferida pelo devedor, retirando-se do julgador uma discricionariedade ampla, tal como aquela conferida pelo direito norte-americano, havida das tradições da *Common Law*, em que as balizas de garantia do mínimo são estabelecidas, caso a caso, pela Corte.

58 Enumera Pontes de Miranda (In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 10, p. 141), diversos diplomas legislativos, que, desde 1763, colocam a salvo da penhora os soldos e vencimentos dos funcionários públicos.

59 Destaca-se, como referência no tratamento doutrinário do tema, a obra de Luiz Edson Fachin, intitulada *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

4. BENS LEGALMENTE EXCLUÍDOS DA CONSTRIÇÃO

A responsabilidade patrimonial, materializada por atos que se iniciam com a apreensão judicial, por meio da penhora, encontra limites de atuação, bem delimitados pelo ordenamento, que põem a salvo da expropriação bens que desempenhem uma função essencial à subsistência ou dignidade do devedor, ou que, em razão da função desempenhada, colocam-se em posição de superioridade em relação à garantia patrimonial dos créditos⁶⁰.

Com a finalidade de assegurar a manutenção de um patrimônio mínimo, apto a garantir a digna existência do executado, estabelece a lei, com base em parâmetros sociológicos e específicos de cada sociedade, colhidos em um determinado tempo, limitações ou restrições⁶¹ à responsabilidade patrimonial, por meio da previsão de bens ou valores que não se sujeitam às medidas expropriatórias em face do devedor.

No contexto da evolução operada desde os tempos da Lei das XII Tábuas, quando se admitia a divisão das partes do corpo de um devedor em tantos pedaços quantos fossem os credores, passando pela *Lex Poetelia*, datada de 326 a.C., tida como marco de transição para a responsabilidade patrimonial, percebe-se um fenômeno de evidente humanização da execução, dentro do qual seria a impenhorabilidade de certos bens a última das medidas tomadas para se preservar a pessoa do devedor, sendo a dignidade humana colocada, nesses casos, "acima do direito de crédito do exequente"⁶².

O afastamento de certos bens do devedor da possibilidade de constrição encontra fundamento no antigo *beneficium competentiae*, que pretendia, ao excepcionar, pontualmente, o princípio da responsabilidade patrimonial, garantir a reserva de bens necessários à digna sobrevivência do executado.

60 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 1, p. 63.

61 NOLASCO, Rita Dias. Responsabilidade patrimonial. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 206.

62 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Impenhorabilidade de bens: análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 50.

Por força do princípio da tipicidade⁶³, que preconiza como regra a possibilidade da penhora sobre o bem incorporado ao patrimônio do devedor, deve a impenhorabilidade, por representar situação excepcional, resultar de norma expressa.

Por razões de ordem política, social ou humanitária⁶⁴, cuidou o legislador de excluir da responsabilidade patrimonial alguns bens do devedor.

Com isso, apresenta o Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 649, o rol dos bens insuscetíveis de penhora, já fazendo, portanto, segundo Didier⁶⁵, “um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, optando pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado”.

Consideram-se absolutamente impenhoráveis aqueles que não podem, sob qualquer hipótese, vir a ser objeto de penhora e alienação. Os bens insuscetíveis de alienação, tais como os bens públicos, não podem, portanto, ser sujeitos à apreensão judicial pela penhora, posto que esta, enquanto medida de apreensão específica, representa verdadeiro início de alienação⁶⁶, e se destina, justamente, a garantir a expropriação, para satisfazer o crédito exequendo.

Por seu turno, são relativamente impenhoráveis os bens que, em determinadas situações excepcionais e específicas, cedem espaço a outros interesses de idêntica ou maior estatura.

A impenhorabilidade deve, assim, ser classificada como relativa, quando os bens elencados podem ser penhorados apenas em determinadas circunstâncias predefinidas, ou para assegurar o pagamento de certas dívidas.⁶⁷

A atual redação do artigo 649 do CPC, ao admitir, no parágrafo segundo, que, para solver dívida oriunda da prestação de alimentos, pode-se materializar, de forma

63 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 216.

64 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2, p. 146.

65 DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Lumen Juris, 2011. v. 5, p. 547-548.

66 MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 10, p. 139.

67 FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 218.

excepcional, a penhora de vencimentos, contempla, segundo a posição doutrinária dominante, situação de impenhorabilidade relativa.

4.1. OS VENCIMENTOS: DISCUSSÃO SOBRE A IMPENHORABILIDADE PARCIAL DOS DEPÓSITOS

Consoante asseverado, elenca o artigo 649 do Código de Processo Civil Brasileiro os bens que seriam insuscetíveis de penhora, dispondo, dentre outras hipóteses, no inciso IV, sobre a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios⁶⁸.

Na forma já pontuada, a despeito de trazer a cabeça do artigo 649 a expressão “absolutamente impenhoráveis”, deve ser reconhecida a imprecisão terminológica do legislador, que, pretendendo reforçar a proteção das verbas salariais contra a penhora de créditos comuns, deixou de observar que a exceção trazida no parágrafo segundo, ainda que seja a única fresta para a constrição parcial do salário do devedor, culmina por tornar, a rigor, *relativa* a impenhorabilidade enunciada.

A opção do legislador processual brasileiro, no sentido de salvaguardar da penhora, por norma geral proibitiva, os salários do executado, vem sendo, há anos, objeto de diversas críticas doutrinárias, que sustentam que a proteção conferida ultrapassa os limites da razoabilidade, gerando desequilíbrio entre os interesses do credor e do devedor.

Nesse sentido, aduz Alberto dos Reis que o sistema processual brasileiro, ao estabelecer a inteira impenhorabilidade dos vencimentos, por mais elevados que sejam, traduziria “situação inaceitável”⁶⁹.

68 Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
(...)
IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
(...)
X – até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
(...)
§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).
§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

69 REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, v. 1, p. 384.

Todavia, diversas foram as oportunidades conferidas ao legislador processual, nas inúmeras propostas de reformas que tramitaram e ainda tramitam no Congresso Nacional, bem como no projeto do novo Código de Processo Civil⁷⁰, em fase final de gestação, para que fosse revista ou abrandada tal vedação, tendo sido rechaçadas todas as propostas que pugnavam pela relativização da regra que impede a constrição das verbas salariais, fora da única hipótese expressamente admitida no parágrafo segundo do artigo 649.

Malogradas as tentativas de alteração da norma processual, passou-se, então, a defender a tese, que angariou, de pronto, a simpatia de doutrinadores de escol⁷¹, e, sobretudo, de parte dos Tribunais brasileiros, de que deve o juiz, sob o fundamento de conferir uma interpretação sistemática ou teleológica ao dispositivo, relativizar a impenhorabilidade dos vencimentos, de modo a permitir a constrição de até 30% (trinta por cento), para garantir o direito do credor de ver satisfeita uma obrigação.

O argumento utilizado é deveras sedutor e reside no fundamento de que a exegese literal do dispositivo processual questionado seria desprovida de razoabilidade, e, portanto, padeceria de vício de inconstitucionalidade, na medida em que trataria, da mesma forma, aquele que auferir um salário-mínimo e o milionário de vultosa renda.

Tal retórica, todavia, ao que nos parece, não comporta sustentação, na medida em que teria o legislador optado, de forma clara e inequívoca, por tutelar não o *valor* auferido, o que poderia ensejar um subjetivismo judicial, com indesejável insegurança jurídica, mas, sobretudo, a *finalidade* da verba recebida, que seria o sustento do devedor⁷².

70 O artigo 849, IV, do Novo Código de Processo Civil, conforme Projetos de Lei do Senado (PL 6.025/2005 e PL 8.046/2010), em fase final de tramitação, mantém inalterada a regra de impenhorabilidade dos subsídios e salários, ressalvada apenas a execução destinada a solver dívida de natureza alimentar.

71 Destacam-se, dentre outros defensores de uma mitigação, por obra de interpretação judicial, da abrangência da regra de impenhorabilidade salarial, os respeitáveis posicionamentos de Fredie Didier (In: *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Lumen Juris, 2011. v. 5, p. 560); Daniel A. Assumpção Neves (In: *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 60); e Márcio Maidame (In: *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 259).

72 ASSIS, Araken de. A nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro. In: SANTOS, Ernane Fidelis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 414.

Com respeito ao posicionamento manifestado em sentido contrário, sobretudo por parte de alguns respeitáveis julgados⁷³ que sustentam que a regra deve ser relativizada, em nome do princípio da efetividade, para se permitir a penhora parcial dos proventos, temos que tal impenhorabilidade se mostra, à luz do ordenamento em vigor, revestida de caráter pleno, somente cedendo espaço para a execução de prestação alimentícia, tal como preconizam o *caput* do artigo 649 e seu parágrafo 2º.

Trata-se de uma opção política, sobre a qual não se pode imiscuir em sede judicial, visto tratar-se de instituto haurido do sopesamento entre valores constitucionais, funcionando a impenhorabilidade, na situação especificamente colocada no digesto processual, como verdadeira “densificação infraconstitucional da dignidade da pessoa humana⁷⁴”.

De fato, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁷⁵, tais verbas, ainda que depositadas em conta-corrente, devem ser havidas como impenhoráveis, somente vindo a perder tal caráter quando, esvaziada a sua natureza alimentar, possam ser consideradas como reserva disponível.⁷⁶

Assim, se os valores, mesmo provenientes de vencimentos, se acumulam em conta corrente do executado, revelando sobra mensal que se transforma em verdadeira reserva de poupança, deve ser presumida a perda do caráter salarial, para permitir que a penhora incida, não sobre o salário, posto que impenhorável, mas sobre o montante disponível que o exceder.

4.2. A EXCEÇÃO FEITA AOS CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTAR

A partir do advento da Lei 11.382, de 2006, foi inserida, no parágrafo segundo do artigo 649, hipótese em que se ressalva, excepcionalmente, a admissibilidade da

73 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 6ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 20120020208962. Relator: Desembargador José Divino de Oliveira. Brasília, 12.12.12. DJ de 18.12.12, p. 253. Disponível em: <<http://www.tjdf.tj.br>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

74 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 655.

75 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1313787-RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 07.08.12. DJe de 14.08.12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

76 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso em Mandado de Segurança nº 25397-DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14.10.08. DJe de 03.11.08. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

construção de valores depositados, ainda que decorrentes de salário, desde que sejam destinados à satisfação de créditos também providos de natureza alimentar.

Com isso, abriu-se a única possibilidade de abrandamento da regra de impenhorabilidade salarial, para admitir a apreensão de parte dos vencimentos do devedor de alimentos.

Tal exceção se justifica exatamente pela natureza alimentar e, portanto, de idêntica estatura, do crédito perseguido, a legitimar que parte dos subsídios do alimentante sejam destinados para garantir a subsistência daquele a quem se acha o devedor obrigado a prestar alimentos.

Todavia, ainda assim, estaria tal dispositivo a demandar interpretação à luz da razoabilidade, de modo a preservar a dignidade do devedor, para fazer incidir a penhora apenas sobre parte dos valores percebidos à guisa de salário, estabelecida a parcela penhorável, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷⁷, em torno de 30 % (trinta por cento).

Impende, todavia, consignar que, consoante bem pontuou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em lapidar acórdão da lavra do eminente Desembargador Teófilo Caetano⁷⁸, a hipótese legal e específica dos alimentos não pode ser ampliada para abarcar as execuções fundadas em crédito comum.

Com efeito, por princípio elementar de hermenêutica, não se mostra razoável atribuir exegese tendente a estender a aplicação da norma que fixa a exceção (*penhora de percentual do salário para fazer face à satisfação de crédito também dotado de natureza alimentar*), de modo a transformar em regra a autorização para compressão de uma garantia que somente se viabiliza em hipótese de exceção.

Ilustre-se, em arremate, que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a norma que excepciona a impenhorabilidade, já se pronunciou pela impossibilidade de ampliação do seu alcance, somente admitindo-se a penhora de valores depositados em conta-salário, para fazer face a obrigação alimentar, ou quando

77 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 770797-RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29.11.06. DJ de 18.12.06, p. 377. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

78 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 201200200328113. Relator: Desembargador Teófilo Caetano. Brasília, 11.04.12. DJ de 17.04.12, p. 90. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

os saldos se revelem superiores à verba mensalmente recebida pelo executado, a denotar um caráter de aplicação financeira ou reserva disponível.⁷⁹

4.3. A LEI 11.382/06 E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 649 DO CPC: O VETO AO PARÁGRAFO TERCEIRO

A despeito das considerações acima alinhavadas, não se pode desconhecer a existência de entendimento doutrinário respeitável, secundado pela jurisprudência de alguns tribunais estaduais, que, sob o fundamento precípua da alegada desproporção da proteção conferida ao devedor, sustentam o afastamento da impenhorabilidade, para admitir, em nome da proporcionalidade, mesmo nas execuções fundadas em obrigações não-alimentares, a penhora de até 30% (trinta por cento) dos vencimentos do devedor.

Tal interpretação não nos parece, todavia, adequada, posto que tal solução estaria em contraste com a expressa opção protecionista, historicamente feita e recentemente reafirmada pelo ordenamento jurídico pátrio, com a clara intenção de garantir, sem qualquer subjetivismo ou interpretação casuística, uma “efetiva realização de direitos fundamentais” do executado e de sua família.⁸⁰

A Lei 11.382/06, que alterou o Código de Processo Civil, em sua primitiva redação, propugnava, de forma expressa, situação de relativização da regra da impenhorabilidade, ao inserir, no parágrafo terceiro do artigo 649, a possibilidade de se permitir a penhora de até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários-mínimos.

Ocorre, porém, que a redação de tal dispositivo, na forma proposta para ao parágrafo 3º, a exemplo do que aconteceu com aquele outro que inseria, no parágrafo único do artigo 650 do CPC, a possibilidade da penhora do bem de família de valor superior a mil salários-mínimos, foi vetada pela Presidência da República, pelas razões expressamente consignadas na mensagem de veto.

79 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1154989-MS. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 04.10.12. DJe de 09.10.12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

80 SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Curso de processo civil: processo de execução e cumprimento das sentenças*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2, p. 122-123.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, a motivação do veto revela, de forma insofismável, que o tema relativo à impenhorabilidade de bens é, antes de tudo, uma opção política, e, no âmbito do direito brasileiro, estaria a depender de um prévio amadurecimento perante toda a sociedade, inexistindo, atualmente, um consenso sobre o tema na comunidade jurídica nacional.⁸¹

A discussão sobre eventual acerto ou desacerto das razões de veto ali invocadas, posto que afeta aos critérios e poderes legitimamente conferidos ao titular poder executivo, escapa ao escopo do presente estudo, nada obstante sinalize, de forma inequívoca, uma opção pela manutenção da regra da impenhorabilidade da verba salarial, abrindo-se, como única exceção à intangibilidade, as dívidas decorrentes da obrigação de prestar alimentos.

Afastou-se, com isso, a possibilidade da inserção, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, de hipótese legal e geral de penhora parcial de vencimentos, a exemplo do que prevê o novo Código de Processo Civil Português⁸², vigente a partir de 1º de setembro de 2013, que, repetindo regra já trazida pelo Código anterior, em seu artigo 738, resguarda da penhora até dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado.

Registre-se que, não obstante seja a regra de proporcionalidade razoável e ajustada às necessidades daquele país ibérico, não se pode, todavia, simplesmente equiparar a evolução e o desenvolvimento de uma sociedade europeia à realidade brasileira, para igualar, de plano, o tratamento conferido à penhora de vencimentos, de modo a desconsiderar as desigualdades históricas e sociais e as especificidades de um país jovem, de dimensões continentais, e que congrega, sob a mesma bandeira, culturas e povos bastante diferenciados.

Nesse sentido, assenta a doutrina que, muito embora seja o estabelecimento de limites à penhora uma preocupação generalizada nos ordenamentos estrangeiros

81 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil: comentários sistemáticos à Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 73-74.

82 *Código de Processo Civil Português*, artigo 738º (bens parcialmente penhoráveis):
1 – São impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado.
(...)
3 – A impenhorabilidade prescrita no nº 1 tem como limite máximo o montante equivalente a três salários-mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário-mínimo nacional.

modernos, os limites específicos da impenhorabilidade seriam bastante diferenciados, sendo fixados, precipuamente, a partir da consideração de aspectos históricos, econômicos, políticos e culturais de cada país.⁸³

Nessa quadra, interpretar-se a norma que institui a impenhorabilidade dos vencimentos e salários, de modo a flexibilizá-la, para incluir exceção expressamente reservada aos créditos de natureza alimentar e permitir a penhora de valores no percentual de 30% (trinta por cento) de tais verbas, a par de igualar realidades distintas, importa, com a devida vênia daqueles que sustentam o contrário, em inserir no ordenamento jurídico, por via reflexa e jurisprudencial, dispositivo validamente rechaçado ainda durante o processo legislativo, posto que expressamente expungido, por veto presidencial não derrubado pelo congresso nacional, o texto do parágrafo 3º do artigo 649, que abria tal possibilidade específica na lei reformadora – Lei 11.383/06.

Cabe reprimir, por oportuno, que o projeto do novo código de processo civil, em fase final de tramitação, abriu novamente espaço para a discussão da matéria, recebendo propostas e emendas tendentes a atenuar a regra brasileira de impenhorabilidade salarial, sendo que tais proposições não teriam sido acolhidas pelo parlamento, optando-se, uma vez mais, pela manutenção, no ordenamento processual pátrio, da regra geral de isenção dos vencimentos, sem temperamentos casuísticos ou judiciais, à exceção apenas dos créditos de natureza alimentar.

4. CONCLUSÕES

O direito a uma prestação jurisdicional efetiva, como corolário do estado democrático de direito, deve ser necessariamente prestigiado, posto que não se concebe uma jurisdição que não se mostre apta a proporcionar os fins materiais a que se destina a pretensão.

Revela-se a execução como a via satisfativa e necessária para propiciar, por meio do devido processo legal, a intervenção estatal no patrimônio do devedor, a fim de

83 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Impenhorabilidade de bens: análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução no Processo Civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 51.

que se alcance a prestação que, por força de lei ou de sentença, deveria ter sido voluntariamente adimplida a tempo e modo.

No entanto, os direitos reconhecidos ao credor encontram-se balizados por valores constitucionais igualmente relevantes, e que tutelam, com base em princípio fundante da Carta Política, a dignidade humana e os direitos personalíssimos do devedor.

Com isso, tendo como parâmetros diversos aspectos históricos, sociais e culturais, que marcam, de forma específica, a constituição do extrato social brasileiro, ao ponderar os interesses envolvidos, manifestou o legislador processual uma opção política, no sentido de instituir, em meio a tantos outros aspectos que, pela própria natureza do procedimento expropriatório, privilegiam o credor na execução forçada, um *favor debitoris*, que põe a salvo da apreensão judicial os vencimentos e verbas de natureza salarial, ressalvada apenas uma única exceção, aberta para os casos de execução de alimentos.

Observe-se que, por sua natureza de princípio primaz, o princípio da dignidade da pessoa humana, quando posto em situação de aparente conflito, a demandar ponderação, justifica e exige a imposição de restrições a outros bens e valores constitucionalmente albergados⁸⁴, de tal modo que não se pode acoiar de inconstitucional, ou carente de *proporcionalidade*, dispositivo processual tendente a conferir, em certas situações, preponderância pontual aos interesses protegidos do devedor.

A impenhorabilidade resulta, segundo leciona Fachin, de uma escolha discricionária do legislador, que “toma um bem não necessariamente inalienável e, em virtude de interesses sociais ou humanitários superiores, o elege ao patamar de impenhoráveis⁸⁵”.

Entendemos que, à vista do ordenamento processual vigente, não comparece aceitável, sem ofensa ao devido processo legal, afastar-se a impenhorabilidade, legalmente estatuída no artigo 649 do CPC, para abarcar situação que não fora excepcionalmente prevista para o sacrifício de tal proteção.

84 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 136.

85 FACHIN, Luiz Edso. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 196.

Trata-se de uma opção política, fundada na primazia de um interesse a ser pontualmente tutelado, validamente reafirmada pelo legislador de 2006, após ponderação entre os valores da efetividade da execução e da dignidade e proteção do devedor, inexistindo, nessa ordem, ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Não haveria, assim, espaço para uma ponderação judicial, de índole reformadora, na forma sustentada por aqueles que buscam a relativização da regra, quando esta atividade importe em subverter uma escolha política refletida e validamente realizada pelo ordenamento jurídico, sob pena de se descurar a intenção reguladora e as decisões valorativas que competem ao legislador.⁸⁶

O Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe, além da uniformização da jurisprudência nacional, a última palavra na interpretação da legislação infraconstitucional, já enfrentou a questão atinente à possibilidade de penhora parcial da verba salarial, fora das hipóteses dos créditos alimentares, tendo asseverado, em reiteradas decisões⁸⁷, que, reconhecido o caráter alimentar da verba depositada, não se mostra cabível a penhora de percentual para o pagamento das dívidas exequendas que não se enquadrem na hipótese legal de exceção (débito também revestido de natureza alimentar).

A existência de projetos de lei que buscam alterar o CPC, para mitigar a regra de impenhorabilidade dos vencimentos e verbas salariais, apenas corrobora a ausência de substrato normativo que, atualmente, autorize a penhora parcial de tais verbas.

Cumprir observar ainda que tais proposições reformadoras não foram encampadas na redação final do projeto do novo Código de Processo Civil que tramita no Congresso Nacional, o que recrudescer a opção legislativa, a impedir que se inclua, pela via judicial, alteração normativa não sufragada pelo parlamento.

Interpretar-se a norma que instituiu a impenhorabilidade dos vencimentos, de modo a flexibilizá-la, para incluir exceção expressamente reservada aos créditos de natureza alimentar e permitir a penhora de 30% (trinta por cento) de tais

86 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 448.

87 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1313787-RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 07.08.12. DJe de 14.08.12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

verbas, importa, com a devida vênia, em inserir no ordenamento jurídico, por via reflexa, dispositivo validamente rechaçado ainda durante o processo legislativo.

Ressai, com isso, que a impenhorabilidade de determinados bens constitui uma clara opção política, com estofa e legitimidade conferidos ao legislador processual pelo constituinte originário de 1988.

Não cabe, por certo, ao Poder Judiciário, avançar para um controle de *escolhas políticas* do legislador, sob pena de se transformar, sem lastro constitucional, em legislador positivo, ultrapassando os limites estabelecidos na Carta Magna para a harmoniosa atuação dos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken de. A nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro. In: SANTOS, Ernane Fidelis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Cumprimento da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Manual da execução*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil anterior a 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 22 fev. 2013.

- _____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1313787-RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 07.08.12. DJe de 14.08.12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso em Mandado de Segurança nº 25397-DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14.10.08. DJe de 03.11.08. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 770797-RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29.11.06. DJ de 18.12.06, p. 377. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1154989-MS. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 04.10.12. DJe de 09.10.12. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 fev. 2013.
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 201200200328113. Relator: Desembargador Teófilo Caetano. Brasília, 11.04.12. DJ de 17.04.12, p. 90. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 15 fev. 2013.
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 6ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 20120020208962. Relator: Desembargador José Divino de Oliveira. Brasília, 12.12.12. DJ de 18.12.12, p. 253. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 15 fev. 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.
- _____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. v. 2.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 10, t. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.
- DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Lumen Juris, 2011. v. 5.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.
- _____. *Nova era do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FACHIN, Luiz Edso. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

- _____. *Processo de execução*. Araraquara: Bestbook, 2003.
- LISBOA, Roberto Senise. *Obrigações e responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 1999. v. 5.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 10.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Impenhorabilidade de bens: análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005.
- NOLASCO, Rita Dias. Responsabilidade patrimonial. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- _____. Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961. Disponível em: <<http://dgpj.mj.pt>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

- _____. Lei nº 41/2013, de 26 de junho de 2013. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s-dip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. 1.
- ROSENVALD, Nelso. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Curso de processo civil: processo de execução e cumprimento das sentenças*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Execuções, cautelares e embargos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A penhora de salários e a efetividade do processo de execução. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Coords.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: Leud, 1999.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1990. v. 2.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013002030674-5

Relatora – Des. Vera Andrighi

Sexta Turma Cível

EMENTA

Agravo de Instrumento. Divórcio. Litigioso. Partilha. Quotas sociais. Escrituração contábil. Extratos bancários. Prova oral.

1. Na ação de divórcio cumulada com partilha, admite-se a exibição da escrituração contábil da sociedade da qual o ex-casal tem quotas.
2. Remanescendo patrimônio comum após a separação de fato, o qual está sendo gerido e produzindo renda, é cabível a apresentação de extratos e de ativos financeiros do ex-cônjuge até o presente momento.
3. Indefere-se a prova oral quando não estiver esclarecida sua finalidade, e o feito estiver instruído com provas documentais.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi – Relatora, Esdras Neves – Vogal, Ana Cantarino – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Esdras Neves, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Desprovido. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de março de 2014.

RELATÓRIO

R. P. A. interpôs agravo de instrumento da r. decisão (fls. 499 e 507), proferida na ação de divórcio litigioso, ajuizada pela sua ex-esposa M. V. A., que deferiu a exibição de balanço e balancetes da empresa Osteofix, deferiu ofício ao Banco do Brasil para fornecer extratos bancários, deferiu a consulta via BACENJUD para apurar os ativos financeiros do agravante e indeferiu prova oral, no seguinte teor:

“Defiro parcialmente o pedido de provas. Quanto à realização de audiência de instrução e julgamento, julgo desnecessária a produção de prova oral, uma vez que se demanda sobre matéria de direito e há provas substantivas nos autos. Já no que se refere à expedição de ofício ao Banco do Brasil, para apresentar extrato bancário do requerido no período de 01/01/2013 até a presente data, defiro em parte o pedido, para a realização de consulta ao Sistema BACENJUD do saldo das contas bancárias do período de 01/01/2013 até 20/06/2013, tempo imediatamente anterior a propositura da ação. Defiro o pedido para que seja oficiado a empresa indicada no item 4 (fl. 459), a fim de que apresente o balanço do exercício de 2011 e os balancetes mensais referentes aos meses de janeiro/novembro do corrente ano, da Empresa Osteofix Comércio de Produto Médico Odontológico Ltda.”

“A autora opôs embargos de declaração em face da decisão proferida à fl. 479.

Sustentou que é necessária a realização de consulta ao sistema BACENJUD do saldo das contas bancárias do período de 01/01/2013 até a presente data, uma vez que só assim o Juízo poderá aferir o valor correto a ser partilhado.

Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento dos embargos de declaração opostos, a fim de que o termo final da consulta às movimentações bancárias do requerido seja fixado como a Data atual.

É o breve relatório. Decido:

Presentes os requisitos legais de admissibilidade, conheço dos embargos declaratórios opostos.

No mérito, estou em que merecem acolhimento os embargos de declaração, uma vez que necessário para uma análise completa e satisfatória do objeto da demanda.

Isto posto, CONHEÇO dos embargos declaratórios e dou-lhes provimento, a fim de que a consulta ao sistema BACENJUD do saldo das contas bancárias do requerido seja realizada no período de 01/01/2013 até a presente data.

No mais, mantenho a decisão embargada.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

O agravante-réu narra que a agravada-autora pretende a partilha de, entre outros bens, 5.000 quotas da sociedade Osteofix, ao que ele se opôs, alegando sonegação de bens. Assevera que a agravada-autora teria efetuado saque de quantia vultosa em conta-corrente conjunta, o que ensejaria a compensação com as quotas da sociedade.

Sustenta que há outros sócios da Osteofix e que a exibição da contabilidade da sociedade violaria os direitos de privacidade e intimidade deles, art. 5º, incs. X e XII, da CF.

Alega ainda que a separação de corpos ocorreu em 2011 e que não há motivo para que seja exposta sua situação financeira até a presente data. Acresce que, quanto a essa questão, os autos já estão suficientemente instruídos.

Por fim, alegou que o indeferimento de prova testemunhal e do depoimento pessoal da agravada-autora acarretou cerceamento de defesa.

Requer o deferimento do efeito suspensivo e, ao final, o conhecimento e o provimento do agravo de instrumento para: a) indeferir a expedição de ofício para requisitar resultados contábeis da empresa Osteofix; b) indeferir a quebra do sigilo bancário e c) deferir a prova oral requerida.

Agravo instruído (fls. 23/508) e preparado (fl. 509).

O efeito suspensivo foi deferido (fls. 515/6).

Intimada (fl. 519), a agravada apresentou resposta (fls. 521/34).

O Ministério Público apresentou parecer (fls. 540/1v), subscrito pelo Exmo. Procurador de Justiça Jair Meurer Ribeiro, oficiando pelo conhecimento e desprovemento do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Vera Andrichi (Relatora) – Conheço do agravo de instrumento, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

O agravante-réu sustenta que a exibição da contabilidade da Osteofix viola o direito de privacidade e intimidade dos outros sócios da sociedade.

Inicialmente, cabe asseverar que o art. 382 do CPC autoriza o Juiz a determinar a exibição parcial de escrituração mercantil e de documentos de uma sociedade, a fim de dirimir litígios.

Quanto à privacidade dos demais sócios, o agravante-réu não tem legitimidade para demandar interesse alheio. Entendendo-se prejudicados com a medida, os demais sócios poderiam interpor recurso de terceiro interessado, observado que a ação de divórcio tramita em segredo de justiça, de forma que apenas as partes, que têm quotas sociais, terão acesso à documentação.

O agravante-réu ainda alega que a exibição dos seus ativos financeiros deve limitar-se à data da separação de fato do casal.

Não obstante a separação de corpos, remanesce patrimônio comum, o qual está sendo gerido e está produzindo renda. Logo, é manifesta a necessidade da exibição dos extratos bancários e do saldo de ativos depositados em instituições financeiras até o momento presente.

Em relação à prova oral, o agravante-réu alega que o indeferimento da prova oral acarretou cerceamento de defesa.

Todavia a controvérsia restringe-se à partilha, de forma que o patrimônio amealhado está provado mediante provas documentais.

Ressalte-se ainda que o agravante-réu, embora instado a fundamentar o objetivo da prova (fl. 474), não esclareceu a finalidade, tampouco declinou as testemunhas cuja oitiva pretendia (fl. 476).

Nesses termos, a prova oral requerida é inservível para o processo, devendo ser indeferida.

Com a licença do Exmo. Procurador de Justiça Jair Meurer Ribeiro, transcrevo os fundamentos do r. parecer para adotá-los como razões de decidir, *in verbis*:

“O Agravante alega, quanto à questão da quebra de sigilo da empresa da qual é sócio, que implica em violação da privacidade e do sigilo de dados, expondo, inclusive, a intimidade das outras sócias da empresa, as quais não são partes na ação originária de divórcio litigioso.

Tal receio, de violação da intimidade de terceiros alheios ao processo, não merece prevalecer, haja vista que a ação de divórcio corre em segredo de justiça, sendo que os dados revelados com a quebra não terão qualquer publicidade que possa prejudicar as demais sócias da empresa.

Ademais, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada não constitui direito absoluto, oponível indistintamente. Trata-se, na verdade, de garantia constitucional que ocupa lugar de destaque no ordenamento jurídico pátrio, mas que admite exceção, condicionada ao devido processo legal e a decisão judicial fundamentada, atenta ao princípio da proporcionalidade entre os bens que se pretende resguardar.

Assim, não merece prosperar a manutenção do sigilo a qualquer custo, em detrimento do direito da outra parte em não ser lesada em partilha de bens. A necessidade da produção da prova, devidamente fundamentada nos autos, pode afastar dentro do processo, a inviolabilidade, que não pode ser usada como escudo para fins de enriquecimento sem causa.

Relativamente à quebra do sigilo bancário do Agravante, não lhe assiste razão quando afirma que ‘valores de conta bancária do agravante em 2013 em nada interfere no deslinde do feito e na partilha dos bens, visto que se encontra em data posterior à separação de fato do casal’ (sic).

Efetivamente, seria indevida a quebra, por dizer respeito a período posterior à separação de fato do casal, não fosse o ponto alertado pela Agravada, de que existe imóvel comum do ex-casal, o qual está locado e cuja parcela do aluguel a que faz jus deixou de ser-lhe disponibilizada, havendo suspeita de que vem sendo integralmente depositado na conta bancária do Agravante.

Ora, isso muda todo o perfil da questão, para afastar a mera alegação de que o período da quebra de sigilo já não mais corresponde ao período de união do casal, e considerar que o Agravante pode estar usufruindo, indevidamente, da totalidade dos aluguéis devidos pela ocupação do imóvel que possui em copropriedade com a Agravada.

Por fim, quanto à questão do indeferimento da prova oral pleiteada pelo Agravante, mostra-se, mesmo, desnecessária, haja vista que, conforme bem considerado pelo Magistrado, a demanda trata 'sobre matéria de direito e há provas substantivas nos autos'.

De fato, é isso o que se verifica. Há provas documentais suficientes nos autos para demonstração das questões controvertidas, de modo que não se justifica alongar a instrução processual que teria apenas o condão de tumultuar e retardar o fim do processo" (fl. 541 e verso).

Acresça-se que, pelos fundamentos expostos, inexistente violação ao art. 5º, incs. X e XII, da CF.

Isso posto, conheço do agravo de instrumento do réu e nego provimento.

É o voto.

Des. Esdras Neves (Vogal) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecido. Desprovido. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013002019057-9

Relatora – Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito

Sexta Turma Cível

EMENTA

Processo civil. Agravo de instrumento. Ação de dissolução de união estável c/c guarda de menores. Competência. Foro. Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Mitigação. Prevalência do melhor interesse do menor. Regra do art. 100, inciso I, do CPC.

Ensejam a mitigação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* nas ações de dissolução de união estável cumuladas com a guarda de menores o princípio do melhor interesse do menor, previsto no ECA; bem como a regra específica de competência inserta no art. 100, inciso I, do CPC.

Para a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento é requerida a comprovação de existência de prova inequívoca do direito pleiteado; suficiente para levar o juiz ao entendimento de que à parte cabe a titularidade do direito material disputado e, também, a verossimilhança; a relação de plausibilidade com o direito invocado, ou seja, com o *fumus boni iuris*. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, por sua vez, caracteriza-se no *periculum in mora*.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Ana Maria Duarte Amarante Brito – Relatora, Jair Soares – Vogal, José Divino de Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Jair Soares, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Desprovido. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

A síntese da demanda está descrita, em parte, no relatório da decisão pregressa neste Agravo, que ora transcrevo:

“Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por W. M. V., contra decisão que, em ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c guarda de menores distribuída sob o nº 2009.06.1.004470-5, determinou a remessa dos autos à comarca de Paraupebas/PA, local do domicílio atual da agravada e das menores.

Irresignado, alega o agravante que convivia maritalmente com a agravada, sendo que, da união, nasceram as duas filhas do casal. Sustenta que a família residia em Sobradinho/DF, e que, por ocasião da separação dos conviventes, em 2008, assumiu a guarda das crianças até maio de 2010, ocasião em que a genitora das menores, ora agravante, a pretexto de levá-las para a visita dos finais de semana, viajou com elas para a Comarca de Paraupebas/PA, sem autorização do genitor agravante, lá fixando seu domicílio e o das crianças. Aduz que a conduta da agravante se deu de forma temerária e clandestina, retirando as menores da escola que frequentavam, no curso do ano letivo. Assevera que a agravada jamais demonstrou interesse no prosseguimento do presente feito, tendo ajuizado outra ação de guarda das menores na Comarca de Paraupebas/PA.

Afirma que a decisão agravada, de maneira desarrazoada, determinou a remessa dos autos ao juízo da Comarca de Paraupebas/PA, a fim de lá ser processada e julgada a ação, o que resultou em prejuízo ao agravante, pois este não possui condições financeiras de se deslocar até o referido município, restando evidenciado, assim, o risco de lesão grave e de difícil reparação autorizador da concessão de efeito suspensivo ao agravo. Sustenta que o foco principal da presente demanda é a dissolução da união estável e a partilha do patrimônio adquirido pelo casal, “sendo que o pedido de guarda segue acessório a estes” (fl. 8).

Diz que, como a agravada era domiciliada no Distrito Federal, este é o foro adequado para o ajuizamento da ação de reconhecimento e dissolução de

união estável, operando-se, assim, a perpetuação da jurisdição. E que “a remessa dos autos a Parauebas/PA representaria verdadeira premiação pela perfídia da Agravada que, sorrateiramente, mudou-se sem informar ao juízo e se mostra pouco interessada em promover o seguimento do processo por ela ajuizado em Sobradinho/DF” (fl. 10). Além disso, o agravante reside em Barreiras/BA, município este muito mais próximo de Sobradinho/DF do que de Parauebas/PA. Por fim, sustenta que deve ser observado o princípio do melhor interesse da criança, de maneira que, “em não sendo melhor para as crianças que o processo seja remetido para comarca diversa, ainda que lá elas tenham fixado domicílio, o processo deve permanecer onde fora ajuizado” (fl. 11).

Requer seja concedido efeito suspensivo ao agravo, a fim de se determinar que o juízo a quo se abstenha de promover a remessa dos autos à Comarca de Parauebas/PA até o julgamento definitivo do presente recurso.”

A decisão inicial proferida no agravo aduziu que, não obstante a ação de reconhecimento e dissolução de união estável tenha sido ajuizada na circunscrição judiciária de Sobradinho/DF, que, à época, era domicílio de ambas as partes, observa-se que, nas circunstâncias atuais, ambas as partes, agravante e agravada, além das menores, não mais residem nessa circunscrição, tendo o agravante fixado residência em Barreiras/BA e a agravada e suas filhas em Parauebas/PA.

Assim, aferiu não haver motivos para se manter os autos em tramitação na comarca de Sobradinho/DF, devendo-se, nesse caso, prestigiar o interesse da parte mais frágil, qual seja, o das menores, agora residentes em Parauebas/PA. Aduziu que o caso em comento admite a mitigação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, tendo em vista o melhor interesse da criança e a regra de competência do foro de domicílio da mulher. Destacou ter sido registrada no estudo psicossocial realizado a informação de que a escola onde as menores estudam relatou que seu comportamento se encontrava dentro do esperado. Ao final, recebeu o recurso em seu efeito meramente devolutivo.

À fl. 252, a Defensoria Pública tomou ciência da decisão em nome do agravado.

A agravada apresentou resposta ao agravo, às fls. 253/255.

Pugna pelo não provimento do recurso.

No parecer de fls. 257/259, o Ministério Público oficia pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Relatora) – Cabível e tempestivo o recurso, dele conhecido, visto estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c guarda de menores distribuída sob o nº 2009.06.1.004470-5, determinou a remessa dos autos à comarca de Paraupabas/PA, local do domicílio atual da agravada e das menores.

O agravante sustenta ter sido desarrazoada a referida decisão. Aduz não possuir condições financeiras de se deslocar até o referido município, restando evidenciado, assim, o risco de lesão grave e de difícil reparação autorizador da concessão de efeito suspensivo ao agravo. Sustenta que o foco principal da presente demanda é a dissolução da união estável e a partilha do patrimônio adquirido pelo casal, “sendo que o pedido de guarda segue acessório a estes” (fl. 8).

A decisão inicial proferida no recurso recebeu o recurso em seu efeito meramente devolutivo ao argumento de que tanto o agravante como a agravada não mais residem na circunscrição de Sobradinho/DF e que, nesses casos, há de se prestigiar o princípio do melhor interesse do menor, bem como a regra específica de competência do foro de domicílio da mulher inserta no art. 100, inciso I, do CPC.

Em resposta ao agravo, a recorrida postula o não provimento do recurso.

O parecer ministerial oficia pelo não provimento do agravo.

Analisando o teor dos autos, verifico ter sido escoreito o posicionamento firmado na decisão inicial, na qual foi reconhecida a necessidade de remessa dos autos à comarca de residência da agravada e de suas filhas menores, em observância do princípio do melhor interesse do menor, bem como em observância à regra

específica de competência insculpida no art. 100, inciso I, do CPC. Desse modo, não vislumbro fatos ou teses aptos a abalar o entendimento preteritamente firmado, o qual mantenho. Eis a sua transcrição:

“Com efeito, nada obstante a ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c guarda de menores ter sido ajuizada na circunscrição judiciária de Sobradinho/DF, que, à época, era o domicílio de ambas as partes, observa-se que, atualmente, nem agravante nem agravada, tampouco as menores, continuam residindo nessa circunscrição, pois o primeiro fixou seu domicílio na Comarca de Barreiras/BA, e a agravada e suas filhas, na Comarca de Paraupabas/PA, conforme informações constantes da inicial.

Nesse sentido, não há qualquer motivação hábil a ensejar a permanência dos autos em Sobradinho/DF, devendo-se, destarte, prestigiar o interesse da parte mais frágil, in casu, as menores, que são domiciliadas na Comarca de Paraupabas/PA, remetendo-se o feito para o foro de seu domicílio.

Assim, a despeito da regra da perpetuatio jurisdictionis prevista no artigo 87 do Código de Processo Civil, as particularidades do caso vertente autorizam a mitigação desse princípio, a fim de harmonizar a questão com o princípio do melhor interesse da criança, bem como com a regra de competência do foro do domicílio da mulher para o ajuizamento das ações de separação, conforme previsto no artigo 100, inciso I, do Código de Processo Civil, aplicável às hipóteses de dissolução de união estável, por força do disposto na Lei 9.278/96.

Não se pode perder de vista, também, que, no estudo psicossocial realizado com o agravante, ele próprio afirmou que visitou as menores em seu atual domicílio, tendo observado que “as crianças pareciam bem cuidadas e frequentavam escola normalmente”, e que “foi à escola frequentada pelas filhas com o objetivo de obter informações sobre o desempenho escolar e comportamentais das crianças e foi informado que tais questões estariam dentro do esperado” (fl. 184). Logo, não há nos autos qualquer indício de que, por ocasião da mudança de domicílio, as menores tenham sofrido maus-tratos ou falta de cuidados por parte de sua genitora, ora agravada, revelando-se, portanto, mais prudente e aconselhável manter a decisão que determinou a remessa dos

autos ao foro de domicílio das menores, a fim de que lá o feito tenha regular prosseguimento.

A propósito, esta Corte possui precedente no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. INTERESSE DE MENOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. 147, I, II ECA. ALTERAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE.

1. O princípio do juízo imediato, estabelecido no art. 147, I, II, ECA, possui natureza de competência absoluta, porque visa o melhor interesse da criança, sobrepondo-se às regras gerais de competência do CPC, inclusive a da perpetuatio jurisdictionis.

2. Em face da mudança das menores para outra comarca (SP), é correta a decisão de primeira instância que, no curso do processo, declinou de sua competência para aquela comarca.

3. Negou-se provimento ao agravo regimental. (Acórdão 676623, 20130020035395AGI, Relator: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/05/2013, Publicado no DJE: 15/05/2013. Pág.: 115)."

Ante o exposto, nego provimento ao recurso para manter a decisão agravada, em todos os seus termos.

É como voto.

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

Des. José Divino de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Desprovido. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013002019467-8

Relator – Des. Alfeu Machado

Primeira Turma Cível

EMENTA

Processo civil. Civil. Direito de família. Agravo de instrumento. União estável homoafetiva *post mortem*. Competência. Artigo 100, I, do CPC. Foro privilegiado. Homem. Vulnerabilidade. Cabimento. Princípio da isonomia constitucional. Uniões estáveis heteroafetivas. Analogia. Remessa dos autos ao domicílio dos requeridos. Impossibilidade. Manifesto prejuízo ao consorte sobrevivente. Fixado o foro da última residência do casal. Decisão reformada.

1. O art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), reconhece a união estável como entidade familiar, de modo que não há razão para tratamento diverso entre os cônjuges e os companheiros.

2. Consoante jurisprudência majoritária, impõe-se a interpretação extensiva do preceito do art. 100, I, do CPC, que estabelece a competência do foro do domicílio da mulher para a ação de separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio e a de anulação de casamento, para que se permita também à companheira ajuizar a ação que veicula pedido de reconhecimento e dissolução de união estável no foro de seu domicílio.

3. A união estável entre pessoas do mesmo sexo e as questões jurídicas dela derivadas são temas ainda recentes na doutrina e na jurisprudência. No entanto, cuidando-se de união estável homoafetiva, de acordo com a ADI 4277 do e. STF, o art. 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição Federal para excluir dele qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

4. Objetivando equilibrar o poder dos litigantes nas ações que visam reconhecer o estabelecimento das uniões estáveis homoafetivas, cabe analisar o art. 100, I, do

CPC conforme a Constituição Federal para que seja interpretado à luz do Princípio da Isonomia, aplicando-o também na fixação de competência das ações de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

5. Atualmente, tendo sido conferido às uniões homoafetivas os mesmos direitos dos relacionamentos heteroafetivos, também deve ser garantido aos envolvidos em relacionamentos familiares de pessoas do mesmo sexo, o foro privilegiado conferido à parte mais vulnerável financeira ou juridicamente nessas relações, quando, examinando cada caso concreto, de fato, verificar-se que a pretensão da parte menos favorecida ficará manifestamente prejudicada caso tenha que litigar em local diferente da sua residência.

6. Na hipótese, tendo em vista que o aludido consorte sobrevivente se mostrou vulnerável, financeira e juridicamente, mormente em caso de remessa dos autos à comarca do interior do país, levando-se em consideração ainda os Princípios da Celeridade e da Economia Processuais, haja vista que as provas do relacionamento, aparentemente, deverão ser colhidas no Distrito Federal, local da última residência dos supostos companheiros, *data venia* o entendimento do eminente juiz de primeiro grau, a ação de reconhecimento de união estável homoafetiva *post mortem* deve permanecer no juízo de origem, privilegiando a regra do art. 100, I, do CPC, em ordem ao Princípio Constitucional da Isonomia, a fim de garantir o equilíbrio entre as partes.

7. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Alfeu Machado – Relator, Leila Arlanch – Vogal, Flavio Rostirola – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Alfeu Machado, em proferir a seguinte decisão: conhecer e dar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 8 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por W. S. C. D. contra a decisão cuja cópia está acostada às fls. 55/56, proferida pelo Juízo da Sexta Vara de Família de Brasília que, nos autos do incidente de exceção de incompetência 2013.01.1.072777-7, que fora proposto por M. F. S. e M. A. F., ora agravados, em desfavor do agravante, acolhendo o pleito, declinou da competência para processar e julgar a Ação de Reconhecimento de União Estável *Post Mortem* (2012.01.1.026727-2) em favor de uma das Varas de Família da cidade de Aracati-CE, local da residência dos réus.

Desde logo, adota-se o relatório lançado na decisão de fls. 55/56, *in verbis*:

Vistos etc.,

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto por W. S. C. D. em face da decisão de fls. 17/18 que, na exceção de incompetência de nº 2013.01.1.072777-7, movida por M. F. S. E OUTROS em desfavor do agravante, considerando que os ora agravados ajuizaram ação de reconhecimento e dissolução de união estável post mortem em Brasília-DF, conforme cópias às fls. 23/43, sendo que o foro competente seria o da residência dos agravados, Acarati-CE, tratando-se de reconhecimento de união estável homoafetiva entre dois homens, considerou impossível aplicar-se a regra específica do art. 100, I, do CPC, porquanto não há que se falar em existência de uma companheira, ou mesmo disparidade entre a relação das partes, aplicou a regra geral do art. 94, concluindo pela competência do foro da residência do réu, no caso, competente uma das Varas de Família de Aracati – CE, residência dos ora agravados.

Irresignado, em suas teses recursais o agravante sustenta que ingressou em juízo com ação de reconhecimento e dissolução de união estável post mortem em desfavor de M. F. S. e M. A. F. em razão da união estável que mantinha com S. A. F., filho desses. Pugna pela reforma da decisão que, acolhendo a exceção, declinou a competência para uma das Varas de Família de Aracati – CE, ressaltando que no relacionamento era quem precisava de apoio e auxílio, por isso, equipara-se à figura da mulher, apontando orientação do Egrégio STJ, da

Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, esclarecendo que a declinação da competência tornaria inviável a produção probatória eis que o relacionamento ocorreu em Brasília e as testemunhas que conviviam com o casal moravam nesta capital. Acrescenta que o inventário foi aberto e tramita na 2ª Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília.

Aduzindo presentes os requisitos para antecipação da tutela recursal, requereu a concessão do efeito suspensivo à decisão impugnada até o julgamento final do mérito do agravo, o que deverá ser confirmado com o reconhecimento da competência da 6ª Vara de Família de Brasília. Juntou os documentos de fls. 11/43.

É o relatório.” [Nomes dos envolvidos abreviados].

Acrescenta-se que o efeito suspensivo requerido em sede de liminar foi indeferido, ante a ausência dos requisitos exigidos pelo art. 558 do CPC (fls. 55/56).

Intimados, os agravados apresentaram contrarrazões (fls. 60/61), onde em resumo pugnaram pela manutenção do *decisum*. Para tanto, asseveram que o art. 100, I, do CPC, deve ser interpretado restritivamente e, portanto, tratando de reconhecimento de união estável entre dois homens, não haveria como aplicá-lo, devendo a ação ser processada no foro dos réus, nos termos do art. 94 do CPC.

Informações do juízo singular à fl. 62.

Foi concedida a gratuidade de justiça ao recorrente, o que dispensou o recolhimento do preparo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Alfeu Machado (Relator) – Conheço do recurso porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Consoante relatado, insurge-se o agravante contra a decisão interlocutória que acolheu a exceção de incompetência oferecida pelos agravados, declinando-se da competência para processar o feito principal em favor de um dos juízos de família

da cidade de Aracati – CE, foro de domicílio dos réus, registrando-se que se aplicaria ao caso a regra geral de fixação de competência, contida no art. 94 do CPC.

Nesse passo, o prolator entendera que, por se tratar de ação de reconhecimento de união estável entre dois homens, seria impossível a aplicação do foro privilegiado previsto no art. 100, I, do mesmo diploma legal, haja vista que não haveria uma mulher a ser beneficiada nem disparidade entre a relação das partes.

Convém lembrar que o art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), reconhece a união estável como entidade familiar, de modo que não há razão para tratamento diverso entre os cônjuges e os companheiros.

Dessa forma, consoante jurisprudência majoritária, impõe-se a interpretação extensiva do preceito do art. 100, I, do CPC, que estabelece a competência do foro do domicílio da mulher para a ação de separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio e a de anulação de casamento, para que se permita também à companheira ajuizar a ação que veicula pedido de reconhecimento e dissolução de união estável no foro de seu domicílio. Ao propósito, confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PÓS-MORTE. FORO DE DOMICÍLIO DA COMPANHEIRA.

1. A pretensão inicial em ação declaratória para o reconhecimento de união estável de fato é obter uma decisão judicial sobre a existência do relacionamento afetivo mantido entre os companheiros e, a partir daí, usufruir dos direitos decorrentes dessa declaração. Eventuais reflexos indiretos da declaração não são aptos a justificar o deslocamento da competência.

2. É competente o foro da residência da companheira para dirimir questões envolvendo a união estável, pela aplicação analógica do comando inserto no art. 100, I, do CPC, porquanto, símeis as situações e ausente regulação específica quanto à companheira, em que impera a mesma razão, deve prevalecer a mesma decisão.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1145060/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 26/09/2011)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM.

1. À míngua de regulação específica para o foro prevalente, quando houver discussão relativa ao reconhecimento da união estável, deve ser aplicado, de forma analógica, em consonância com o comando constitucional relativo às uniões estáveis (art. 226, §3º, da CF), o disposto no art. 100, I, do CPC, para se definir como competente o foro do domicílio da companheira.' (STJ – CC 117526/SP – Relª Min. Nancy Andrighi – Segunda Seção – Dje 05/09/2011)

2. Ajuizada a ação em foro diverso do domicílio da autora, por se tratar de incompetência relativa, não pode ser arguída de ofício, prorrogando-se a competência (art. 112 do CPC e Súmula 33 do STJ).

3. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo Suscitado”.

(Acórdão 555609, 20110020211248CCP, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 2ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 12/12/2011, Publicado no DJE: 15/12/2011. Pág.: 67) [G.N.]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. FORO PRIVILEGIADO. MULHER. UNIÃO ESTÁVEL.

O foro privilegiado do artigo 100, inciso I, do Código de Processo Civil, instituído para atenuar eventuais desigualdades existentes entre o homem e a mulher, deve ser aplicado na hipótese de dissolução de união estável, pois a lei processual deve ser interpretada conforme a Constituição da República, a qual reconhece a união estável como entidade familiar (Artigo 226, § 3º).

(Acórdão 420042, 20100020006832AGI, Relator: NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/04/2010, Publicado no DJE: 11/05/2010. Pág.: 77) [G.N.]

A união estável entre pessoas do mesmo sexo e as questões jurídicas dela derivadas são temas ainda recentes na doutrina e na jurisprudência. No entanto, cuidando-se de união estável homoafetiva, de acordo com a ADI 4277 do e. STF, o art. 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição Federal

para excluir dele qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

A par disso, destaque-se que a questão ora analisada é excepcional, também não prevista expressamente no preceito que fixou o foro privilegiado para as mulheres nas ações de extinção do vínculo familiar, na medida em que o objeto da lide principal é o reconhecimento de uma união estável supostamente estabelecida entre dois homens, o agravante e o filho falecido dos agravados, havendo uma ressalva afirmada pelo requerente de que era a parte mais vulnerável no relacionamento.

Aliás, insta assinalar que há quem combata a constitucionalidade dessa regra de foro, com fundamento na igualdade de gêneros, prevista na Carta Magna. Contudo o excelso STF possui precedente no sentido de que a regra fora recepcionada pela CF/88:

DIREITO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. FORO COMPETENTE. ART. 100, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 5º, I E ART. 226, § 5º DA CF/88. RECEPÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

O inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei 6.515/1977, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O foro especial para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres ou da igualdade entre os cônjuges. Recurso extraordinário desprovido.

(RE 227114, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 15-02-2012 PUBLIC 16-02-2012 RT v. 101, 919, 2012, p. 694-699) [G.N.]

De fato, o que motivou o eminente Ministro Joaquim Barbosa foi a hipossuficiência da mulher em relação ao homem na entidade familiar, a qual, embora esteja mitigada atualmente, ante as conquistas femininas na sociedade, resta ainda verificada nos dias de hoje. Destaco um trecho do voto do relator do Recurso Extraordinário supra colacionado, *in verbis*:

"[...] Em outras palavras, entendo que o inciso I do artigo 100 do CPC não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres.

Em primeiro lugar porque não se trata de um privilégio estabelecido em favor das mulheres, mas de uma norma que visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e, ainda se encontra, em situação menos favorável econômica e financeiramente.

A propositura da ação de separação judicial no foro do domicílio da mulher é medida que melhor atende ao princípio da isonomia, na famosa definição de Rui Barbosa de que este consiste em 'tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam'.

[...]

É inegável que a regra do foro específico em debate é antiga, malgrado esteja vigente. Isso, possivelmente, ensejará a sua modificação, buscando adequá-la a essa nova realidade. É o que prevê o projeto de lei do novo Código de Processo Civil (PL 8046/10), em trâmite na Câmara dos Deputados, o qual anota em seu art. 53, I, atualmente, a seguinte redação:

"Art. 53. É competente o foro:

I – do último domicílio do casal para o divórcio, a anulação de casamento, o reconhecimento ou dissolução de união estável; caso nenhuma das partes resida no antigo domicílio do casal, será competente o foro do domicílio do guardião de filho menor, ou, em último caso, o domicílio do réu;"¹

Não se pode perder de vista que a necessidade da existência de um foro privilegiado para tratar das ações familiares também tem por propósito oferecer aos jurisdicionados mais proteção aos direitos indisponíveis que envolvem este tipo de lide, até mesmo para propiciar facilidade de acesso e igualdade de condições. Nesse sentido, hora se facilita a defesa da parte mais vulnerável; hora se dá mais relevo ao contexto social em que as partes estariam inseridas; hora se resguarda o melhor interesse da criança e do adolescente; ou simplesmente prevalece a regra geral do domicílio do réu.

1 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F26F9598FF9BC9C8DA5C2BDD5D316ED4.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010

Não obstante, em que pese atualmente prevalecer o entendimento segundo o qual o privilégio de foro conferido às mulheres casadas deve ser estendido às companheiras, *a priori*, não há norma expressa a fixar uma regra específica em favor de um dos integrantes das entidades familiares homoafetivas. A esse respeito também, consultando a jurisprudência pátria, também não logrei êxito em encontrar jurisprudência específica sobre a questão.

A prevalecer a interpretação literal do dispositivo em exame, aliada a que vem sendo admitida nas hipóteses de uniões estáveis heterossexuais, encontraríamos a seguinte situação em relacionamentos semelhantes: em tese, nos estabelecidos entre duas mulheres ambas poderiam usufruir da benesse e nos referentes a dois homens, diferentemente, nenhum deles poderia vindicá-lo.

Todavia, tal como prudentemente vem sendo afirmado pela jurisprudência pátria, a regra referente ao foro privilegiado da mulher casada deve ser interpretada extensivamente para que seja assegurada também à companheira. Nesse passo, ousou ir mais adiante. Entendo que, por analogia, tratando de foro específico em favor da parte mais vulnerável do casal, ele também deve ser verificado nos casos de relacionamento familiar entre pessoas homossexuais, por se tratar de situações análogas às vivenciadas nos casos de relacionamentos entre conviventes heterossexuais.

Com efeito, objetivando equilibrar o poder dos litigantes nas ações que visam reconhecer o estabelecimento das uniões estáveis homoafetivas, cabe analisar o art. 100, I, do CPC conforme a Constituição Federal para que seja interpretado à luz do Princípio da Isonomia, aplicando-o também na fixação de competência das ações de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, atualmente, tendo sido conferido às uniões homoafetivas os mesmos direitos dos relacionamentos heteroafetivos, também deve ser garantido aos envolvidos em relacionamentos familiares de pessoas do mesmo sexo, o foro privilegiado conferido à parte mais vulnerável financeira ou juridicamente nessas relações, quando, examinando cada caso concreto, de fato, verificar-se que a pretensão da parte menos favorecida ficará manifestamente prejudicada caso tenha que litigar em local diferente da sua residência.

Na espécie, percebo que o agravante alega que estabeleceu união estável com o filho falecido dos agravados nesta Capital, inclusive indicando testemunhas desse fato, todas estas residentes no Distrito Federal. Ao que parece, o óbito do aludido companheiro também se dera nesta cidade. Por seu turno, os recorridos, em que pese residirem no Ceará, outorgaram procuração à filha do casal, I. A. F., que também reside no Distrito Federal e era irmã do extinto.

Destarte, a toda evidência, verifico que, mantendo-se os autos em Brasília, não haverá qualquer prejuízo significativo para ambas as partes. Primeiro porque, para configuração da união estável, deve ser atestado que o relacionamento era público, contínuo, duradouro e com intenção de constituir família. Então, certamente, as provas a ser colhidas devem estar localizadas onde os supostos conviventes residiam, ou seja, no Distrito Federal. Depois, os agravados podem ser representados, da mesma maneira que aqui se faz, pela filha, pessoa da sua confiança que deve atuar em ordem a exercer a plena defesa dos seus interesses, inclusive para solicitar que os recorridos sejam ouvidos na comarca de sua residência mediante carta precatória, se for necessário para o deslinde da controvérsia.

De outro modo, remetendo-se os autos para Aracati-CE, observo que o aludido consorte sobrevivente experimentará considerável prejuízo financeiro e processual. Ao que consta, ele terá que encontrar, numa cidade distante, um defensor apto para acompanhar sua demanda gratuitamente, já que litiga sob o pálio da justiça gratuita, situação que pode ser bastante dificultosa. Além disso, de qualquer forma, aquele juízo, possivelmente, acabaria por determinar praticamente toda a colheita de provas por este Tribunal. Assim, adiaríamos desnecessariamente por um longo período a rápida solução esperada para o litígio, em inobservância dos Princípios da Celeridade e da Economia Processuais.

Por conseguinte, na hipótese, tendo em vista que o aludido consorte sobrevivente se mostrou vulnerável, financeira e juridicamente, mormente em caso de remessa dos autos à comarca do interior do país, levando-se em consideração ainda os Princípios da Celeridade e da Economia Processuais, haja vista que as provas do relacionamento, aparentemente, deverão ser colhidas no Distrito Federal, local da última residência dos supostos companheiros, *data venia* o entendimento do eminente juiz de primeiro grau, a ação de reconhecimento de união estável

homoafetiva *post mortem* deve permanecer no juízo de origem, privilegiando a regra do art. 100, I, do CPC, em ordem ao Princípio Constitucional da Isonomia, a fim de garantir o equilíbrio entre as partes.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão resistida a fim de declarar o MM. Juízo de Direito da Sexta Vara de Família de Brasília competente para processar e julgar os autos principais (2012.01.1.026727-2).

É como voto.

Desa. Leila Arlanch (Vogal) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecer e dar provimento, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2013011076141-8

Relator – Des. J. J. Costa Carvalho

Segunda Turma Cível

EMENTA

Ação de cobrança. Verbas condominiais. Legitimidade passiva reconhecida. Casal separado. Acordo entre as partes. Desinfluência perante o condomínio que não foi cientificado. Obrigação *propter rem*.

1. As despesas condominiais, assim compreendidas como obrigações *propter rem*, são de responsabilidade, em princípio, daquele que detém a qualidade de proprietário do bem.
2. O fim da sociedade conjugal e a venda do quinhão de um dos cônjuges para o outro não modifica a relação obrigacional em relação à cota condominial se, apesar da partilha judicial de bens e do acordo judicial, não houve o registro de títulos translativos no Cartório de Registro de Imóveis.
3. A jurisprudência vem admitindo a possibilidade de o credor optar por cobrar daqueles que tenham vínculo jurídico com o imóvel, como é o caso do credor que adjudicou o imóvel, do promissário-comprador e mesmo do ex-cônjuge que passa a deter a propriedade integral do bem, ainda que tais circunstâncias não constem do registro imobiliário, no entanto, é imprescindível a ciência inequívoca, dessa condição, pelo condomínio credor; sem isso, não se pode desonerar aquele que consta do registro imobiliário, dada a prevalência do interesse da coletividade, ressalvando a este a ação regressiva.
4. Recurso conhecido e não 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 do Senhor Desembargador J.J. Costa Carvalho, em proferir a seguinte decisão: negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de março de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de cobrança de condomínio, proposta pelo CONDOMÍNIO DO BLOCO J DA SQS 210, em desfavor de J.G.L.A., pretendendo a condenação do réu no pagamento das cotas condominiais vencidas, além daquelas que se vencerem no transcurso da demanda.

Por sentença, o pedido foi julgado procedente, condenando o requerido no pagamento de R\$ 33.139,82 (trinta e três mil, cento e trinta e nove reais e oitenta e dois centavos), bem como ao pagamento das parcelas vincendas no curso da demanda (artigo 290 do Código de Processo Civil), tudo acrescido de correção monetária, pelo INPC, juros de mora no importe de 1% (um por cento) ao mês a contar dos respectivos vencimentos, e multa de 2% (dois por cento).

Em razão da sucumbência, impôs ao requerido o ônus pelo pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) do valor da condenação, com fundamento no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Irresignado, o réu apela.

Em suas razões (fls. 83/89), acompanhadas da respectiva guia do preparo (fl. 90), reitera que a responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais seria de sua ex-esposa, para quem, nos autos da ação de alienação judicial (processo sob o nº 126.463-8/09), houve a transferência da propriedade do bem.

Afirma que o condomínio está ciente desse fato e, a despeito disto, insiste em acioná-lo judicialmente.

Invoca o artigo 12 da Lei 4.591/64 para sustentar que o verdadeiro beneficiário dos serviços comuns é que deve ser acionado judicialmente, e aponta que, no caso, este beneficiário seria sua ex-esposa, Sra. M. de Q.B.

Afirma que o exercício da posse direta do imóvel pela Sra. M. de Q.B., por intermédio da transmissão de direitos, deve preponderar em face da inexistência de averbação do acordo junto ao registro imobiliário.

Cita julgado em defesa de sua tese e requer, nesse rumo, o acolhimento da prefacial de ilegitimidade passiva e a reforma da sentença, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

O condomínio, apesar de intimado, não ofertou contrarrazões.

É o relatório.

VOTOS

Des. J.J. Costa Carvalho (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Conforme relatado, o réu sustenta sua ilegitimidade passiva, alegando haver acordo judicial transmitindo a propriedade do bem a sua ex-esposa, que seria a responsável pelas parcelas de quotas condominiais inadimplidas.

As ponderações articuladas pelo apelante não detêm o condão de infirmar os fundamentos que agasalham a r. sentença.

Consta dos autos a cópia do acordo de fls. 58/59, entabulado na ação de alienação judicial (processo sob o nº 126.463-8/09), nos seguintes termos:

“O imóvel constituído pelo apartamento 405 do bloco J da SQS 210, Brasília-DF tocará com exclusividade à mulher pelo preço certo e ajustado de R\$ 640.000,00 (seiscentos e quarenta mil reais), ficando pactuado que um mês após a assinatura do presente acordo as partes deverão comparecer em car-

tório para lavrar a devida escritura pública de compra e venda, transferindo o quinhão que tocou ao réu à autora no citado imóvel.”

Como se vê, o acordo, de per si, não tem o condão de transferir a propriedade do quinhão do réu à autora, sendo imprescindível, no caso, a lavratura da escritura pública de compra e venda, documento este que não foi apresentado aos autos.

Ademais, sequer há notícia de averbação, no registro imobiliário, do formal de partilha, homologado em 2008, nos autos da separação judicial (processo sob o nº 48.443-5/2007, fls. 53/56).

Assim, tenho que a respeitável sentença recorrida posicionou-se corretamente ao repelir a preliminar de ilegitimidade passiva, pois, a toda evidência, o réu ainda ostenta a condição de proprietário do imóvel, e assim o será até que averbe o formal de partilha e lavre a respectiva escritura do seu quinhão.

Além disso, é vetusta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a ação de cobrança de quotas condominiais pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário comprador, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher, – entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel (proprietário, possuidor, promissário comprador, etc.), – o que mais prontamente poderá cumprir com a obrigação, ressalvado a este o direito regressivo contra quem entenda responsável” (REsp 223.282/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2000, DJ 28/05/2001, p. 162).

E este entendimento vem sendo constantemente reiterado:

“(…) 1. ‘A teor da jurisprudência desta Corte, aliás, fundamentada no caráter propter rem das quotas condominiais, uma vez transferido o imóvel, a ação de cobrança dos encargos a ele correspondentes pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário comprador, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher, entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel, ou seja, a responsabilidade pelas quotas deve ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso

concreto'. (REsp 771.610/SP, relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, 4ª Turma, unânime, DJ 13.3.2006) (...)" (AgRg no REsp 947.460/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 10/04/2012)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESPESAS DE CONDOMÍNIO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA. CREDOR QUE ADJUDICOU O IMÓVEL. AÇÃO REGRESSIVA. RECURSO DESACOLHIDO. I – Em se tratando de obrigação propter rem, a ação de cobrança de despesas de condomínio deve ser ajuizada, em princípio, contra o proprietário identificado no registro imobiliário. II – Em relação à legitimidade passiva na ação que visa cobrar as despesas de condomínio, a jurisprudência desta Corte orienta-se pela possibilidade de o credor optar por aqueles que tenham vínculo jurídico com o imóvel, como é o caso do credor que adjudicou o imóvel, ressalvando a ação regressiva, dada a prevalência do interesse da coletividade." (REsp 426.861/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2002, DJ 12/08/2002, p. 224)

Com essa orientação, afinam-se os pronunciamentos que predominam nesta Corte. Confrimam-se:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – COBRANÇA – CONDOMÍNIO - LEGITIMIDADE PASSIVA – EX-CÔNJUGE – OBRIGAÇÃO PROPTER REM. – A obrigação do condômino quanto ao pagamento das taxas condominiais é propter rem, isto é, de natureza real, incluindo, portanto, aquele que figura como proprietário no cartório imobiliário competente. – O fim da sociedade conjugal não produz efeitos em relação à obrigação condominial se, apesar do acordo de partilha de bens, não houve o registro do respectivo título translativo no cartório de registro de imóveis." (Acórdão 402180, 20090020147450AGI, Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/01/2010, Publicado no DJE: 25/01/2010. Pág.: 74)

"AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS DE CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. CÔNJUGES. SEPARAÇÃO DE CORPOS. Ambos os cônjuges, na qualidade de proprietários do imóvel, são partes legítimas passiva na ação de cobrança de despesas condominiais, ainda que um deles, afastado do lar conjugal por decisão judicial, não resida no imóvel, hipótese em que poderá cobrar do

outro o que pagar das despesas. Apelação não provida.” (Acórdão 223140, 20040110810469APC, Relator: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/08/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 13/09/2005. Pág.: 105)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. TAXAS CONDOMINIAIS. COBRANÇA. INADIMPLÊNCIA. APARTAMENTO REGISTRADO EM NOME DA DEVEDORA. PROPRIETÁRIA LEGAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PENHORA DO IMÓVEL. LEGITIMIDADE. CÔNJUGE E HERDEIROS. INSERÇÃO NA RELAÇÃO PROCESSUAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. NÃO EVIDENCIAÇÃO. USO INDEVIDO DO PROCESSO E ABUSO DO DIREITO DE RECURSO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO. 1. A figuração no registro imobiliário com essa qualidade induz a condição de proprietário, ainda que eventualmente tenha sido prenotado título destinado à alteração na cadeia dominial, pois a transmissão da propriedade somente se aperfeiçoa com o registro, ainda que com efeitos retroativos à data da prenotação, cujos efeitos cessam se não satisfeitas as exigências registrárias no trintídio após sua consumação (CC, art. 1.245, § 1º; LRP, art. 205). 2. Figurando como proprietária no registro imobiliário, a condômina reveste-se de legitimidade para ocupar a angularidade passiva da ação de cobrança destinada à perseguição das taxas condominiais geradas pelo imóvel, que, acolhida a pretensão, deve ser prioritariamente penhorado ante a natureza das obrigações condominiais. 3. As taxas condominiais têm a natureza de obrigação propter rem, aderindo à coisa, independentemente de quem seja seu proprietário ou de ser alienada a terceiros, legitimando que, em caso de copropriedade, sua satisfação seja exigida de um ou de todos os coproprietários, inclusive porque a ação de cobrança de despesas condominiais não tem natureza real. (...) 8. Apelação conhecida e improvida. Maioria.” (Acórdão 317483, 20040110261289APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/06/2008, Publicado no DJE: 25/08/2008. Pág.: 67)

Ademais, a regra geral é aquela segundo a qual o proprietário da unidade autônoma responde pelas respectivas despesas condominiais, sendo certo que a propriedade se afere pelo que consta do registro de imóveis (artigo 1.227¹ do Código Civil).

1 Art. 1.227 do Código Civil: Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre

Por fim, consoante já registrado no *decisum a quo*, “as partes não dissentem sobre o atraso no tocante às obrigações condominiais, encerrando-se a controvérsia tão-somente na questão de ser ou não o réu responsável pelos respectivos pagamentos, haja vista insistir este na alegação de ser o dever de adimplemento das parcelas condominiais exigível unicamente de sua ex-cônjuge”.

Ocorre que a dívida reclamada é *propter rem*, ou seja, vinculada ao imóvel. O acordo entabulado pelo ex-casal não tem o condão de afastar a responsabilidade pelo débito condominial daquele que consta do registro de imóveis, pois não se desvinculou do imóvel.

A jurisprudência até vem admitindo a possibilidade de o credor optar por cobrar daqueles que tenham vínculo jurídico com o imóvel, como é o caso do credor que adjudicou o imóvel, do promissário-comprador e mesmo do ex-cônjuge que passa a deter a propriedade integral do bem, ainda que tais circunstâncias não constem do registro imobiliário, no entanto, é imprescindível a ciência inequívoca, dessa condição, pelo condomínio credor; sem isso, não se pode desonerar aquele que consta do registro imobiliário, dada a prevalência do interesse da coletividade, ressalvando a este a ação regressiva.

Sob outra ótica, qualquer acordo entabulado em ações judiciais constitui *res inter alios acta*, ou seja, é inoponível em face do condomínio, se não demonstrado a ciência formal deste a respeito de seus termos.

Não existe prova de que o condomínio fora cientificado do acordo², de modo a viabilizar fosse ampliado o polo passivo da demanda para inclusão da ex-esposa

vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245 do Código Civil: Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

2 “(...) 1. A jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se no sentido de considerar que, a despeito de se conceber a possibilidade de atribuir responsabilidade ao vendedor pelo pagamento de despesas condominiais, referentes ao período posterior à celebração do contrato de compra e venda, há de ser observado que a escolha quanto à legitimidade para responder pelos débitos não fica ao inteiro arbitrio do credor. Se ficar demonstrado que o condomínio teve ciência da realização da transferência do imóvel a um terceiro e que este passou a ter a posse do bem ou titularizou direitos de gozo ou fruição, caberá apenas a este a legitimidade para responder sobre as cotas condominiais. (AgRg nos EDcl no Ag 1092904/SP, Rel. Ministro

do réu, sendo oportuno se destacar que não se presta a esse fim a ata da audiência realizada em outra ação de cobrança de quotas de condomínio (processo sob o nº 6943-9/09), movida no ano de 2009, em desfavor do mesmo réu, na qual ficou registrado que o “*autor atestou o pagamento integral da dívida pela ex-esposa do réu, Sra. M. de Q. B., única ocupante do imóvel, motivo pelo qual as partes requerem a extinção do feito por perda do objeto*” (fl. 62).

No caso, sequer há evidência de que o pacto firmado pelo ex-casal fora integralmente cumprido, com a lavratura da correlata escritura de compra e venda. Não há falar em transferência de propriedade que, aliás, na forma do artigo 1.245³ do Código Civil, somente ocorre mediante o registro do título translativo (formal de partilha e escritura de compra e venda) no Registro de Imóveis. Enquanto não se registrar os títulos translativos, o réu continua a ser havido como dono do imóvel e, por isso, responsável por seus débitos.

Portanto, correta a conclusão pela legitimidade passiva do apelante, sendo certo que subsiste seu direito de promover ação de regresso contra quem entenda responsável.

Diante de tudo o que foi exposto, desmerece reparos a r. sentença, devendo, ao contrário, ser mantida, pois bem resolveu as questões postas sob exame.

Isto posto, nego provimento ao recurso, para manter incólume o *decisum* singular.

É como voto.

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

RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 07/05/2013)

- 3 Art. 1.245 do Código Civil: Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Desa. Fátima Rafael (Vogal) – Com o Relator.

■ DECISÃO

■
Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2009011047286-8

Relator – Des. Antoninho Lopes

Quarta Turma Cível

EMENTA

Direito civil e processual civil. Dano moral. Imagem veiculada em matéria jornalística televisiva sem a devida autorização. Violação ao direito de imagem. Dano moral. Ocorrência. Valor. Manutenção. Juros moratórios. Termo inicial.

1. A imagem mostrada em matéria jornalística televisiva sem a devida autorização, vinculando a ofendida a casos de traição afetiva e infidelidade conjugal, gera dano moral indenizável.

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

3. “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.” (Súmula 54/STJ).

4. Recurso da ré desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Antoninho Lopes – Relator, James Eduardo Oliveira – Revisor, Cruz Macedo – 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 dezembro de 2013.

RELATÓRIO

1. A.W. DA S. requereu a condenação da empresa RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), em decorrência da exibição de sua imagem em matéria jornalística televisiva de grave repercussão nos seus ambientes familiar, social e profissional, além de ter causado transtornos depressivos. Pediu a concessão da antecipação de tutela para que a ré fosse proibida de veicular qualquer programa contendo sua imagem. A petição inicial veio acompanhada de um CD/DVD (fls. 02/25).

A sentença de fls. 106/112, confirmando a decisão que deferiu o pedido de urgência, julgou procedente o pedido e condenou a ré a pagar à autora a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais, corrigida monetariamente a partir do arbitramento, com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso.

O recurso da ré de fls. 126/143 requereu reformada a sentença para que o pedido inicial fosse julgado improcedente ou, então, reduzida a verba indenizatória. Defendeu o direito de prestar informações. Insistiu na assertiva de que não houve violação à imagem, vez que se utilizou do efeito “embaçado” e não divulgou o nome da autora. Afirmou que os danos morais não foram comprovados, ressaltando que simples dissabores não geram ofensa moral. Por fim, destacou a exorbitância do valor da indenização arbitrado e argumentou que os juros moratórios devem incidir a partir da sentença.

VOTOS

Des. Antoninho Lopes (Relator) – 2. A conduta da ré/apelante ultrapassou os limites do direito à livre expressão e informação (art. 5º, inciso IX, e art. 220, da Constituição Federal).

A matéria jornalística dizia respeito à traição e infidelidade nos relacionamentos amorosos e conjugais. Ao exibir a imagem da autora/apelada em meio aos demais

casos de traição apresentados a apelante ofendeu os direitos personalíssimos à intimidade, vida privada, honra e imagem (CF, art. 5º, X).

Ainda que tenha sido utilizado o efeito “embaçado”, agiu a apelante com culpa, pois fácil o reconhecimento da apelada, especialmente para aqueles que com ela convivem.

A impressão das imagens contidas no CD/DVD, principalmente daquela acostada às fls. 77, permite identificar a apelada, tanto que, conforme narrado na inicial, soube da sua exposição em aludido programa por meio de uma colega de trabalho.

Além disso, a ofensa materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, máxime quando o conteúdo permite individualizar a pessoa ofendida.

Outrossim, não socorre à apelante a alegação de que se tratava do direito à informação, porquanto a intimidade de uma pessoa não é de interesse público. Conforme destacou a sentença, “(...) define-se o caso como esfera da vida privada indevassável, que a ninguém mais diz respeito, senão aos próprios envolvidos. (...) No caso vertente, ao veicular a imagem da autora, relacionando-a à situação de traição, houve evidente abuso de direito e violação dos direitos fundamentais da requerente, (...)” (fls. 109).

Dessa forma, constatada a conduta ilícita da apelante e a existência do nexo causal entre ela e o dano moral experimentado pela apelada, resta aferir o valor fixado a esse título.

A indenização deve ser adequada às peculiaridades que envolveram o fato e compatível com a repercussão da ofensa moral sofrida, atendendo às finalidades compensatória, punitiva e preventivo-pedagógica. Não deve ser fonte de ganho indevido ao lesado, tampouco parcimoniosa ao ponto de passar despercebida pelo ofensor.

A sentença condenou a apelante a pagar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização por danos morais; o valor se mostra razoável diante dos fatos ocorridos.

Como anotou o Superior Tribunal de Justiça “a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em

enriquecimento indevido, como manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo a sua conduta antijurídica” (cf. Rec. Especial L215607/RJ (199900446852), 4ª Turma em 17/08/99, Ministro Sálvio de Figueiredo, *in* DJU 13/09/99).

Levando-se em conta, notadamente, a repercussão da notícia e o potencial econômico-financeiro da ofensora, o valor arbitrado revela-se adequado.

Por fim, registre-se que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (cf. Súmula 54 STJ).

4. Nego provimento ao recurso da ré.

É como voto.

Des. James Eduardo Oliveira (Revisor) – Com o Relator.

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

■ DECISÃO

Negar provimento ao recurso, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2007011140797-2

Relatora – Des. Simone Lucindo

Primeira Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Direito civil. Ação de indenização por violação a direitos autorais. Obra musical. Execução pública em carro de som. Campanha eleitoral. Inexistência de autorização prévia e expressa do autor e cessão de direitos por escrito. Violação ao direito do autor. Multa do artigo 109 da Lei 9.610/98. Incidência. Possibilidade. Má-fé. Configuração. Fixação em montante adequado. Danos morais. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade. Manutenção.

A tutela do direito autoral está consagrada no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.610/98, estando sob sua proteção, dentre outras produções artísticas, literárias e científicas, as composições musicais.

Pertencem ao criador da obra literária, artística ou científica os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (artigo 22 da Lei 9.610/98).

Os direitos do autor podem ser transferidos a terceiros, mas a cessão total ou parcial desses direitos será sempre por escrito, presumindo-se onerosa (artigos 49 e 50 da Lei 9.610/98).

A execução pública de obra musical depende de prévia e expressa autorização do autor, cabendo a imposição de multa e indenização em caso de violação (artigos 68, 102 e 109 da Lei 9.610/98).

Para a aplicação da multa prevista no art. 109 da Lei 9.610/98 exige-se a comprovação da má-fé do infrator ou que a utilização indevida se dê de forma deliberada a infringir o direito autoral. Precedentes.

A multa prevista no art. 109 da Lei 9.610/98 deve ser fixada em patamar razoável e proporcional ao caso concreto, evitando-se o enriquecimento ilícito. Precedentes.

Em caso de violação ao direito do autor, mediante a execução pública indevida de obra musical de sua autoria, é cabível a condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais.

O valor fixado a título de compensação por danos morais, em que pese a falta de critérios objetivos, deve ser pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, além de servir como forma de compensação ao dano sofrido e de possuir caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada.

Apelações cíveis conhecidas e improvidas.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Simone Lucindo – Relatora, Alfeu Machado – Revisor, Leila Arlanch – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Simone Lucindo, em proferir a seguinte decisão: conhecer e negar provimento a ambos os apelos, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 2 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis, uma interposta por PSDB – PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA e outra interposta por PMDB – PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO em face da r. sentença proferida em ação de indenização por violação de direitos autorais, na qual o pedido autoral foi julgado parcialmente procedente, para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento da quantia correspondente a 15 (quinze) vezes o valor da obra, ao tempo da violação praticada, a ser apurado em sede de liquidação de sentença, bem como ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ao fundamento de que, apesar de inexistirem provas de que houve a contratação do autor para compor a obra musical a ser usada em campanha de candidata ao Governo do Distrito Federal, restou comprovado o uso indevido e

sem autorização da referida composição de autoria do requerente, ora apelado, fazendo jus, portanto, à compensação (fls. 376/379).

Em seu apelo, o PSDB – PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA, alega ser incabível a existência de reflexos financeiros, como a imposição de multa e a indenização por danos morais, posto não ter sido reconhecida a contratação do autor para a composição da obra musical (fls. 385/393). Aduz, ainda, a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 109 da Lei 9.610/98, por ter havido autorização tácita do apelado e inexistir má-fé dos apelantes. Assevera, também, a inexistência de danos morais, por ter o autor autorizado a execução pública e que, caso mantida a condenação, o *quantum* fixado seja reduzido. Por fim, pede o conhecimento e provimento do recurso.

De igual modo, o PMDB – PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO, em sua apelação, afirma ser inaplicável a multa prevista no art. 109 da Lei de Direitos Autorais, por não ter sido encomendado o *jingle*, que o apelado colocou à disposição da candidata, havendo, no caso, uma cessão gratuita de sua obra musical. Aduz, ainda, não haver provas nos autos que atestem que os apelantes divulgaram o *jingle* e que é imprescindível a demonstração do intuito de lucro na utilização desautorizada da obra para fins de imposição de multa. Caso mantida a condenação ao pagamento de multa, requer seja reduzida. Alega inexistente a ocorrência de danos morais, pois o apelado teria composto a obra musical e cedido para a candidata, não havendo ato ilícito em sua divulgação. E, caso mantida a condenação por danos morais, que o *quantum* fixado seja reduzido. Requer, pois, o conhecimento e provimento do apelo (fls. 395/407).

Preparo do primeiro apelante à fl. 394 e do segundo apelante à fl. 409.

Contrarrazões às fls. 414/431.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Simone Lucindo (Relatora) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Conforme relatado, os recursos foram interpostos em face de r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido e condenou os requeridos, ora apelantes, ao pagamento solidário da multa prevista no art. 109 da Lei 9.610/98, em quantia a ser fixada em liquidação de sentença, bem como ao pagamento de indenização por danos morais em face da violação ao direito autoral do requerente.

Os apelantes insurgem-se contra a condenação alegando, em suma, que o apelado não foi contratado para compor a obra musical para uso na campanha eleitoral de candidata ao Governo do Distrito Federal, tendo havido cessão gratuita da música que compôs para uso na campanha, razão pela qual incabível o pleito de remuneração pela utilização do *jingle*, a imposição de multa por violação a direitos autorais (art. 109 da Lei 9.610/98) e a condenação ao pagamento de indenização por danos morais; e que, caso mantida a condenação, os valores devem ser reduzidos.

Observa-se que o autor não interpôs recurso, não tendo havido, portanto, impugnação quanto à questão da existência ou não de contratação para a composição da referida obra musical e o cabimento da respectiva remuneração, na qual foi sucumbente, ao entendimento de que não foi provada a relação jurídica entre as partes. Portanto, preclusa a questão.

Também não foi objeto de impugnação, pelo autor, o valor fixado a título de multa prevista no art. 109 da Lei 9.610/98 (15 vezes) e o *quantum* arbitrado para a condenação ao pagamento de compensação por danos morais.

Dos autos resta incontroverso, também, o reconhecimento de que o apelado, M.C.G., compôs a mencionada obra musical; e que esta foi divulgada por carro de som.

Portanto, cinge-se a controvérsia principal sobre a existência ou não de autorização para o uso da obra musical composta pelo apelado e, por consequência, se o uso desta em campanha eleitoral foi ou não indevido, justificando a condenação dos apelantes ao pagamento de multa prevista na Lei de Direitos Autorais e de indenização por dano moral.

Ambos os recursos serão analisados em conjunto.

Não assiste razão aos apelantes.

A tutela do direito autoral está consagrada, inicialmente, na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, que trazem as seguintes disposições:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Concretizando a previsão constitucional, editou-se a Lei 9.610/98, com o fim de consolidar e disciplinar a tutela infraconstitucional dos direitos dos autores e, dentre as obras intelectuais protegidas pelo respectivo diploma legal, estão as composições musicais, conforme se vê no art. 7º, inc. V:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] V – as composições musicais, tenham ou não letra; [...]

Nessa linha, conforme o art. 11, "Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica", podendo a proteção legal ao autor ser concedida às pessoas jurídicas nos casos previstos em lei. Além disso, de acordo com o art. 22, "Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.", sendo inalienáveis e irrenunciáveis os direitos morais (art. 27). Por outro lado, no que tange aos direitos patrimoniais do autor, os artigos 28 e seguintes trazem a seguinte disciplina:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

- I – a reprodução parcial ou integral;*
- II – a edição;*
- III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;*
- IV – a tradução para qualquer idioma;*
- V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;*
- VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;*
- VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;*
- VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:*
- a) representação, recitação ou declamação;*
 - b) execução musical;*
 - c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;*
 - d) radiodifusão sonora ou televisiva;*
 - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;*
 - f) sonorização ambiental;*
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;*
 - h) emprego de satélites artificiais;*
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;*
 - j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;*

IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a micro-filmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Nesse contexto, delinea-se a situação fática do autor, ora apelado, que, em seu pedido inicial alegou ter sido contratado por representantes dos apelantes, no ano de 2006, para compor obra musical, com a finalidade de ser utilizada na campanha eleitoral de M. de L.A. (PSDB), para o cargo de Governador do Distrito Federal, tendo como candidato a Vice-Governador, M.C. (PMDB), pela coligação “Juntos por Brasília” (PSDB/PMDB/PTB/PAN/PHS/PTC/PRP/PT do B).

Na instrução, não restou comprovada a referida contratação para a elaboração da obra musical com a finalidade de utilização político-eleitoral (*jingle*), razão pela qual o pedido de condenação ao pagamento da remuneração respectiva foi julgado improcedente, não tendo sido devolvida a questão por meio de recurso do autor.

Todavia, é fato incontroverso nos autos a existência da referida obra musical, de autoria do requerente, ora apelado, bem como se comprovou a utilização da música pelos apelantes na campanha eleitoral, por meio de execução pública com carros de som da equipe da candidata, conforme depoimentos de fls. 322, 323 e 335.

Observa-se, também, que a parte alega ter flagrado, nas imediações da Rodoviária do Plano Piloto, em setembro de 2006, a execução pública do *jingle* de sua autoria por meio de carro de som utilizado na campanha da candidata (Doc. 7 – CD2). Tal alegação também se coaduna com as contas de campanha da candidata, nas quais se observa a contratação de publicidade por meio de carro de som no período alegado (fls. 39, 88, 89, 98, 103, 122, 138 e 141).

Por outro lado, verifica-se, nos autos, a inexistência de qualquer documento ou outro tipo de prova que consubstancie autorização do autor ou cessão de direitos expressa para uso da obra musical de sua autoria em campanha eleitoral da então candidata a governadora.

Contra essa constatação, os apelantes alegam que a execução da obra musical em almoço promovido na campanha, ocorrido em uma churrascaria, no mês de junho

de 2006, no qual o apelado homenageia a então candidata e lhe dedica a música que havia composto, demonstraria que o apelado cedeu gratuitamente a música para uso na campanha, presenteando a candidata, não havendo qualquer ilicitude em sua execução pública na campanha depois dessa manifestação do autor (fl. 335).

Entretanto, o conjunto probatório não corrobora tal alegação e, além disso, a legislação não admite a tese intentada, ante a exigência de autorização expressa e por escrito para a execução de obras musicais de terceiros, não se encaixando a hipótese deste caso concreto nas previsões legais de dispensa de autorização.

Seguindo na disciplina legal, quanto à transferência dos direitos de autor, a Lei 9610/98 assim estabelece:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I – a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II – somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III – na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

Por sua vez, o art. 68 consigna:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

No que se refere às sanções civis por violação aos direitos dos autores, a legislação dispõe:

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Art. 109. A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.

Assim, a legislação impõe que a cessão de direitos autorais se dê por escrito, presumindo-se sua onerosidade. Por outro lado, consigna que sem prévia e expressa autorização do titular as composições musicais não poderão ser executadas em público, salvo expressas exceções. Por fim, estabelece que, caso a obra seja indevidamente reproduzida, será cabível indenização e a aplicação de multa ao infrator.

Na mesma linha, manifesta-se a jurisprudência desta e. Corte:

“REPARAÇÃO DE DANOS. DIREITOS AUTORAIS. FOTOGRAFIA. AMPLIAÇÃO E USO INDEVIDO POR TERCEIRO. CESSÃO ONEROSA E POR ESCRITO. INEXISTÊNCIA. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. 1 – AO AUTOR DE OBRAS INTELECTUAIS, DENTRE AS QUAIS INCLUEM-SE AS FOTOGRÁFICAS, PERTENCEM OS DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS (L. 9.610/98, ARTS. 7º, VII, E 22). 2 – A CESSÃO TOTAL OU PARCIAL DESSES DIREITOS SERÁ SEMPRE POR ESCRITO E PRESUMIR-SE-Á ONEROSA (ART. 50, CAPUT, E § 2º). 3 – SE A FOTOGRAFIA – CUJA PRODUÇÃO REVELOU ESPECIAL CRIATIVIDADE A CARACTERIZÁ-LA COMO OBRA FOTOGRÁFICA – FORA USADA POR TERCEIRO, QUE NÃO DISPÕE DE INSTRUMENTO DE CESSÃO, POR ESCRITO, E NEM PROVOU QUE PAGOU PELOS DIREITOS DO AUTOR, PROCEDE O PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS POR OFENSA AOS DIREITOS DO AUTOR. 4 – O MONTANTE DA INDENIZAÇÃO HÁ DE SER FIXADO ATENDENDO AO VALOR QUE A FOTOGRAFIA DEMONSTRAVA TER, NÃO SE JUSTIFICANDO SEJA FIXADO DE FORMA ELEVADÍSSIMA. 5 – APELO PROVIDO EM PARTE.”

(Acórdão 130760, 1998011064696-6 APC, rel. Des. JAIR SOARES, 1ª Turma Cível, julgado em 12/06/2000, publicado no DJU Seção 3 de 25/10/2000, p. 11, grifos inexistentes no original).

“AÇÃO INDENIZATÓRIA – VEICULAÇÃO DE OBRA MUSICAL SEM AUTORIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA E DA REPRODUÇÃO DA OBRA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – REJEIÇÃO – MULTA POR INTUITO PROCRASTINATÓRIO – EXCLUSÃO.

1. SE O JULGADOR EXAMINOU COM PROFICIÊNCIA TODOS OS PONTOS DEBATIDOS NA LIDE, EXPLICITANDO AS RAZÕES DO SEU CONVENCIMENTO, NÃO HÁ FALAR-SE EM NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL, NEM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO “DECISUM”.

2. NÃO TENDO O AUTOR PROVADO A TITULARIDADE DOS DIREITOS SOBRE A OBRA MUSICAL EXECUTADA NEM A SUA UTILIZAÇÃO INDEVIDA EM CAMPANHA ELEITORAL PROMOVIDA PELO RÉU, IMPÕE-SE O DECRETO DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REPARAÇÃO PELA VEICULAÇÃO RESPECTIVA.

3. NÃO SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADO O INTUITO PROTETÓRIO NA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONTRA DECISÃO PROFERIDA NESSA MESMA VIA RECURSAL, NÃO SE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

4. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.”

(Acórdão 180920, 2002015003956-7 APC, rel. Des. ADELITH CASTRO DE CARVALHO LOPES, 2ª Turma Cível, julgado em 26/06/2003, publicado no DJU Seção 3 em 29/10/2003, p. 49, grifos inexistentes no original).

No mesmo sentido, colaciona-se julgado do e. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. MÚSICA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

DEVER DE INDENIZAR.

- Quem utiliza obra sem autorização do respectivo titular deve indenizar, além de pagar remuneração autoral ordinariamente devida.

- A indenização tem efeito pedagógico e visa desencorajar o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia.”

(REsp 885137/RJ, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, julgado em 09/08/2007, publicado no DJ de 27/08/2007, p. 240, grifos inexistentes no original).

Nesse ponto, importante esclarecer que as execuções musicais não dependem de autorização do autor quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, desde que não haja, em qualquer caso, intuito de lucro (art. 46, inc. VI, da Lei 9.610/98).

A propósito, segue precedente do e. Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO DE AUTOR. RECURSO ESPECIAL. ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS. EVENTO RELIGIOSO. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS E COBRANÇA DE INGRESSO. RECESSO FAMILIAR. ART. 46, VI, DA LEI 9.610/98. REGRA DOS 3 (TRÊS) PASSOS. DIREITOS AUTORAIS NÃO DEVIDOS.

I. A Lei 9.610/98, regulando a matéria de forma extensiva e estrita, aboliu o auferimento de lucro direto ou indireto pela exibição da obra como critério indicador do dever de pagar retribuição autoral, erigindo como fato gerador da contribuição tão somente a circunstância de se ter promovido a exibição pública da obra artística, em local de frequência coletiva.

II. Quanto às execuções musicais, estas não dependem de autorização do autor quando realizada no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos nos estabelecimentos de ensino, desde que não haja intuito de lucro.

III. Entende-se por “recesso familiar” não apenas o recinto do lar, em sentido estritamente físico. A atuação que se permite é aquela realizada nos limites do círculo familiar e com “intuito familiae”. Dessa forma, a execução que se der num local onde não seja a residência da família, mas se encontra, momentaneamente, a intenção de gerar um ambiente familiar, não deve sofrer a incidência de encargos autorais.

IV. De acordo com a Regra dos 3 Passos, será admissível limitar o direito de exclusivo do autor quando: (i) se estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificada aos legítimos interesses do autor.

V. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 1320007/SE, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 04/06/2013, publicado no DJE de 09/09/2013, grifos inexistentes no original).

A respeito especificamente da aplicação da multa prevista no art. 109 da Lei 9.610/98, a jurisprudência desta e. Corte de Justiça acrescenta a necessidade de demonstração da existência de má-fé e de atuação deliberada na utilização do direito autoral sem autorização. Exige-se, também, que a fixação da multa se dê em patamar razoável e proporcional e em conformidade com o caso concreto, evitando-se o enriquecimento ilícito. Nesse sentido, confirmam-se:

“AUTORAL E PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COISA JULGADA. MULTA DO ART. 109 DA LEI 9.610/98. DESPORPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS. DECISÃO MANTIDA.

1 – A COISA JULGADA DECORRE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, QUE POSSUI ESTATURA CONSTITUCIONAL, TENDO POR OBJETIVO PRECÍPUO ASSEGURAR A FUNÇÃO ESTABILIZADORA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

2 – HAVENDO CONFLITO DE BENS E DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS, DEVE-SE REALIZAR UMA PONDERAÇÃO DE VALORES, A FIM DE SE AFEIRIR QUAL DELES DEVE PREVALECER NO CASO CONCRETO. 3 – A MULTA PREVISTA NO ART. 109 DA LEI 9.610/98, FIXADA NO VALOR DE VINTE VEZES A QUANTIA DEVIDA A TÍTULO DE DIREITOS AUTORAIS, VIOLA O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, QUE DEVE PREVALECER DIANTE DA SEGURANÇA JURÍDICA.

4 – O STJ POSSUI ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE A MULTA DO ART. 109 DA LEI 9.610/98 TEM POR ESCOPO PENALIZAR A MÁ-FÉ, A CONDUTA ILÍCITA DE USURPAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS, NÃO TENDO CABIMENTO EM RAZÃO DO ATRASO OU DA SIMPLES OMISSÃO NO PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO RELATIVA AOS DIREITOS AUTORAIS. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.”

(Acórdão 666391, 2013002000329-9 AGI, rel. Des. ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, julgado em 03/04/2013, publicado no DJE de 05/04/2013, p. 196, grifos inexistentes no original).

"DIREITOS AUTORAIS. ECAD. COBRANÇA. MULTA (LEI 9.610/98, ART. 109). CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE SOBRE OS DIREITOS AUTORAIS DEVIDOS EM RAZÃO DA EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS E DE FONOGRAMAS PERPETRADA DURANTE ESPETÁCULOS ARTÍSTICOS É DEVIDA A CONTAR DA DATA DE VENCIMENTO DE CADA PARCELA. PRECEDENTE DO STJ. OS JUROS DE MORA, POR SUA VEZ, INCIDEM A PARTIR DA CITAÇÃO, EX VI DO ART. 405 DO CÓDIGO CIVIL C/C O ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2. "A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 109 DA LEI 9.610/98 DEMANDA A EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E INTENÇÃO ILÍCITA DE USURPAR OS DIREITOS AUTORAIS" (STJ, AG. REG. NOS EMB. DE DECL. NO AGI 2007/0180232-7, RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 23/5/2008). 3. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NAS CAUSAS EM QUE NÃO HOUVER CONDENAÇÃO, DEVEM SER ARBITRADOS DE FORMA EQUITATIVA, SEGUNDO OS PARÂMETROS PREVISTOS NO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC.

4. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO; PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. UNÂNIME."

(Acórdão 612422, 2008011021816-7 APC, rel. Des. WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 15/08/2012, publicado no DJE de 23/08/2012, p. 86, grifos inexistentes no original).

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. FIXAÇÃO DE PREÇOS.

1. O ECAD – ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DETÉM LEGITIMIDADE PARA FIXAR CRITÉRIOS RELATIVOS AO MONTANTE DEVIDO A TÍTULO DE DIREITOS AUTORAIS (PRECEDENTES).

2. MOSTRA-SE INCABÍVEL A COBRANÇA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 109 DA LEI 9.610/98 QUANDO NÃO COMPROVADA A MÁ-FÉ NA INADIMPLÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES REFERENTES A DIREITOS AUTORAIS.

3. RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO."

(Acórdão 580761, 2009011040858-9 APC, rel. Des. CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 11/04/2012, publicado no DJE de 25/04/2012, p. 89, grifos inexistentes no original).

“APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO – NÃO CONHECIMENTO – INTEMPER-
TIVIDADE – AÇÃO DE COBRANÇA ECAD – DIREITOS AUTORAIS – MANTIDA A
PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE POR AUSÊNCIA DE COM-
PROVAÇÃO DA SUA RESPONSABILIDADE PELO EVENTO MUSICAL – JUROS DE
MORA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ –
NÃO CABIMENTO DA MULTA PREVISTA NO REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO
– INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALI-
DADE – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- A OBRIGAÇÃO PELO PAGAMENTO DE RETRIBUIÇÃO A TÍTULO DE DIREITOS
AUTORAIS É DECORRENTE DE LEI E NÃO DE AJUSTE ENTRE AS PARTES, CARAC-
TERIZANDO RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL.

- EM SE TRATANDO DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL, OS JUROS DE
MORA DEVEM FLUIR A PARTIR DO ATO DANOSO, OU SEJA, A PARTIR DA DATA DA
REALIZAÇÃO DO EVENTO NO QUAL OCORREU VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS.

- A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 109 DA LEI 9.610/98 DE 20
VEZES O VALOR QUE DEVERIA SER ORIGINALMENTE PAGO, DEVE SER AFASTA-
DA QUANDO A SOMA ATINGIDA FERRE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE, SENDO DESCABIDA QUANDO INEXISTEM MÁ-FÉ E IN-
TENÇÃO ILÍCITA DE USURPAR DIREITOS AUTORAIS.”

(Acórdão 427425, 2005011073510-4 APC, rel. Des. LECIR MANOEL DA LUZ,
5ª Turma Cível, julgado em 02/06/2010, publicado no DJE de 10/06/2010, p.
123, grifos inexistentes no original).

“CIVIL. PROCESSO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. AGRAVO RETIDO. PEDIDO DE
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. AGRA-
VO IMPROVIDO. APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. CONDICIONAMENTO
DE EXECUÇÕES FUTURAS DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS E FONOGRAMAS
À OBTENÇÃO DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. PEDIDO INCERTO E GENÉRICO.
VEDAÇÃO. MULTA DIÁRIA DO ART. 105 DA LEI 9.610/98. REINCIDÊNCIA. PRO-
VA. AUSÊNCIA. MULTA DO ART. 109 DA LEI 9.610/98. DESCUMPRIMENTO DOS
ARTS. 68, 97, 98 E 99 DA LEI 9.610/98. APLICAÇÃO MITIGADA. MÁ-FÉ INDE-
MONSTRADA. NÃO INCIDÊNCIA. APELO DESPROVIDO.

I – AUSENTE O REQUISITO DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, NÃO HÁ COMO SE DEFERIR A TUTELA ANTECIPADA (ART. 273, I, CPC).

II – CONFIGURA-SE INÓCUA A PRETENSÃO DE IMPOR A OUTREM, PREVENTIVAMENTE, UMA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER QUE JÁ CONSTA EXPRESSAMENTE PREVISTA EM LEI.

III – NÃO SE PODE PRESTAR TUTELA JURISDICIONAL PARA CONDICIONAR EVENTUAIS E FUTURAS EXECUÇÕES DE OBRAS MUSICAIS À OBTENÇÃO DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO, POIS IMPORTA EM PEDIDO INCERTO E GENÉRICO, O QUE É VEDADO PELOS ARTS. 286 E 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. III – A APLICAÇÃO DA MULTA DIÁRIA PREVISTA NO ART. 105 DA LEI 9.610/98 REQUER A COMPROVAÇÃO DE QUE O INFRATOR É REINCIDENTE NA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS. IV – A INCIDÊNCIA DA MULTA ESTIPULADA NO ART. 109 DA LEI 9.610/98 DEVE-SE LIMITAR ÀQUELES CASOS EM QUE HAJA COMPROVADA MÁ-FÉ DO USUÁRIO OU QUE IMPLIQUE DELIBERADA USURPAÇÃO DO DIREITO AUTENTAL (PRECEDENTES DO STJ).

V – AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO IMPROVIDOS.”

(Acórdão 314557, 2006011026851-0 APC, rel. Des. NÍVIO GERALDO GONÇALVES 1ª Turma Cível, julgado em 24/10/2007, publicado no DJE de 21/07/2008, p. 28, grifos inexistentes no original).

“PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. APREENSÃO DE 10% SOBRE O MONTANTE DA RECEITA BRUTA AUFERIDA NO EVENTO. DÚVIDAS QUANTO AO PÚBLICO PAGANTE. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. LEGITIMIDADE DO ECAD. MULTA DO ART. 109 DA LEI 9.610/98. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. INCUMBE AO MAGISTRADO, COMO DESTINATÁRIO FINAL, SOPESAR AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, ATENTANDO-SE PARA O CONTEXTO DO PROCESSO E BASEADO NO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO, PARA, ENTÃO SIM, ENFRENTAR A LIDE. IN CASU, O AUTOR NÃO APRESENTOU PROVA CABAL APTA AOS FINS DE ESTIMATIVA DO PÚBLICO PAGANTE NO EVENTO, O QUE MOTIVOU O D. SENTENCIANTE A SE RESPALDAR NO DOCUMENTO FISCAL EXPEDIDO PELA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL. 2. O ELEVADO VALOR DA MULTA PREVISTA NO ART. 109 DA LEI 9.613/1998 DEVE SER APLICADA DE FORMA TEMPERADA, OU SEJA, HÁ QUE SER ADEQUADA E SUFICIENTE

PARA REPRIMIR A TRANSGRESSÃO; CONTUDO, NÃO PODERÁ OCASIONAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA PARTE. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 3. *NÃO HÁ A SUSCITADA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 412, OU MESMO O ART. 413, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, E O ART. 109 DA LEI 9.613/1998, VEZ QUE NÃO SE VISLUMBRA O CONFLITO DE NORMAS. NOTE-SE QUE NÃO SE ESTÁ EXCLUINDO A MULTA DECORRENTE DO NÃO RECOLHIMENTO DO VALOR REFERENTE À UTILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS, E SIM A LIMITANDO, COMO BEM VEIO POR DISCIPLINAR O CÓDIGO CIVIL, SOB PENA DE SE DAR AZO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA SOCIEDADE EM TELA, PONTO ESTE RECHAÇADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. 4. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.*”

(Acórdão 278754, 2005071001186-5 APC, rel. Des. FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, julgado em 18/07/2007, publicado no DJE Seção 3 de 23/08/2007, p. 89, grifos inexistentes no original).

Esse também o entendimento da e. Corte Superior:

“AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO. MULTA DO ART. 109 DA 9.610/1998. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

1 – Não pode o Poder Judiciário fixar o valor dos direitos autorais. Os titulares ou suas associações, que mantêm o ECAD, é que podem fixar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais, como decorre da disciplina positiva. Precedentes.

2 – A aplicação da elevada multa prevista no artigo 109 da Lei 9.610/1998 demanda a existência de má-fé e intenção ilícita de usurpar os direitos autorais, o que não se pode extrair do acórdão recorrido, no caso dos autos.

3 – Agravos Regimentais improvidos.”

(AgRg no AREsp 233232/SC, rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª Turma, julgado em 18/12/2012, publicado no DJE de 04/02/2013, grifos inexistentes no original).

Na hipótese dos autos, está demonstrada a existência de má-fé, haja vista os encarregados pela campanha eleitoral da candidata ao Governo do Distrito Federal possuírem conhecimento da existência da obra musical e de sua autoria, já que haviam participado do referido almoço na churrascaria, no qual o apelado expôs a composição, e que, mesmo sem qualquer autorização deste ou sequer avisá-lo a respeito, utilizaram a obra para execução pública em carro de som contratado para a campanha eleitoral, havendo, no caso, ofensa deliberada ao direito do autor (fl. 335).

Assim, comprovada a autoria da obra musical e o uso desta em campanha eleitoral, seria necessária a prévia autorização, por meio de expressa e escrita cessão de direitos por parte do compositor, para sua utilização em execução pública e uso em campanha. Diante disso, posto não autorizado, o uso foi indevido, cabendo a aplicação das penalidades da Lei dos Direitos Autorais.

Desse modo, correta a aplicação da multa do art. 109 da Lei 9.610/98, por ter sido realizada a execução musical em desacordo com o disposto no art. 68 do mesmo diploma, devendo a condenação ser mantida.

Quanto ao valor fixado (15 vezes), observa-se que está aquém do valor consignado na lei, qual seja, vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago pela obra. Por outro lado, observa-se a possibilidade de redução do valor imposto a título de multa apenas quando este se mostra excessivo e desarrazoado, e não proporcional em relação ao caso concreto, o que não se verifica no presente processo, devendo também ser mantido o valor fixado a título de multa.

Em relação ao pedido de reforma da r. sentença quanto à condenação por danos morais, este também não merece prosperar, pois, conforme já assentado alhures, houve o uso indevido de obra musical de autoria do apelado, o que consubstancia violação a direito moral do autor, ensejando, portanto, a compensação pelo dano sofrido.

Quanto à indenização a título de danos morais em decorrência de violação aos direitos do autor, a jurisprudência também consagra essa possibilidade e assim se manifesta:

*“APELAÇÃO – DIREITO AUTORAL – FOTOGRAFIA – DANO MORAL RECONHECIDO
– DANO MATERIAL NÃO DEMONSTRADO – MAJORAÇÃO DO DANO MORAL ACO-*

LHIDA PARCIALMENTE. 01. HÁ OFENSA NO DIREITO AUTORAL, A REPRODUÇÃO DE RETRATOS OU DA IMAGEM, FEITOS SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO AUTOR. 02. "A SIMPLES CIRCUNSTÂNCIA DE AS FOTOGRAFIAS TEREM SIDO PUBLICADAS SEM A INDICAÇÃO DE AUTORIA – COMO RESTOU INCONTROVERSO NOS AUTOS – É O BASTANTE PARA RENDER ENSEJO À REPRIMENDA INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS". (RESP. 750.822/RS, MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE: 01-03-2010). 03. A MAJORAÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE EM RAZÃO DA AMPLITUDE DA DIVULGAÇÃO INDEVIDA DO MATERIAL FOTOGRÁFICO, INCLUINDO PERIÓDICOS, JORNAIS E OUTDOORS. 04. RECURSO DA PARTE RÉ PREJUDICADO. E, DA PARTE AUTORA, PROVIDO PARCIALMENTE. UNÂNIME."

(Acórdão 483661, 2003011005475-7 APC, rel. Des. ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 17/02/2011, publicado no DJE de 28/02/2011, p. 103, grifos inexistentes no original).

"DIREITO AUTORAL. OBRAS FOTOGRÁFICAS PUBLICADAS SEM INDICAÇÃO DE AUTORIA. DANO MORAL. EXTENSÃO DO CONSENTIMENTO DO AUTOR DA OBRA. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07.

1. Afigura-se despciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

2. O acórdão recorrido chegou à conclusão de não haver provas suficientes que indicassem a existência de acordo verbal. Com efeito, inviável a averiguação da existência de acordo verbal entre as partes, porquanto tal providência encontra óbice na Súmula 07 do STJ.

3. A dúvida quanto aos limites da cessão de direitos autorais milita sempre em favor do autor, cedente, e não em favor do cessionário, por força do art. 49, inciso VI, da Lei 9.610 de 1998.

4. A simples circunstância de as fotografias terem sido publicadas sem a indicação de autoria – como restou incontroverso nos autos – é o bastante para render ensejo à reprimenda indenizatória por danos morais.

5. O valor da condenação por danos morais (R\$ 15.000,00) deve ser mantido, uma vez não se distanciar dos parâmetros praticados por esta Corte.

6. Recurso especial não conhecido.”

(REsp 750822/RS, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, julgado em 09/02/2010, publicado no DJE de 01/03/2010, grifos inexistentes no original).

No que se refere ao valor arbitrado para os danos morais, em que pesem as insurgências das partes, a sentença não merece qualquer reparo neste tocante, uma vez que o juiz foi prudente e preciso na fixação do valor da indenização compensatória dos danos morais.

Acerca do tema, é pacífico que, apesar da falta de critérios objetivos para fixação da indenização por danos morais, esta deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade, de sorte que a quantia definida, além de servir como forma de compensação pelo dano sofrido, deve ter caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada.

Nesse sentido, além da análise do evento causador do dano, a condenação deve se amparar nas circunstâncias do caso, na capacidade econômica do ofensor e no efeito pedagógico da condenação, servindo como desestímulo à prática de novas condutas lesivas, sem que se caracterize o enriquecimento sem causa para a autora.

Diante desse quadro, a indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixada na sentença, revela-se ponderada e adequada para satisfazer aos parâmetros mencionados.

Sobre o tema, vale conferir os seguintes julgados:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – NEGATIVA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO

[...] 3. 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. [...].”

(Acórdão 532785, 20100110113286APC, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 31/08/2011, DJ 08/09/2011 p. 80, grifos inexistentes no original).

"APELAÇÃO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE SAÚDE. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DO DANO MORAL. [...]

- O valor da indenização por dano à esfera moral do indivíduo comporta juízo subjetivo, eis que inexistentes parâmetros objetivos previamente estabelecidos.

- Ao fixar o quantum dos danos morais, deve o Juiz cuidar para que não seja tão alto, a ponto de proporcionar o enriquecimento sem causa, nem tão baixo, a ponto de não ser sentido no patrimônio do responsável pela lesão.

- Negou-se provimento ao recurso."

(Acórdão 533723, 20070111396190APC, Relator LÉCIO RESENDE, 1ª Turma Cível, julgado em 08/09/2011, DJ 15/09/2011 p. 80, grifos inexistentes no original).

"DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE EM GRUPO. NECESSIDADE DE CIRURGIA DA COLUNA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO. RECUSA INDEVIDA. DANOS MORAIS. [...]

3. O quantum indenizatório fixado a título de danos morais deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando, no caso concreto, a extensão e a gravidade do dano, a capacidade econômica do agente, além do caráter punitivo-pedagógico da medida. Mantido o valor arbitrado pela sentença.

4. Apelo improvido. Sentença mantida."

(Acórdão 599868, 20120110083907APC, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, julgado em 27/06/2012, DJ 12/07/2012 p. 136, grifos inexistentes no original).

Ante o exposto, CONHEÇO das apelações, mas NEGO-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

Des. Alfeu Machado (Revisor) – Com o Relator.

Desa. Leila Arlanch (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer e negar provimento a ambos os apelos, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2013011040638-0

Relator – Des. Getúlio de Moraes Oliveira

Terceira Turma Cível

EMENTA

Civil. Processo civil. Apelação cível. Obrigação de fazer. Indenização. Danos morais. Condomínio. Corte no fornecimento de luz por inadimplência. Impossibilidade. Exercício arbitrário das próprias razões. Ônus sucumbenciais. Art. 21 CPC.

1. Não é facultado ao condomínio interromper o fornecimento de energia elétrica para obrigar o condômino a adimplir dívidas referentes às taxas condominiais, pois tal conduta configura exercício arbitrário das próprias razões. Compete-lhe apenas cobrar a dívida pelas vias ordinárias, sem se valer de qualquer medida coercitiva que suspenda o fornecimento do serviço tido como essencial.

2. Tendo o corte na energia elétrica ocorrido em razão do comportamento imérito dos Recorrentes, os quais descumprem a obrigação de pagar as cotas do condomínio de modo reiterado, não há qualquer violação a direito da personalidade, passível de reparação civil, a menos que devidamente demonstrada.

3. Dispõe o artigo 21 do Código de Processo Civil que “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.”

4. Apelação conhecida e parcialmente provida.

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, Silva Lemos – 1º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Mário-Zam Belmiro, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Dar

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

Brasília (DF), 8 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 144/145, *in verbis*:

A.G.D. e E. DE P.F. ajuizaram ação de obrigação de fazer cumulada com indenização em desfavor de CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO BONAPARTE HOTEL RESIDENCE, partes qualificadas nos autos, alegando, em síntese, que residem no apartamento 306, mas não pagaram as taxas dos meses de janeiro e fevereiro de 2013 e foram notificados em 18/2/2013 para pagamento sob pena de suspensão dos serviços na unidade; que foram novamente notificados em 21/3/2013 de que teriam de pagar a dívida em 24 horas e como não houve pagamento no dia 22/3/2013 foram suspensos os serviços, inclusive energia elétrica, o que gerou vários transtornos; que o réu tem outras medidas para buscar a satisfação do seu crédito; que a suspensão do serviço gerou dano moral.

Ao final requer a antecipação da tutela para determinar o imediato restabelecimento do fornecimento de energia elétrica, citação e a procedência do pedido para condenar a ré a reparar o dano moral.

A petição inicial veio acompanhada dos documentos anexados às fls. 17/68.

Indeferiu-se o pedido de antecipação da tutela (fl. 70).

Agravo de Instrumento (fls. 74/86), cuja liminar foi concedida (fls. 88/90).

A ré ofereceu contestação (fls. 104/123) argumentando, em resumo, que o serviço de energia elétrica não integra as despesas comuns rateadas entre os condôminos, pois são individualizadas pelo condomínio e cobrada de cada uma das unidades; que os demais condôminos não podem ser compelidos ao pagamento das despesas do vizinho inadimplente; que a suspensão dos serviços foi deliberada em assembleia de 30/3/2005; que não há ilegalidade na

suspensão do serviço; que não há dano moral e o valor pretendido é exorbitante; que os autores estão litigando de má-fé.

Foram anexados os documentos de fls. 124/130.

Réplica às fls. 138/142, em que os argumentos da contestação foram rechaçados.

É o relatório.

Acrescento que o MM. Juiz julgou improcedente o pedido dos Autores e os condenou ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Recorrem os Autores (fls. 147/157).

Reiteram, em síntese, que: a) o Condomínio não oportuniza aos condôminos o pagamento somente da taxa de energia, embora o valor correspondente venha discriminado no boleto mensal devido pelos moradores; b) há outras formas de se obter a quitação da cota condominial, que não a autotutela, esta consubstanciada pelo corte de energia elétrica e vedada pelo Ordenamento Jurídico; c) estão presentes os requisitos instituídos pelos artigos 927 e 186 do Código Civil.

Ao final, requerem o provimento do recurso para que a r. decisão monocrática seja reformada, restabelecendo-se, em definitivo, o fornecimento de energia na unidade habitacional dos Autores, além de fixar a indenização pelos danos morais que alegam terem suportado.

Preparo comprovado à fl. 159.

Recurso recebido no duplo efeito (fl. 161).

Contrarrazões apresentadas às fls. 168/179.

É o relatório.

VOTOS

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

Trata-se de apelação interposta por A.G.D. E OUTROS diante da r. sentença que, nos autos da Ação Cominatória c/c Indenização por Danos Morais, julgou improcedente os pedidos formulados na petição inicial e condenou os Autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Alegam os Recorrentes, em síntese, que: a) o Condomínio não oportuniza aos condôminos o pagamento somente da taxa de energia, embora o valor correspondente venha discriminado no boleto mensal devido pelos moradores; b) há outras formas de se obter a quitação da cota condominial, que não a autotutela, esta consubstanciada pelo corte de energia elétrica e vedada pelo Ordenamento Jurídico; c) estão presentes os requisitos instituídos pelos artigos 927 e 186 do Código Civil.

Ao final, requerem o provimento do recurso para que a r. decisão monocrática seja reformada, restabelecendo-se, em definitivo, o fornecimento de energia na unidade habitacional dos Autores, além de fixar a indenização pelos danos morais que alegam ter suportado.

Tenho que assiste parcial razão aos Apelantes.

Com efeito, não é facultado ao condomínio interromper o fornecimento de energia elétrica para obrigar o condômino a adimplir dívidas referentes às taxas condominiais, pois tal conduta configura exercício arbitrário das próprias razões. Ao Recorrido compete cobrar a dívida pelas vias ordinárias, sem se valer de qualquer medida coercitiva que suspenda o fornecimento do serviço tido como essencial, como no caso dos autos.

Some-se a tal fato que, em se tratando de débito de natureza condominial, a obrigação é de natureza *propter rem*, ou seja, se vincula ao imóvel, de modo que tem o Apelado uma garantia e privilégio que certamente o colocam em situação privilegiada na cobrança e execução destas verbas.

Nesse sentido, já se posicionou esta Corte:

CONDOMÍNIO. CORTE NO FORNECIMENTO DE LUZ POR INADIMPLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE.

INTERESSE DE AGIR. FORMA DE COBRANÇA. ATO INTERNA CORPORIS. RECURSO ADESIVO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM O RECURSO PRINCIPAL.

1. Não é lícito ao condomínio interromper os serviços de fornecimento de energia por dívida da unidade em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos não pagos. É ilegítima a conduta em análise por configurar uma verdadeira hipótese de autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz.

2. A jurisprudência caminha no sentido de coibir sanções, que, por via oblíqua, objetive o pagamento de tributo, gerando a restrição a direitos. Se o Poder Judiciário vem glosando atitudes assemelhadas adotada reiteradas vezes pela Administração Pública, com muito mais razão, deve impedir que o particular atue de forma desarrazoada.

3. A subordinação do recurso adesivo, previsto no art. 500, inciso III, do Código de Processo Civil, é a de existência e de juízo de admissibilidade positivo do recurso principal. A lei não exige que a matéria objeto do recurso adesivo esteja relacionada com a do recurso principal, sendo descabida a existência de vinculação de mérito entre os dois recursos.

4. A única forma que tem o autor da ação para ver resolvido o problema posto é através da tutela estatal. Sendo necessária e útil a providência jurisdicional solicitada com a adequação do meio utilizado para obtenção da tutela, está presente o interesse processual.

5. A forma de cobrança realizada pelo condomínio, taxa principal de forma separada com a despesa de fornecimento de luz, é matéria que não constitui objeto passível de análise na via eleita, porquanto não cabe ao judiciário invadir assunto interna corporis. Trata-se de ato de competência administrativa privativa da assembleia-geral.

6. Agravos retidos conhecidos e não providos. Rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir do autor. Negou-se provimento à apelação principal e ao recurso adesivo. (Acórdão 414104, 20080110139164APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/03/2010, Publicado no DJE: 13/04/2010. Pág.: 102)

"DIREITO CIVIL. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO. ARTIGO 4ª DA LEI FEDERAL 1.060/50. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACOLHIMENTO DA INSTÂNCIA A QUO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES.

(...)

Ao constatar o inadimplemento, cabe ao credor recorrer às vias judiciais a fim de ter o seu crédito satisfeito, a fim de que sua conduta não se constitua como exercício arbitrário das próprias razões. Apelação conhecida e parcialmente provida. Recurso adesivo conhecido e parcialmente provido."

(20050110958490APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 01/08/2007, DJ 30/08/2007 p. 108).

Todavia, entendo que não há danos morais a serem indenizados.

O corte na energia elétrica ocorreu em razão do comportamento indevido dos Recorrentes, os quais descumprem a obrigação de pagar as cotas do condomínio de modo reiterado, conforme prova documental elencada. Desse modo, não lograram demonstrar qualquer violação a direito da personalidade, passível de reparação civil.

A jurisprudência deste TJDFT é uníssona neste mesmo ponto, *in verbis*:

"(...) DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES (...) PEDIDO IMPROCEDENTE

(...)

2 – Desses mesmos fatos não se extrai o ato ilícito que necessariamente deve informar o dano moral. 'O dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito' (cf. Yussef Said Cahali. Dano moral. 2ª edição RT. 1.998/p. 37), sendo improcedente o pedido de indenização a esse respeito.

3 – Para a reparação por dano moral não basta a comprovação dos fatos que contrariaram o autor. É preciso que deles decorra ofensa aos direitos fundamentais. O que se permite indenizar não é o dissabor experimentado nas contingências da vida, mas as invectivas que aviltam a honra alheia, causando

dano efetivo (...).” (ACJ 2003.01.1.026546-0. Relator: Antoninho Lopes. Publicação no DJU em 30/04/2004. p. 189).

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. ARTIGOS 130 E 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONDOMÍNIO. INADIMPLEMENTO DE CONDÔMINO. CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL. INEXISTÊNCIA.

Nos termos do artigo 130, do Código de Processo Civil, cabe ao magistrado, “de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Ademais, segundo preceitua o artigo 131, do CPC, “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.”

Ao constatar o inadimplemento, cabe ao credor recorrer às vias judiciais a fim de ter o seu crédito satisfeito, a fim de que sua conduta não se constitua como exercício arbitrário das próprias razões.

Para se cogitar dano moral, é indispensável a ofensa à personalidade, a lesão aos direitos fundamentais capaz de causar sofrimento. Isso porque o dano moral somente pode ser fixado quando houver lesão a um dos direitos fundamentais, ocasionando sofrimento ao indivíduo.

Agravo retido conhecido e não provido. Apelação conhecida e não provida.

(Acórdão 475702, 20090410022872APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/01/2011, Publicado no DJE: 03/02/2011. Pág.: 178)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para que seja restabelecido, em definitivo, o fornecimento de energia elétrica na unidade habitacional dos Autores.

Os ônus decorrentes dos honorários de sucumbência deverão ser partilhados entre as partes, pois, consoante dispõe o artigo 21 do Código de Processo Civil, “se

cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

É como voto.

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

Des. Silva Lemos (Vogal) – Com o Relator.

■ DECISÃO

Conhecer. Dar parcial provimento ao recurso. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011082833-0

Relator – Des. Angelo Canducci Passareli

Quinta Turma Cível

EMENTA

Direito civil e processual civil. Preliminar de intempestividade do recurso. Rejeição. Ação de exoneração de alimentos. Maioridade civil. Alimentando recolhido em estabelecimento prisional. Sentença reformada.

1. Considera-se como data da publicação do ato o primeiro dia útil seguinte ao de sua disponibilização no Diário da Justiça eletrônico, iniciando-se a contagem do prazo no primeiro dia útil seguinte ao da data da publicação, e não, da disponibilização (art. 4º, § 3º e 4º, da Lei 11.419/06). Observada tal regra, é tempestivo o recurso, devendo ser rejeitada a preliminar de intempestividade.

2. A maioridade e a prisão do filho caracterizam a desnecessidade de prestação de alimentos, tendo em vista que o alimentando está sendo mantido pelo Estado, não sendo necessário o pagamento da pensão alimentícia. Além disso, existe a possibilidade de exercer atividade remunerada intramuros, nos termos do artigo 29 da Lei de Execução Penal, o que poderá assegurar a satisfação de suas necessidades materiais, bem como o resgate de sua dignidade (art. 28 LEP).

Apelação Cível do Réu desprovida.

Apelação Adesivo do Autor 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 Egmont – Revisor, Sebastião Coelho – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Sebastião Coelho, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Rejeitar preliminar.

Negar provimento ao recurso da parte ré. Dar provimento ao recurso adesivo da parte autora. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de março de 2014.

■ RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta contra a sentença de fls. 212/214, oriunda do Juízo de Direito da Sexta Vara de Família da Circunscrição Judiciária de Brasília, proferida em sede de Ação de Exoneração de Alimentos proposta por C. R. C. O. em face de A. D. O., a quem foi dado Curador Especial (art. 9º, II, do CPC), por meio da qual o MM. Juiz julgou parcialmente procedente o pedido para reduzir os alimentos para 8% (oito por cento) dos rendimentos brutos do genitor, deduzidos os descontos compulsórios.

Diante da sucumbência mínima do Réu, condenou o Autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 800,00, observando-se o art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões de Apelação (fls. 226/230), o Réu alega que sua prisão em estabelecimento carcerário e sua maioridade não são causas extintivas da obrigação alimentar.

Assevera que utiliza a renda proveniente da pensão para adquirir frutas, bolachas, material de higiene e itens de primeira necessidade.

Sustenta que necessita da pensão para suprir suas despesas, uma vez que está preso, acrescentando que sua genitora está acometida de inúmeras doenças, sem condições de contribuir no seu sustento.

Afirma que, em razão da sua condenação judicial, nunca terá condições de ocupar um lugar no mercado de trabalho.

Requer, por fim, o restabelecimento dos alimentos no total de 10% (dez por cento) dos rendimentos do genitor.

Sem preparo, em razão da concessão da gratuidade de Justiça (fl. 40).

O Autor, ao tempo em que apresentou contrarrazões (fls. 243/246), postulando o desprovimento do Recurso, interpôs Recurso na forma Adesiva, às fls. 239/242, requerendo a exoneração dos alimentos, ao argumento de que, além de o filho ter atingido a maioridade, encontra-se preso, argumentando que sua sobrevivência é custeada pelo Estado.

Destaca que paga pensão alimentícia para a genitora do alimentando no total de 13% (treze por cento) dos seus rendimentos.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença para exonerá-lo da obrigação alimentar.

Sem preparo, em razão da concessão da gratuidade de Justiça à fl. 189.

O Réu apresentou contrarrazões às fls. 266/271, suscitando, em preliminar, a intempestividade do recurso interposto pelo Autor. No mérito, que seja conhecido e negado provimento à Apelação interposta na forma adesiva.

O ilustre representante do Ministério Público manifestou-se às fls. 278/287, oficiando pelo conhecimento dos recursos e provimento da Apelação interposta pelo Autor, reformando-se a sentença para exonerá-lo da pensão alimentícia. Alternativamente, seja mantida a redução.

É o relatório.

VOTOS

Des. Angelo Canducci Passareli (Relator) – Conheço da Apelação Cível interposta pelo Réu, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, e aprecio a preliminar por ele suscitada em contrarrazões recursais, de intempestividade do recurso interposto na forma Adesiva pelo Autor.

O exame dos autos revela que a preliminar não merece guarida.

Com efeito, segundo o artigo 4º, § 3º, da Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça Eletrônico.

In casu, a decisão que recebeu a Apelação do Réu e intimou o Autor/Apelado para responder ao recurso foi disponibilizada no DJe no dia 13/06/2012, quarta-feira (fl. 237), considerando-se publicada em 14/06/12 (quinta-feira). Por sua vez, a contagem do prazo de 15 dias (art. 500, I, do CPC) se iniciou no dia 15/06/12, sexta-feira, e findou-se em 29/06/12, sexta-feira. Assim, como o recurso foi protocolizado em 29/06/2012 (fl. 239), não há que se falar em intempestividade.

Rejeito a preliminar.

No mérito, pretende o Réu, nesta instância revisora, a reforma da decisão de Primeiro Grau, para seja restabelecido o patamar dos alimentos no total de 10% (dez por cento) dos rendimentos do genitor.

Por sua vez, o Autor postula a exoneração dos alimentos, ao argumento de que o filho atingiu a maioridade e encontra-se preso.

Analiso, simultaneamente, as razões recursais de ambas as partes.

Compulsando o quadro fático-probatório dos autos, verifico que o alimentando conta, atualmente, com 23 anos (fl. 08), goza de boa saúde, não está frequentando nenhuma instituição de ensino, e, além disso, encontra-se preso, e os documentos acostados aos autos comprovam que ele responde a várias ações penais, por diversos roubos com emprego de arma, dentre outros crimes (fls. 288/314).

Cumprе esclarecer que o mero alcance da maioridade não tem o condão de, por si só, afastar o direito de perceber os alimentos. Nesse caso, o fundamento passa a ser o dever de mútua assistência que se encontra no poder familiar.

Todavia, consoante bem ressaltado pelo ilustre representante do Ministério Público, "não há demonstração de que a manutenção da pensão alimentícia é de fundamental importância à sua sobrevivência, tendo em vista que suas necessidades básicas são custeadas pelo Estado" (fls. 284/285).

Além disso, os presos podem exercer atividade laboral, sendo certo que eles são remunerados por esses trabalhos, nos termos do art. 29 da LEP, o que serve, até mesmo, como remissão da pena, posto que a Lei de Execução Penal prevê que para cada três dias de trabalho o condenado abaterá um dia da sua pena. Eis o teor desse dispositivo:

“Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário-mínimo.”

Noutro giro, o genitor arca com a pensão para sua ex-esposa, no montante de 13% dos seus rendimentos brutos (fl. 259), e, ainda, para outro filho, nascido depois da fixação dos alimentos para o Réu e sua mãe, no valor de 10% (fls. 30/31).

Ora, se a pessoa que postula a exoneração de alimentos trabalha auferindo rendimentos, em média, no valor de R\$ 1.996,27 (mil novecentos e noventa e seis reais e vinte sete centavos – fl. 186), não é justo sacrificar o seu sustento, para manter um filho de 23 anos de idade, jovem e que goza de boa saúde.

Sobre o tema, trago à colação os seguintes julgados desta egrégia Corte de Justiça, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE CIVIL. SÚMULA 358 DO STJ. NÃO COMPROVADA A NECESSIDADE. ALIMENTANDO RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

Em regra, a prestação de alimentos aos filhos cessa no momento em que estes completam a maioridade civil, tendo em vista que a partir desse fato passam a ser os titulares de direitos e obrigações em sua plenitude. Raras são as situações em que os genitores são compelidos a arcarem com os alimentos, após a maioridade dos filhos.

A exoneração da pensão alimentícia não se opera automaticamente, quando o filho completa 18 (dezoito) anos de idade, haja vista que tal exoneração depende de decisão judicial, garantindo-se o direito do filho de se manifestar sobre a possibilidade de prover seu próprio sustento. (Súmula 358, STJ).

Tendo em vista o recolhimento do alimentando em estabelecimento prisional, o custeio com sua subsistência passou a ser responsabilidade do Estado, de forma que, ao menos enquanto estiver segregado, ausente a necessidade dos alimentos.

Não se desincumbindo o alimentando do ônus de provar a real necessidade de que seu genitor continue a prestar-lhe alimentos, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

(Grifou-se – Acórdão 475636, 20100020154791AGI, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/01/2011, Publicado no DJE: 03/02/2011. Pág.: 146 – grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE E PRISÃO DO FILHO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. POSSIBILIDADE.

1. Além da maioridade, a prisão do filho caracteriza a verossimilhança das alegações do autor/pai, de que o filho está sendo mantido pelo Estado, não sendo necessário o pagamento da pensão alimentícia.

2. Negou-se provimento ao agravo de instrumento.”

(Acórdão 623384, 20120020164589AGI, Relator: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/09/2012, Publicado no DJE: 02/10/2012. Pág.: 112)

Em conclusão, além da maioridade, a prisão do filho caracteriza a desnecessidade de prestação de alimentos, tendo em vista que o alimentando está sendo mantido pelo Estado, não sendo necessário o pagamento da pensão alimentícia.

Ademais, existe a possibilidade de exercer atividade remunerada intramuros, nos termos do artigo 29 da Lei de Execução Penal, o que também se mostra hábil a proporcionar a satisfação de suas necessidades materiais, bem como o resgate e a manutenção de sua dignidade (art. 28 da LEP).

Com essas considerações, nego provimento à Apelação Cível interposta pelo Réu e dou provimento ao recurso interposto pelo Autor, para reformar a sentença e exonerá-lo da pensão alimentícia. Inverto os ônus da sucumbência, devendo, contudo, serem respeitadas as disposições da Lei 1.060/50, em virtude da concessão da gratuidade de Justiça ao Réu (fl. 40).

É como voto.

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

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Rejeitar preliminar. Negar provimento ao recurso da parte ré. Dar provimento ao recurso adesivo da parte autora. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011170845-7

Relator – Des. Flavio Rostirola

Primeira Turma Cível

EMENTA

Civil. Indenização. Danos morais. Publicação de matéria em sítio eletrônico e reproduzida em periódico. Jornal de circulação nacional. Liberdade de expressão exercida com excessos. Informação não fidedigna. Ofensa caracterizada.

1. Os direitos de liberdade de manifestação do pensamento e informação, bem assim o da preservação da intimidade, privacidade e honra, devem coexistir harmonicamente, respeitada a proporção de seu exercício, de forma a não caracterizar injustificado endurecimento contra a liberdade de expressão – censura – e, por outro, o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

2. Apartando-se a notícia de sua fidedignidade e das minúcias relevantes ao caso veiculado na matéria, forçoso reconhecer o excesso da informação.

3. A utilização de trecho de documento descontextualizado, no intuito de manipular a opinião pública viola o dever de veracidade e a cláusula geral de boa-fé, configurando evidente abuso a liberdade de informação, passível de responsabilização civil.

4. Para a fixação do *quantum* indenizatório, o julgador deve se atentar para as finalidades do instituto: prestação pecuniária, como meio de compensação pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações experimentados pela vítima; punição para o ofensor e prevenção futura quanto a fatos análogos, sopesando-se, ainda, a existência ou não de retratação. Distanciando o *quantum* indenizatório de suas funções, forçoso majorar o importe fixado na origem.

5. Negou-se provimento aos apelos.

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 da Senhora Desembargadora Simone Lucindo, em proferir a seguinte decisão: conhecer dos apelos e negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 9 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Na instância de origem, M. DAS G.L. ajuizou ação de indenização por danos morais contra PLURAL EDITORA E GRÁFICA LTDA.

Narrou a Autora, na inicial, que, na qualidade de servidora pública federal, em exercício do Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, atuou no acompanhamento e fiscalização da aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio de 2009, ficando responsável apenas pela distribuição, transporte e entrega do “Kit Enem/2009”, que foi encaminhado às escolas antes da realização das provas pelos estudantes.

No entanto, o sucesso na entrega dos kits não foi repetido no exame, porquanto, por erro da parte ré houve vazamento do conteúdo das provas, fato trazido à tona pela imprensa brasileira. A ré teria, então, na tentativa de se defender, apresentado à imprensa carta endereçada ao Consórcio Nacional de Avaliação e Seleção, na qual a demandante teria elogiado o sucesso da impressão e entrega de kits Enem/2009.

Argumenta que, ao agir assim, a ré, buscando afastar a culpa que lhe era imputada, apontou para todo o país que a autora teria chancelado as falhas ocorridas na produção da prova. Essa situação resultou em manifestas retaliações à Autora em seu órgão, tendo sido acusada de abuso de competência e relegada a serviços de menor envergadura, o que resultou em graves crises de fibromialgia e depressão.

De tal sorte, requereu a condenação da Requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Ao analisar a questão, a augusta magistrada da Nona Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF julgou procedente o pedido da Requerente nos seguintes termos (fls. 272):

“Forte nessas razões, nos termos do art. 269, I, do CPC, resolvo o mérito e julgo procedente o pedido para condenar Plural Editora e Gráfica Ltda. à compensação a título de danos extrapatrimoniais, no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), devidamente corrigido e atualizado monetariamente, conforme o INCC, desde o arbitramento (En. 362 da súmula do STJ) e com juros moratórios de 1% ao mês (art. 406, CC c/c art. 161, CTN), a partir do evento danoso (Enunciados de súmula 43 e 54 do STJ).”

Inconformadas, ambas as partes apelam.

As razões de apelação da Requerida foram apresentadas às fls. 274/286, com o respectivo preparo à fl. 287. Defende a licitude de sua conduta, porquanto teria enviado apenas um trecho da referida carta, na qual sequer constava o nome da autora, nem lhe foi feita qualquer alusão. Outrossim, a publicação em jornal de alto renome se deu por terceiro, uma vez que a requerida somente deu causa à publicação em seu próprio site.

Esclarece, ainda, que ao fazer referência à aludida carta, pretendia a apelante deixar claro que o trabalho desempenhado pela empresa havia sido, então recentemente, elogiado pelo próprio Ministério da Educação. E tal referência era importante, pois no calor dos acontecimentos – descoberta da fraude nas provas ENEM – poderia ocorrer alguma ilação envolvendo o nome da apelante. Por cautela, então, pareceu à apelante ser imprescindível que fosse feita menção à carta do Ministério da Educação – sem qualquer referência a nomes – em que sua atividade anterior fora elogiada (fl. 279).

Apelação da Autora às fls. 288/292, com o preparo à fl. 293. Em suma, requer a majoração do *quantum* fixado a título de danos morais, ressaltando que a dimensão da ofensa foi nacional e teria levado a cabo sua reputação no órgão em que milita há décadas.

Contrarrazões da Autora às fls. 297/300 e da Requerida às fls. 302/311, oportunidade em que este repisa a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos e passo a analisá-los conjuntamente.

Consoante exposto no relatório, cuida-se, na origem, de ação de indenização por danos morais ajuizada por M. DAS G.L. contra PLURAL EDITORA E GRÁFICA LTDA., em razão de suposta ofensa praticada na veiculação de matéria jornalística.

Narra a Autora, na inicial, que, na qualidade de servidora pública federal, em exercício do Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, atuou no acompanhamento e fiscalização da aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio de 2009, ficando responsável apenas pela distribuição, transporte e entrega do “Kit Enem/2009”, que foi encaminhado às escolas antes da realização das provas pelos estudantes.

No entanto, o sucesso na entrega dos kits não foi repetido no exame, porquanto, por erro da parte ré houve vazamento do conteúdo das provas, fato trazido à tona pela imprensa brasileira. A ré teria, então, na tentativa de se defender, apresentado à imprensa carta endereçada ao Consórcio Nacional de Avaliação e Seleção, na qual a demandante teria elogiado o sucesso da impressão e entrega de kits Enem/2009.

Argumenta que, ao agir assim, a ré, buscando afastar a culpa que lhe era imputada, apontou para todo o país que a autora teria chancelado as falhas ocorridas na produção da prova. Essa situação resultou em manifestas retaliações à Autora em seu órgão, tendo sido acusada de abuso de competência e relegada a serviços de menor envergadura, o que resultou em graves crises de fibromialgia e depressão.

De tal sorte, requereu a condenação da Requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Por sua vez, a Requerida defende a licitude de sua conduta, sob o argumento de que teria enviado apenas um trecho da referida carta, na qual sequer constava o nome da autora, nem lhe foi feita qualquer alusão. Outrossim, a publicação em jornal de alto renome se deu por terceiro, uma vez que a requerida somente deu causa à publicação em seu próprio site.

Esclarece, ainda, que ao fazer referência à aludida carta, pretendia a apelante deixar claro que o trabalho desempenhado pela empresa havia sido, então recentemente, elogiado pelo próprio Ministério da Educação. E tal referência era importante, pois no calor dos acontecimentos – descoberta da fraude nas provas ENEM – poderia ocorrer alguma ilação envolvendo o nome da apelante. Por cautela, então, pareceu à apelante ser imprescindível que fosse feita menção à carta do Ministério da Educação – sem qualquer referência a nomes – em que sua atividade anterior fora elogiada (fl. 279).

I – DO RECURSO DA RÉ

Em relação aos direitos previstos constitucionalmente, tais como, liberdade de manifestação do pensamento e informação *versus* preservação da intimidade, privacidade e honra, sobre os quais, obviamente, não se admite o conflito propriamente dito. Entende-se que devem coexistir, contudo, respeitadas as proporções de seu exercício. Eis a ideia do abuso de direito:

“A doutrina do abuso de direito não exige, para que o agente seja obrigado a indenizar o dano causado, que venha a infringir culposamente um dever pre-existente. Mesmo agindo dentro do seu direito, pode, não obstante, em alguns casos, ser responsabilizado.”¹

A harmonização dessa coexistência nem sempre é um exercício simples. Entender em qual medida cada direito deve se limitar consiste em tarefa de grande sutileza.

A questão da liberdade de imprensa frente ao dano moral consubstancia tema frequente em nossa sociedade, sendo objeto de opiniões de diferentes vertentes.

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57.

O fato é que, por inúmeras vezes, nos deparamos com verdadeira situação de devastação da vida de indivíduos, com a total ruína de seus relacionamentos pessoais, profissionais, sociais a pretexto de informar a sociedade. É bem verdade que sobressai o brilhantismo do direito e do dever de informar quando se trata de fatos verídicos e que guardam grande relevância para o meio social.

Apenas me oponho à prática de informação que é feita de uma forma rasa, sem aprofundamento das verdades, pecando no respeito à dignidade da pessoa humana que deve ser incondicionalmente preservada.

A dignidade da pessoa humana traduz o norte de nosso ordenamento jurídico. Todos os direitos devem a essa se curvar, pois o patrimônio mais valioso que qualquer indivíduo pode possuir e, em consequência, nossa própria sociedade. Não se faz uma sociedade digna com indivíduos que não usufruam amplamente da dignidade humana. Caso se permita uma série de rupturas a esse bem jurídico, estaremos por permitir a ruína de toda a coletividade.

Não quero dizer, dessa forma, que temos o dever de impedir que os indivíduos sofram os desprazeres de assistirem a seu patrimônio moral abalado, pois, muitas vezes, é o preço que se paga por sua má conduta social. A informação dessa advinda, apenas, corresponde à consequência de seu mau proceder. Nesses casos, acredito que informar é apenas revelar a verdade dos fatos.

Porém, o que se deve, de forma prioritária, é preservar a honra do homem de bem. E todo homem deve ser considerado de bem até que se prove o contrário, quando então se tornam vulneráveis alguns direitos da personalidade tais como a honra, preservando-se – repise-se – o direito à dignidade de pessoa humana.

Por outro vértice, não se pode tolerar o endurecimento injustificado contra a liberdade de expressão pela divulgação de notícias que não tenham a evidente potencialidade lesiva, passível de ofender a honra subjetiva do indivíduo. Há que se perquirir se houve a distorção maliciosa, a conduta ilícita, ou se, ao revés, o simples exercício do poder de informar, sob pena, por esse ângulo, violar a garantia constitucional da liberdade de imprensa, nos termos do artigo 5º, IX, e 220, da Constituição Federal de 1988.

Diante desse panorama e de tudo já exposto alhures, visualizo, no caso em análise, a ocorrência do dano moral passível de indenização, na melhor exegese dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Restou incontroverso nos autos que a Plural Editora e Gráfica Ltda. aproveitou-se do trecho de carta enviada pela autora, no exercício do cargo de Executora Técnica do Contrato, na qual teceu elogios à prestação de serviço da Requerida, no tocante à entrega dos Kits Enem/2009, para demonstrar os bons préstimos dos seus serviços.

A nota divulgada pela requerida, em 01.10.09, constou nos seguintes termos (fl. 17):

“A Plural Editora e Gráfica Ltda. é hoje a maior e mais moderna gráfica de rotativas da América do Sul, atuando desde 1996 no mercado nacional. Em razão das recentes notícias relacionadas ao vazamento da prova do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), vem apresentar os seguintes esclarecimentos:

A Plural foi contratada pelo CONNASEL – Consórcio Nacional de Avaliação e Seleção, para impressão e acabamento de 2 provas, cada uma delas em diferentes versões, num total de aproximadamente 9,4 milhões de exemplares.

Pelo contrato, a obrigação da Plural consistia em imprimir as provas, grampeá-las e intercalar as diferentes versões em lotes, para posterior embalagem em caixas separadas por Estado da Federação. Não coube à Plural a separação das provas por escolas e salas de provas.

A equipe de segurança do Consórcio acompanhou, 24 horas por dia, todo o processo produtivo, inclusive a guarda de produtos semi-acabados, em áreas especialmente determinadas para esse fim.

Não eram responsabilidade da Plural o transporte das provas e sua distribuição em cada local determinado pelo Consórcio.

A Plural cumpriu suas obrigações relacionadas a segurança, inclusive com controles de acesso ao seu prédio por meio de catracas eletrônicas e câmeras de segurança em seu parque gráfico. Especialmente para fins deste contrato a Plural tomou ainda as seguintes medidas:

1. As áreas de equipamentos de impressão e acabamento foram isoladas, com acesso restrito e utilização de detector de metais.
2. Todo resíduo industrial de impressão foi triturado na presença de representantes do Consórcio.
3. As matrizes de produção foram embaladas, lacradas em caixas e entregues aos representantes do Consórcio.
4. Todos os profissionais envolvidos na operação, inclusive impressores que trabalharam em máquinas e os profissionais de acabamento, assinaram termo de responsabilidade de sigilo e declaração de não participação deste certame do ENEM.
5. A produção demorou 36 dias e foi finalizada em 29/09/09.

Após a entrega dos serviços contratados, recebemos do Ministério da Educação carta registrando "o excelente desempenho da equipe da Gráfica Plural".

Assim sendo, a Plural está certa de que não teve qualquer responsabilidade neste episódio e reafirma sua disposição em colaborar com as autoridades para os esclarecimentos dos fatos noticiados, inclusive com entrega de 122 DVDs com imagens da operação de produção das provas nas suas diversas fases."

A carta citada pela requerida, como forma de defesa, estava assim redigida:

Venho pelo presente, registrar o excelente desempenho da equipe desta Gráfica Plural, em destaque os funcionários do setor de expedição Srs. L.L., M.M., C.B.V. e toda a equipe de atendimento ao cliente Srs. M.F., H.C. e I.P., que demonstraram intensa dedicação, apoio e colaboração, com a chegada de nossa equipe INEP a estas instalações e, principalmente com a efetivação do processo de impressão e expedição da postagem do Manual do Inscrito do ENEM 2009, no período de 21 a 28/09/2009, ininterruptamente.

Na oportunidade, declaro, ainda, que houve uma sintonia entre esta empresa e as equipes do INEP e ECT, sendo que, em conjunto todos visavam o mesmo objetivo em facilitar e agilizar todo o processo de impressão, manuseio e postagem do Manual do Inscrito do ENEM 2009, aos destinatários, quer dizer, aos

candidatos inscritos para participarem da prova do Exame ENEM 2009, nos dias 3 e 4 de outubro de 2009 (fl.32).

De uma simples leitura das citadas notícias é possível extrair que a nota veiculada no site da empresa, posteriormente reproduzida em jornal de grande circulação, dizia respeito ao escândalo de vazamento do conteúdo das provas do Enem 2009, ao passo que a carta enviada pela Autora elogiava a prestação de serviço referente à entrega dos Kits e Manual do Inscrito.

Tem-se, pois, que a requerida utilizou-se maliciosamente de trecho de carta a ela endereçada, não tendo sido fiel ao seu verdadeiro conteúdo. Por se tratarem de situações distintas, a utilização de trecho descontextualizado, querendo fazer crer que a autora teria atestado a excelência da integralidade do serviço prestado configura evidente abuso do direito a liberdade de expressão.

Referida conduta violou o dever geral de boa-fé objetiva e o dever de veracidade, pois almejou ludibriar os leitores, ao tentar fazer crer que sua conduta suspeita estaria respaldada pelos elogios da servidora federal, detentora de fé pública. Evidentes os danos causados ao ter seu nome vinculado à fraude nacional, de grande repercussão.

A respeito do tema, destaco o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR, SEM ABUSOS OU EXCESSOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 186 e 927 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 14.09.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 03.10.2013. 2. Discussão relativa à potencialidade ofensiva de matéria publicada em revista de grande circulação, que aponta suposta conduta ilícita de deputado envolvido no esquema do “mensalão”, relacionada à remessa ilegal de dinheiro ao exterior, além da acusação de beneficiar empresa em contratos de empréstimos públicos. 3. Inviável o reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC quando não verificada no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade apontadas pelos recorrentes. 4. A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pú-

blica, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. 5. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. (Omissis) (REsp 1414887/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 28/11/2013).

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. IMPRENSA. RECURSO ESPECIAL. (omissis) OFENSA À HONRA. NOTA EM COLUNA SOCIAL DE CARÁTER SENSACIONALISTA, COM EXAGERO DO DIREITO-DEVER DE INFORMAR. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO STJ QUANDO VERIFICADO EXAGERO. REDUÇÃO. JUROS DE MORA. FIXAÇÃO. (Omissis) 4. Confronto entre a inviolabilidade da intimidade e da honra das pessoas e a liberdade de expressão jornalística. Exagero no direito-dever de informar, pelo teor sensacionalista da notícia, prevalecendo a defesa da honra do ofendido. 5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o STJ pode alterar o valor dos danos morais quando fixados de maneira exagerada, sem que isso implique revolvimento do conteúdo fático-probatório. 6. No caso, o valor comporta redução, levando-se em consideração aspectos como a presença constante do recorrido em reportagens polêmicas e de grande repercussão, ser ele pessoa pública e não se tratando de ofensa de natureza extremamente grave. 7. Os juros de mora incidem desde o evento danoso, à taxa de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do CC/2002, e pela Taxa Selic após essa data (REsp 727.842/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 20/11/2008). 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, parcialmente provido. (REsp 645.729/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 01/02/2013).

Nesse ponto, aliás, bem esclareceu sua Excelência *a quo*, cujas razões integro à presente decisão (fls. 269/272):

"O cerne da questão cinge-se à violação de direito da personalidade da requerente ante a utilização pela demandada de carta de autoria daquela. Segundo relato da demandada tal utilização culminou em aborrecimentos que ultra-

passaram o mero dissabor diário a que está exposta no convívio em sociedade. Com efeito, observo ser fato incontroverso nos autos que a Plural Editora e Gráfica Ltda. em sua manifestação à imprensa aproveitou-se de trecho de carta enviada pela autora, no exercício do cargo de Executora Técnica do contrato, para demonstrar os bons préstimos de seu serviço (fls. 14 a 17 e 32), o que atrai a incidência da normatividade do art. 334, III, CPC. Realmente a utilização da carta endereçada à demandada não é um ato ilícito, contudo, é sabido que não apenas de ilícitos advém o dano. O art. 187 do Código Civil é explícito em disciplinar o abuso de direito, em que o titular ao exercê-lo excede manifestamente os limites destacados pela boa-fé. Dos documentos acostados aos autos, verifico que a ré foi negligente ao utilizar-se de trecho da carta que lhe beneficiava sem ostentar de forma inequívoca a que se referia. A explicação conferida pela requerida à imprensa se destinava a esclarecer sua atuação no vazamento de provas do Enem de 2009. Enquanto que o elogio recebido da autora estava relacionado à atividade da ré quando da prestação dos serviços referentes à entrega do Kit Enem/2009 (cartilha, cartaz da escola, relatório pedagógico, fundamentação teórica metodológica e roteiro de inscrição) e Manual do Inscrito do Enem/2009, cláusula terceiro do contrato anexo (fls. 21 a 31). Trata-se, pois, de situações distintas. Ao assim agir, a ré não obedeceu aos ditames impostos pela cláusula geral da boa-fé objetiva orientadora de todas relações. A requerida ao prestar informação omissa, quebrou o dever de conduta a todos impostos, seja porque forneceu ao público notícia parcialmente inverídica, seja porque usou parte da declaração da autora descontextualizada. Em virtude disso, a requerente teve seu nome veiculado na imprensa dando a entender que, de alguma forma, estaria envolvida na violação das provas do Enem/2009, pois atestou, em carta com data anterior à designada para o fim da prestação de serviço, a excelência da atividade desempenhada pela ré. Vê-se que a demandada agiu com abuso de direito, eis que no exercício legal de um direito manipulou informações daí advindo um resultado ilícito. Configurado tal instituto, aplica-se ao caso a responsabilidade civil de cunho objetiva, pois a lei não exige o elemento subjetivo, ou a intenção de prejudicar para a caracterização do abuso de direito, basta o seu exercício distorcido, nos termos do Enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil do CJF. Corroborando tal tese, segue jurisprudência deste Egrégio Tribunal: DIREITO DO CONSUMIDOR

E PROCESSUAL CIVIL. MULTA CIVIL. ART. 940 DO CC. APLICAÇÃO. COBRANÇA DE DÍVIDA NÃO VENCIDA E PARCIALMENTE PAGA. AJUIZAMENTO INDEVIDO DE AÇÃO MONITÓRIA. APELO PROVIDO. 1. O conceito de abuso de direito, apoiado na teoria objetiva, observa as condutas que ferem o fim social esculpido na lei, sem que para tanto se necessite verificar a má-fé ou boa-fé do ofensor. Para que haja a sua configuração, basta a simples atuação que extrapola os limites legais. 2. Aquele que busca o adimplemento de dívida paga ou exige mais do que devido, abusa do seu direito de demanda e deve arcar com a penalidade esculpida no art. 940 do Código Civil. 3. A multa civil se origina da ideia da prática do abuso do direito, prescindindo, portanto, da verificação da boa-fé ou má-fé do demandante. 3. Recurso provido. (Acórdão 716024, 20110112142342APC, Relator: MÁRIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/09/2013, Publicado no DJE: 02/10/2013. Pág.: 136) Delineada a adequação da responsabilidade objetiva à espécie, verifico presentes os seus requisitos, quais sejam, o fato (utilização de carta de autoria da demandante), o dano (violação a direito da personalidade) e o liame entre tais elementos, art. 927 do CC. O fato é incontroverso como já explanado. De igual maneira, o dano. Isso porque, a autora, após a publicação da carta, foi retirada de sua equipe de trabalho, bem como isolada pelos colegas, conforme prova testemunhal carreada aos autos (pg. 113 e 128). Ademais, a publicação do nome da autora relacionado, ainda que indiretamente, ao vazamento de provas do Enem/2009, evento de alta relevância e de âmbito nacional, se deu em sítio eletrônico de jornal de alto renome no País e em versão impressa do mais conhecido da capital nacional (fls. 14/15 e 18). Evidente, portanto, que a conduta da ré ocasionou ruptura nas relações profissionais e de amizade da demandante. Vulnerou seu direito da personalidade, pois teve sua imagem relacionada a um escândalo amplamente divulgado, incidindo o art. 12 do Código Civil. Destaque-se, assim, o efetivo dano sofrido pela Sra. M. das G.L. Presente, também, o nexó de causalidade entre o uso da carta cuja signatária é a autora e o dano extrapatrimonial sofrido decorrente de uma conduta da ré. Isso porque, da publicação da carta originou direta e imediatamente transtornos à vida da requerente, de acordo com artigo 403 do Código Material. Configurado o dano moral, necessária a análise detida acerca da condição financeira da autora e capacidade econômica da requerida, da re-

percussão do fato, do intuito repressor e educativo do instituto e do caráter de não enriquecimento sem causa, sempre tendo em conta a razoabilidade e proporcionalidade. No caso em apreciação, observo que a ofendida merece alta compensação, uma vez que teve seu nome vinculado a uma fraude nacional. De outro lado, verifico que o ofensor deve atentar para que suas futuras ações sejam condizentes ao padrão ético de conduta que se exige de quem convive em sociedade. Diante dos vetores do caso concreto, tenho que o importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) é adequado e suficiente a compensar a demandante pela vulneração sofrida.

Desinfluyente, para fins de responsabilização, o fato de que a requerida ter publicado a nota apenas em seu próprio site e terceiros terem reproduzido o conteúdo em jornal de grande circulação. A responsabilidade pela informação manipulada é de quem a publica originariamente de forma oficial, sendo certo que sua reprodução configura apenas efeito da sua divulgação inicial. Outrossim, a despeito de não conter expressamente o nome da autora na nota, o próprio site disponibilizou o inteiro teor da carta, remetendo os leitores ao acesso à informação referente à autoria.

Evidente, portanto, que a veiculação de nota, que previsivelmente seria amplamente reproduzida, com informação manipulada e descontextualizada, ainda que de forma negligente, causou dano moral passível de indenização, sobretudo por se tratar de fato ligado à fraude nacional, de ampla repercussão.

Nada a reparar, portanto, na r. sentença, nesse tocante.

II – DO RECURSO DA AUTORA

A Autora pugna pela majoração dos danos morais, fixados na origem em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No que tange ao *quantum* indenizatório, relembro as três finalidades da indenização por danos morais: prestação pecuniária, como meio de compensação pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações experimentados pela vítima; punição para o ofensor e prevenção futura quanto a fatos análogos.

Boris Padron Kauffmann, após analisar precedentes do STJ, menciona alguns critérios que devem nortear a fixação do valor da indenização: “em relação ao autor do ato danoso, o grau de sua culpa e o seu porte econômico; em relação ao ofendido, o nível socioeconômico; em relação ao ato, a sua potencialidade danosa. Tudo temperado com a moderação”. Ao concluir a obra, afirma: “não deve se transformar em causa de enriquecimento, e nem desestimular a atividade lícita. A palavra chave é, sem dúvida, a ‘razoabilidade’, critério que deve imperar na fixação da quantia compensatória dos danos morais” (O dano moral e a fixação do valor indenizatório. Revista de Direito do Consumidor. vol. 39, p. 75, jul. 2001).

Para além do postulado da razoabilidade, a jurisprudência, tradicionalmente, elegeu parâmetros (leiam-se regras) para a determinação do valor indenizatório.

Entre tais contornos, encontram-se, por exemplo: (a) a forma como ocorreu o ato ilícito: com dolo ou com culpa (leve, grave ou gravíssima); (b) o tipo de bem jurídico lesado: honra, intimidade, integridade etc.; (c) além do bem que lhe foi afetado a repercussão do ato ofensivo no contexto pessoal e social; (d) a intensidade da alteração anímica verificada na vítima; (e) o antecedente do agressor e a reiteração da conduta; (f) a existência ou não de retratação por parte do ofensor.

Antes de fixar o *quantum*, oportuno mencionar Cláudio Roberto Kobayashi que, ao definir o alcance e a extensão do procedimento da responsabilidade objetiva do fornecedor – para o caso do direito consumerista –, assinala: “... a responsabilidade do fornecedor é objetiva, e, portanto, a vítima não tem a necessidade de comprová-lo, contudo o juiz deverá observar o grau de culpa do fornecedor, quanto estiver na eminência de estipular o valor do montante indenizatório” (KOBAYASHI, Cláudio Roberto dos Santos. *A fixação do valor da indenização por danos morais nas relações de consumo: um estudo das sentenças do Tribunal de Justiça de Goiás de 2009 a 2010*. Revista de direito privado. v. 13, 49, p. 189-224, jan./mar. 2012).

Vejamos alguns elementos extraídos dos autos que, aliados a esses critérios traçados pela jurisprudência e pela doutrina, auxiliam na fixação do *quantum* indenizatório.

Quanto à forma como ocorreu o ato ilícito, indubitável que houve grande comoção social, diante da repercussão da notícia veiculada, reproduzida em vários jornais, inclusive de circulação nacional, com a omissão de ponto relevante.

No tocante à intensidade da alteração anímica verificada na vítima, saliente-se a repercussão na mídia própria desse tipo de matéria e a influência negativa em seu ambiente de trabalho, comprovada por meio da oitiva de testemunhas.

Acrescente-se, ainda, a inexistência de qualquer tentativa de retratação por parte da requerida.

Logo, atento as finalidades da indenização por danos morais, a intensidade do sofrimento da ofendida, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido, tenho como razoável e proporcional a manutenção da condenação da parte Requerida em indenizar a Autora no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos apelos, mantendo indene a r. sentença hostilizada.

É o meu voto.

Des. Teófilo Caetano (Revisor) – Com o Relator.

Desa. Simone Lucindo (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer dos apelos e negar provimento, unânime.

EMENTA

Direito civil e processual civil. Direito constitucional. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Ofensas configuradas. *quantum* indenizatório. Proporcionalidade e razoabilidade. Retratação. Impossibilidade.

- 1.** O dever de indenizar por danos morais decorre de violação de direitos da personalidade, caracterizada pela dor e sofrimento psíquico que podem atingir, em última análise, o sentimento de dignidade da vítima.
- 2.** O réu utilizou diversas expressões ofensivas à honra da vítima, as quais foram divulgadas por meios de comunicação, conforme comprovado nos autos, o que repercutiu para além do contexto em que se deu o fato (estádio de futebol).
- 3.** Não obstante o direito à liberdade de expressão e pensamento, assegurado em âmbito constitucional, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana foi erigida a princípio fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do Art. 1º, III, da Constituição, razão pela qual sua ofensa gera direito à reparação por dano moral. Ademais, todo direito está sujeito a restrições, pois nenhum é absoluto e o seu exercício encontra limite na ausência de abuso.
- 4.** Comprovados os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta dolosa ou culposa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre eles, como no caso, impõe-se a procedência do pedido indenizatório.
- 5.** O valor fixado a título de compensação por danos morais, em que pese a falta de critérios objetivos, deve ser pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, além de servir como forma de compensação ao dano sofrido e de possuir caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada.

6. O pedido de retratação não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois não há como obrigar alguém a manifestar-se de determinada maneira, seja para retratar-se ou não. A ofensa é passível de indenização, conforme já delimitado nos presentes autos, admitindo-se, outrossim, o direito de resposta proporcional ao agravo (CF, art. 5º, V), a ser exercido pelo próprio ofendido, de modo a esclarecer as acusações proferidas pelo ofensor.

7. O direito de resposta está assegurado na Constituição, mas tendo em vista a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 130, não mais cabível a imposição da obrigação dos veículos de comunicação da publicação de sentenças. Nesse sentido, recente decisão liminar da Ministra Rosa Weber, do STF, na Reclamação 15.681(DJE 38, em 21.02.2014).

8. Recurso adesivo do autor provido. Recurso do réu prejudicado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sebastião Coelho – Relator, Gislene Pinheiro – Revisora, Angelo Canducci Passareli – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Sebastião Coelho, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Julgar prejudicado o recurso principal e dar parcial provimento ao recurso adesivo. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas por J.P. DE O.C. (réu) e S.M.R. (autor) contra sentença (fls. 76/82), proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Brasília em ação de Indenização, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de danos morais. Condenou ainda ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Suscita o apelante/réu (fls. 84/96) a inexistência do dano moral, uma vez que utilizou de expressões absolutamente comuns no meio esportivo, principalmente no futebol, e que devem ser analisadas no contexto em que proferidas, não se podendo afirmar que tiveram a intenção de atingir a honra subjetiva ou objetiva do autor.

Ressalta que as suas declarações se limitaram ao desempenho técnico-profissional do apelado/autor, não tendo havido nenhuma repercussão exagerada, não havendo nos autos prova de que em razão desse fato tenha sido o réu impedido de apitar outras partidas na qualidade de árbitro, tampouco de que as declarações do autor tenham lhe gerado dor, sofrimento ou transtorno que caracterizassem o dano moral.

Aduz o direito à liberdade de expressão e pensamento assegurado em âmbito constitucional, bem como a desproporcionalidade do valor fixado na condenação. Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do apelo para reformar a r. sentença a fim de que seja julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais, ou a redução do valor fixado.

Preparo à fl. 97.

Pleiteia a parte autora, em seu recurso adesivo (fls. 102/117), a majoração do valor atribuído ao dano moral, bem como a condenação do réu à retratação, por meio de comunicação de grande circulação nacional. Afirma que as declarações do réu denegriram sua honra, pois as ofensas foram veiculadas na mídia, bem como na rede internacional de computadores, fato que gerou imensa repercussão em sua vida profissional e pessoal, em afronta à dignidade da pessoa humana.

Alega a capacidade econômica do réu a fim de que o valor da condenação seja a ela proporcional e sirva como exemplo. Por fim, requer seja conhecido e provido o recurso adesivo interposto, para que seja majorado o valor da condenação a título de danos morais arbitrado na r. sentença e determinada a retratação pelo réu.

Preparo às fls. 118/119.

Contrarrazões do autor às fls. 121/135, pugnando pelo improvimento do recurso, tendo em vista a comprovação da ocorrência do dano moral. O réu não as apresentou (fls. 138/139).

É o relatório.

VOTOS

Des. Sebastião Coelho (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos principal e adesivo.

Sem preliminares para análise, passo ao mérito.

Ambas as partes interpuseram recurso.

A sentença recorrida deve ser parcialmente reformada.

De início, passo ao exame do apelo interposto pelo réu.

Cuidam os autos de pedido de indenização por dano moral em que narra o autor, árbitro de futebol, que após partida realizada entre a equipe do Corinthians Paulista e Cruzeiro Esporte Clube, o réu, então presidente deste, teria proferido à sua pessoa palavras ofensivas, as quais foram veiculadas em várias reportagens, repercutindo nacionalmente.

Doutrina e jurisprudência evoluíram para o reconhecimento de que o dever de indenizar por danos morais decorre de violação de direitos da personalidade, caracterizada pela dor e sofrimento psíquico que podem atingir, em última análise, o sentimento de dignidade da vítima.

A análise da configuração do dano moral, contudo, guarda certa complexidade, já que a demonstração da dor e sofrimento suportados pela vítima situa-se na esfera do subjetivismo, impondo-se verificação detida em cada caso.

Nesse sentido, devem ser desconsiderados os dissabores ou vicissitudes do cotidiano, impondo-se a aplicação do instituto nas situações em que a ofensa à personalidade seja expressiva, não sendo razoável naquelas tão somente desagradáveis a que todos estamos suscetíveis no cotidiano.

Analisando detidamente os autos, verifico o acerto do douto juízo sentenciante quanto ao reconhecimento da existência do dano moral ocasionada pelo apelante/ réu ao autor.

O apelante/réu utilizou diversas expressões ofensivas à honra do autor, as quais foram divulgadas por meios de comunicação, conforme se vê dos documentos acostados às fls. 21/30, o que repercutiu para além do contexto em que se deu o fato (estádio de futebol).

A utilização de expressões como “picareta desonesto”, “safado”, “incompetente”, além da imputação de que o autor havia sido “comprado” (fls. 22/30), em entrevista realizada por jornalistas ao réu, então dirigente de clube de renome internacional, excede a normalidade de expressões utilizadas por torcedores contra árbitros.

Ademais, tais declarações foram gravadas em vídeo e disponibilizada em sítio de amplo acesso na internet, com o título “Presidente do Cruzeiro diz que juiz levou dinheiro do Corinthians” (fl. 21).

O réu, portanto, além da utilização de termos pejorativos, imputou falsamente ao autor a prática de crime (calúnia), o que denegriu a sua honra e causou grande repercussão em sua vida pessoal e profissional.

Não obstante o direito à liberdade de expressão e pensamento, assegurado em âmbito constitucional, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana foi erigida a princípio fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do Art. 1º, III, da Constituição, razão pela qual sua ofensa gera direito à reparação por dano moral.

Ademais, todo direito está sujeito a restrições, pois nenhum é absoluto e o seu exercício encontra limite na ausência de abuso.

No caso, verifica-se presente a violação a direito da personalidade, consistente na angústia desproporcional causada pela conduta do apelante/réu, que ultrapassou o mero aborrecimento e feriu a dignidade de sua pessoa, em especial sua conduta profissional, impondo-se o dever de indenizar.

Dessa forma, comprovados os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta dolosa ou culposa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre eles, como no caso, impõe-se a procedência do pedido indenizatório.

No que concerne ao *quantum* indenizatório, que também é objeto do recurso adesivo interposto pela parte autora, tenho que merece reparos.

A fixação do valor indenizatório não é tarefa fácil e deve ser realizada pelo Julgador, a seu prudente critério, de modo que não deva ser muito elevado, a fim de proporcionar o enriquecimento sem causa, tampouco tão baixo a ponto de não ser sentida no patrimônio do responsável pelo dano.

Sem dúvida o valor fixado a título de reparação por danos morais, em que pese a falta de critérios objetivos, deve ser pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, bem como em face da condição econômico-financeira das partes e da gravidade do dano, de forma a servir como forma de compensação à vítima e de possuir caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada pelo autor.

Deve ser observada a normativa que trata da efetiva extensão do dano, por inteligência do artigo 944 do Código Civil: "a indenização mede-se pela extensão do dano".

A indenização deve ser fixada com ponderação, não se justificando exageros, devendo ser proporcional ao grau de culpa e à capacidade econômica de ambos os litigantes, atentando-se à realidade do país e às peculiaridades de cada caso.

No caso, levando-se em consideração as condições econômicas do réu, que à época dos fatos era presidente de clube de futebol e atualmente é senador da república, bem como o teor das ofensas, diante da falsa imputação ao autor da prática de crime (calúnia), mostra-se apropriada a majoração do valor fixado a título de danos morais na r. Sentença.

Assim, em vista do potencial sócio-econômico do ofensor e da gravidade das ofensas, entendo que deve ser majorado o *quantum* indenizatório para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), quantia razoável e proporcional às circunstâncias do caso.

Nesse sentido, confirmam-se decisões deste e. TJDFT:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. HONRA OBJETIVA. RECONVENÇÃO. OFENSA À HONRA DE ADVOGADO. ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR ARBITRADO EXCESSIVO. REDUÇÃO. 1. Na apuração do montante da indenização por danos morais deve levar em conta os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

2. *Recurso parcialmente provido. (Acórdão 729672, 20060110159104APC, Relator: ANTONINHO LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/12/2012, Publicado no DJE: 11/11/2013. Pág.: 273);*

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. IMPUTAÇÃO DE ATO CRIMINOSO. INFORMAÇÃO INVERÍDICA. ATO ILÍCITO. CONFIGURAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REPERCUSSÃO. MAJORAÇÃO.

1. Veiculando a matéria jornalística fato inverídico e causando danos, faz-se devida a indenização por danos morais. 2. O valor da indenização atenderá a repercussão do dano na esfera íntima do ofendido, eventual extrapolação, a sua extensão e, ainda, o potencial econômico-social do obrigado ao ressarcimento. 3. Recursos desprovidos.

(Acórdão 661088, 20100610094683APC, Relator: ANTONINHO LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/02/2013, Publicado no DJE: 15/03/2013. Pág.: 278);

DANOS MORAIS – IMPRENSA – PUBLICAÇÃO OFENSIVA – EXCESSO NO DIREITO DE INFORMAR – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM – PESSOA PÚBLICA – VALOR REDUZIDO – JUROS E CORREÇÃO INICIAL – TERMO INICIAL – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA 1) A notícia veiculada em revista de grande circulação que ultrapassa os limites da liberdade de imprensa, extrapolando o animus narrandi e atingindo a honra subjetiva do autor, gera dano moral, que tem que ser indenizado. 2) O quantum indenizatório deve ser fixado com moderação, observando-se a posição social e a capacidade econômica das partes, a imagem pública e o conceito que tem o ofendido perante a sociedade, sob pena de propiciar o enriquecimento indevido do ofendido ou o estímulo à prática de nova conduta irregular pelo ofensor. 3) Mostrando-se o valor da condenação excessivo, necessário que se dê a diminuição. 4) São devidos juros de mora e correção monetária, incidentes sobre o valor da condenação, contados do instante da fixação do valor da condenação. 5) Recurso conhecido e parcialmente provido. (Acórdão 525115, 20100110142052APC, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/08/2011, Publicado no DJE: 09/08/2011. Pág.: 169);

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. REPORTAGEM. FATOS INVERÍDICOS. DANOS MORAIS. DIREITO DE RESPOSTA. QUANTUM.

(...). A liberdade de informação, deve ser submetida aos limites da licitude, precisando ser preservada por ser imperativo de ordem constitucional. Os fatos podem ser veiculados se traduzirem fielmente o direito de informar sobre um acontecimento.

Ultrapassados os limites legais e constitucionais do direito de expressão, decorrente da imputação de um fato lesivo à honra e à reputação da vítima, ante a divulgação de notícia de um fato inverídico, o dever de indenizar se impõe.

Dispõe o art. 5º, V, da CF que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

Na fixação de danos morais, o magistrado deve utilizar-se dos “critérios da prudência e do bom senso e levando em estima que o quantum arbitrado representa um valor simbólico que tem por escopo não o pagamento do ultraje, mas a compensação moral, a reparação Satisfativa devida pelo ofensor ao ofendido” (TJPR – 1ª Turma Cível – APC 19.411-2 – Rel. Oto Luiz Sponholz).

Recurso da autora parcialmente provido, e recurso do réu não provido.

(Acórdão 522370, 20050110741674APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/07/2011, Publicado no DJE: 04/08/2011. Pág.: 136).

No que concerne à condenação à retratação pública, não merece prosperar, pois não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Não se mostra juridicamente possível delinear tal obrigação, pois não há como obrigar alguém a manifestar-se de determinada maneira, seja para retratar-se ou não.

A ofensa é passível de indenização, conforme já delimitado nos presentes autos, admitindo-se, outrossim, o direito de resposta proporcional ao agravo (CF, art. 5º, V), a ser exercido pelo próprio ofendido, de modo a esclarecer as acusações proferidas pelo ofensor.

O direito de resposta, portanto, está assegurado na Constituição, mas tendo em vista a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 130, não mais cabível a imposição da obrigação dos veículos de comunicação da publicação de sentenças.

Nesse sentido, recente decisão liminar da Ministra Rosa Weber, do STF, na Reclamação 15.681¹, que reforma parte da condenação confirmada pelo TJDF em 2007, em ação movida por membros do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, contra a empresa Folha da Manhã S.A., que determinou a publicação do inteiro teor da sentença na qual houve condenação por danos morais.

Na referida decisão, a Ministra ressalta que o único embasamento legal para a publicação da sentença era a Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa), declarada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em decisão do STF.

Por todo o exposto, CONHEÇO dos recursos principal e adesivo. DOU PROVIMENTO AO APELO ADESIVO DO AUTOR para majorar o valor fixado a título de danos morais para o importe de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Prejudicado o apelo do réu. No mais, mantenho íntegra a r. sentença recorrida, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer. Julgar prejudicado o recurso principal e dar parcial provimento ao recurso adesivo. Unânime.

1 RCL 15.681. Origem: DF. Rel. Min. Rosa Weber. DJE 38, em 21.02.2014.

APELAÇÃO CÍVEL

2013011079403-5

Relator – Des. Cruz Macedo

Quarta Turma Cível

EMENTA

Civil e processo civil. Ação de reparação de danos. Palavras de baixo calão. Ofensas dirigidas por professor a aluna no ambiente de ensino. Sala de aula. Dano moral configurado. Desnecessidade da prova do prejuízo. Fixação do *quantum*. Proporcionalidade e razoabilidade.

1. Configura ato ilícito, apto a justificar reparação por danos morais, a atitude do professor que profere diversas palavras de baixo calão contra aluna, de modo ofensivo e em tom de voz alterado, reagindo à atitude da discente que, agindo dentro de seu direito, solicita revisão de menção atribuída à sua prova.

2. Na ação de indenização por danos morais, em se tratando de ofensas proferidas contra a autora-aluna, dentro da instituição de ensino, não se faz necessária a prova do prejuízo, sendo suficiente para a procedência a constatação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ofensor. Precedente do STJ.

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. Recurso não provido.

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, Arnaldo Camanho de Assis – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador

Fernando Habibe, em proferir a seguinte decisão: negar provimento ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ASSOCIAÇÃO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO – ASSUPERO em face da r. sentença proferida pelo Juízo da Quarta Vara Cível de Brasília (fls. 88/93) que, nos autos da ação de reparação de danos morais movida por C.F. DA S.S., julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar à autora o importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescidos de correção monetária, a partir da data da sentença, e de juros de mora de 1% (um por cento), a partir do evento danoso.

A requerida foi condenada ainda a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Em suas razões (fls. 95/108), sustenta a apelante que as palavras proferidas pelo professor possuíam um tom anedótico e jocoso, o que não configura danos morais, além de ser a autora pessoa adulta que não pode se deixar abalar por situações como aquela descrita nos autos, mormente em se considerando tratar-se de palavras “comuns e corriqueiras na sociedade brasileira” (fl. 99).

Discorre sobre o longo tempo transcorrido desde o fato até a interposição da presente lide, alegando que tal fato demonstra que a autora não sofreu os danos morais descritos.

Prossegue aduzindo que os danos morais se caracterizam somente em constrangimentos acima da normalidade, o que não se comprovou na espécie. Colaciona precedentes jurisprudenciais que entende amparar sua tese.

Por fim, impugna o valor fixado na r. sentença a título indenizatório, sustentando ser exorbitante, em franca ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Requer o provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença, excluindo-se a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, ou, alternativamente, seja reduzido o montante arbitrado na condenação.

Contrarrazões às fls. 114/117, pugnando pela confirmação da r. sentença.

Preparo regular à fl. 110.

É o relatório.

VOTOS

Des. Cruz Macedo (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Irretocável a r. sentença.

Com efeito, do conjunto probatório trazido aos autos, infere-se a ocorrência das ofensas verbais perpetradas pelo professor em desfavor da apelada, na presença de diversas pessoas, eis que se encontravam as partes em ambiente de ensino.

Embora negue a recorrente, a testemunha demonstra que o professor proferiu diversas palavras de baixo calão referindo-se à apelada, de modo bastante ofensivo e em tom de voz alterado, conforme depoimento de fl. 73, restando, pois, indene de dúvidas o ato lesivo praticado pelo Requerido.

A dinâmica dos fatos, ao invés de corroborar com a tese da apelante – de que se tratava de palavras jocosas e anedóticas – demonstra somente o despreparo emocional do profissional para lidar com situações corriqueiras ao ambiente de ensino, principalmente em se tratando de revisão de prova, ao qual já deveria estar acostumado. Ora, é de sabença comum que um professor atuante, na qualidade de docente, deve estar preparado para lidar com diversas situações de *stress*, acima da normalidade.

Entendo que a autora agiu dentro de seu direito, ao pleitear a revisão da menção atribuída à sua prova, enquanto o professor, por sua vez, sem qualquer justificativa plausível, passou a proferir palavras de baixo calão, quais sejam: “Se você quer moleza, sinta no pau do M., com todo respeito a ele, pois é meu chefe”, que

caracterizaram ato ilícito, estando presente, portanto, a obrigação de indenizar, nos termos do que dispõe a legislação.

Na espécie, tenho que restaram demonstrados os fundamentos suficientes à imposição do dever de reparar, caracterizados pela situação que infligiu à autora a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interferiu no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem estar, bem como o nexo de causalidade pela conduta do Réu.

O dano moral em si independe de prova. Presumem-se os danos morais experimentados pela Autora, cuja caracterização se satisfaz com a mera ocorrência do ato ilícito, não sendo necessária a demonstração efetiva do prejuízo.

Já se manifestou o c. STJ no sentido de que: “a jurisprudência desta Casa está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo concreto” (Resp 196.024-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 02.08.99). E mais. “Está assentado na jurisprudência da Corte que “não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam”. (Resp 204.786-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12.02.2001).

Em casos análogos, assim decidiu esta Corte de Justiça:

“(...) A depreciação dos chamados ‘direitos da personalidade’, como móvel do reconhecimento do pedido compensatório moral, resta efetivamente demonstrada, haja vista que foram aviltadas as honras subjetiva e objetiva da parte recorrida, por força dos xingamentos, em público, que lhe foram dirigidos pelo recorrente. Não há como se rotular tais fatos de meros transtornos hodiernos, inerente à vida em sociedade, mesmo porque não é isso que se espera em situações desse jaez, em que a parte recorrente, tomada por raiva incontida, resolve se dirigir ao local de trabalho da recorrida e lhe propagar impropérios injustificados, evidenciando-se, desta feita, ato ilícito com potencialidade lesiva suficiente a desarticular os seus vetores morais. (...) (20090310249502ACJ, Relator ARILSON RAMOS DE ARAUJO, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUI-

ZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, julgado em 30/08/2010, DJ 02/09/2010 p. 281)“ [destaques não constantes do original]

“CIVIL. DANO MORAL. PALAVRAS DE BAIXO CALÃO. INDENIZAÇÃO. 1. O emprego de palavras de baixo calão afeta os sentimentos do ofendido, proporcionando a esse um abalo emocional, eis que atinentes à honra subjetiva e a dignidade. 2. O quantum indenizatório para compensação de dano moral não se sujeita a regras preestabelecidas. Deve prevalecer o bom senso do julgador, atento ao binômio reparação-prevenção. Apelo provido. Unânime. (20010710101485APC, Relator VALTER XAVIER, 1ª Turma Cível, julgado em 19/05/2003, DJ 29/10/2003 p. 38)“ [destaques não constantes do original]

A indenização do dano moral tem o caráter não só de compensar a dor, mas também de penalização e de prevenção para evitar a reincidência. Tal compensação deve ser fixada levando-se em conta a situação econômica das partes e a culpa do ofensor, bem como a repercussão do dano na vida do ofendido.

Conforme já me manifestei, 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.

Nesse quadro, entendo que se mostra adequada a indenização fixada pela r. sentença no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), patamar que se mostra adequado a satisfazer a justa proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano moral sofrido pela autora, subsumindo-se aos princípios acima descritos, eis que fixada em patamar equilibrado, prestando-se assim ao caráter compensatório e inibidor a que se propõe a ação de reparação por danos morais, nos moldes estabelecidos na Constituição.

Ressalte-se que não há falar em afastar a condenação ou mesmo reduzir o montante fixado em razão de a autora somente ter ajuizado a ação após dois anos do fato, eis que o Código Civil, em seu art. 206, § 3º, inciso V, lhe assegura o prazo

de 03 (três) anos para tanto, sem qualquer ressalva, sendo, portanto, descabida tal assertiva.

Desse modo, a r. sentença não está a merecer qualquer reparo.

■ ■ DISPOSITIVO

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença.

É como voto.

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

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

■ ■ DECISÃO

Negar provimento ao recurso, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2012061003715-0

Relator – Des. Teófilo Caetano

Primeira Turma Cível

EMENTA

Civil e processual civil. Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos. Parcelamento irregular do solo. Condomínio Alto da Boa Vista. Unidades. Comercialização. Situação em área de proteção permanente. Área de Proteção de Manancial – APM Mestre D’armas. Aquisição. Frustração. Realocação da unidade. Inviabilidade. Rescisão do negócio. Indenização. Perdas e danos. Compreensão. Alcance. Importe equivalente a unidade similar em condições de uso e fruição. Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. Celebração pela vendedora. Descumprimento. Ação. Alcance restrito aos litigantes. Interesse público. Inexistência. Competência. Justiça comum. Litisconsórcio necessário. Inserção de outros condôminos na relação processual. Descabimento. Provas. Desnecessidade. Julgamento antecipado. Agravos retidos desprovidos.

1. A lide cuja composição é integrada por pessoa física e pessoa jurídica de direito privado e cujo objeto, derivando do negócio que firmaram, é restrito às suas pessoas, não despertando interesse público, não se enquadra em nenhuma das hipóteses que atraem a competência da Justiça Federal (CF, art. 109), notadamente porque o fato de a sociedade empresária ter firmado Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, do qual participaram órgãos públicos federais e fora içado como substrato da comprovação da inadimplência em que incidira, não determina que os órgãos subscritores do ajustamento participem da relação processual, pois não alcança qualquer pretensão destinada à invalidação do ajustamento ou mitigação das obrigações que encerra.

2. Adstrito o objeto da lide à resolução dos efeitos derivados do negócio entabulado entre a empreendedora e o adquirente de imóvel situado em parcelamento lançado à margem das exigências legais – Condomínio Alto da Boa Vista –, não

afetando sua resolução, por conseguinte, o direito dos demais adquirentes das unidades comercializadas e detentores da qualidade de condôminos, resta patente que não se aperfeiçoa a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre a empreendedora e dos demais adquirentes, mormente porque a resolução da lide sob a moldura almejada afetará exclusiva e tão somente a empreendedora (CC, art. 47).

3. Sobejando incontroverso o que de relevante poderia ser aferido para resolução da lide, pois incontestável que à parte autora fora prometida a venda unidade situada em loteamento irregularmente lançado e o negócio fora frustrado em razão de a fração estar situada em área de proteção permanente, restando inviabilizada, outrossim, a destinação de outra unidade em seu favor em substituição à prometida, o processo resta guarnecido do indispensável à elucidação da pretensão aduzida pelo adquirente almejando modular os efeitos da inviabilização do negócio, determinando que as provas reclamadas pela parte ré, porque completamente inúteis e inservíveis, sejam indeferidas como expressão do devido processo legal e do objeto teleológico do processo.

4. Apurado que, prometido à venda unidade situada em parcelamento lançado à margem das exigências legalmente estabelecidas – Condomínio Alto da Boa Vista –, o negócio restara inviabilizado por estar a fração inserida em área de preservação permanente – Área de Proteção de Manancial – APM Mestre D’Armas –, implicando o fato o desfazimento do negócio ante a ilicitude do seu objeto, a inviabilidade de oferecimento ao adquirente de outra unidade em condições de ser usada na forma almejada determina, como corolário do desfazimento do vínculo, o retorno das partes ao estado anterior ao negócio e, ainda, a compensação das perdas e danos experimentados pelo adquirente, que, ante as nuances do caso, são representados pela valorização da unidade que lhe fora prometida, devendo a indenização que lhe é devida, portanto, ser mensurada com parâmetro no valor de mercado atual de unidade similar à prometida, mas passível de uso e gozo, consoante a exata dicção do art. 402 do Código Civil.

5. O estabelecido em Termo de Ajustamento de Conduta – TAC firmado pela empreendedora como forma de viabilizar a regularização do empreendimento imobiliário que lançara e resguardar os direitos dos adquirentes das unidades que comercializara, ao definir a indenização mínima resguardada aos compradores

cujos negócios restaram frustrados, não implica modulação das indenizações efetivamente cabíveis aos adquirentes frustrados, notadamente porque não podem ter seus direitos restringidos por negócio do qual não participaram, legitimando que, frustrada a aquisição prometida, reclamem a composição dos prejuízos que experimentaram no molde assegurado pelo legislador civil.

6. Agravos retidos e apelação conhecidos e desprovidos. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Teófilo Caetano – Relator, Simone Lucindo – Revisora, Alfeu Machado – Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Simone Lucindo, em proferir a seguinte decisão: conhecer da apelação, conhecer e negar provimento ao agravo retido e negar provimento ao apelo, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação¹ interposta por Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda. objetivando a cassação ou reforma da sentença² que, julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais manejada em seu desfavor por R.J.S., condenara-a a proceder à realocação da unidade habitacional adquirida pelo apelado no parcelamento de terra por ela empreendido e intitulado Condomínio Alto da Boa Vista, no prazo de trinta dias, vez que situada em Área de Proteção de Mananciais Mestre D'Armas (APM Mestre D'Armas), ou, se inviabilizada a realocação, a indenizá-lo pelo equivalente ao valor mercado da fração negociada, conforme se apurar em liquidação de sentença tomando-se como parâmetro o preço de unidade similar. Ao final, em face da sucumbência recíproca, fora determinado que cada parte ar-

1 – Apelação, fls. 536/559.

2 – Sentença, fls. 527/534.

que com os honorários de seus respectivos patronos e, ainda, com metade das custas processuais.

Irresignada, a apelante postula a cassação do decidido, pugnando, preliminarmente, pelo exame dos agravos retidos que interpusera no fluxo processual almejando o acolhimento das preliminares de incompetência do juízo e de necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário que suscitara, e, outrossim, a realização das provas testemunhais e periciais que reputara indispensáveis à resolução da controvérsia, consubstanciadas na demonstração sobre a exata localização de todos os lotes desconstituídos, seus valores de mercado e a validade da lista de realocação formulada em assembleia extraordinária do condomínio.

No mérito, reprisara os argumentos expendidos na defesa, sustentando que considerável parcela da área do imóvel que parcelara fora desapropriada em favor da Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal (CAESB) e que os adquirentes dos lotes situados em tal área foram cientificados acerca dessa restrição, tendo-lhes sido assegurado o direito à realocação ou a indenização, mediante o Termo de Ajustamento de Conduta³ que firmara com Distrito Federal, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e com o Condomínio Alto da Boa Vista. O referido TAC, firmado em outubro de 2007, objetivara a regularização do parcelamento que levava a efeito e resguardo dos direitos dos adquirentes das frações negociadas, visto que grande parte da extensão do imóvel parcelado está situado em Área de Proteção de Mananciais Mestre D’Armas (APM Mestre D’Armas). Destacara que, todavia, a realocação não fora tratada como direito potestativo dos condôminos, anotando, ainda, a impossibilidade de proceder ao remanejamento de todos os adquirentes de lotes, a exemplo do apelado, sem que outros adquirentes sejam prejudicados.

Pontuara, também, a impossibilidade de proceder à indenização devida pelo valor de mercado da fração adquirida pelo apelado, uma vez que a redução dos lotes comercializados gerara-lhe enorme prejuízo, ficando comprometida, por força do referido TAC, a restituir as parcelas pagas por todos os adquirentes que se encontrarem em situação análoga, acrescidas de correção monetária. Com fulcro

3 - Fls. 54/102.

nesses fundamentos, alegara que a indenização deveria ser arbitrada conforme a cláusula 2ª do referido termo de ajustamento de conduta, calculando-se o valor devido mediante a soma das prestações pagas, atualizando-se o montante desde o momento da quitação das parcelas, destacando que a expressão “*pelo menos, pelo valor das prestações pagas*” contida em aludida cláusula, além de não representar direito potestativo dos adquirentes, considerara os casos em que seria necessária a indenização das construções que porventura tivessem sido erigidas nos lotes desconstituídos.

Prosseguira enfatizado que a estipulação do valor da indenização considerando-se unicamente o que fora despendido pelos adquirentes dos lotes fundamentara-se, inclusive, na jurisprudência pacífica desta Corte, segundo a qual, em se tratando de “condomínio irregular, o objeto do contrato é ilícito e, portanto, as partes devem retornar ao *status quo ante*”, motivo pelo qual pugnara pela limitação do valor a ser ressarcido ao apelado ao montante de R\$ 1.891,01 (hum mil oitocentos e noventa e um reais e um centavo), correspondente à importância por ele desembolsada para a aquisição do lote desapropriado.

Devidamente intimado, o apelado apresentara suas contrarrazões⁵ ao apelo interposto querendo, em suma, o desprovimento do recurso.

O apelo é tempestivo, está subscrito por advogados regularmente constituídos, fora preparado e devidamente processado⁶.

É o relatório.

VOTOS

Des. Teófilo Caetano (Relator) – Cabível, tempestivo, preparado, subscrito por advogados devidamente constituídos, suprindo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conheço do apelo.

4 – Fl. 556.

5 – Contrarrazões, fls. 564/578.

6 – Instrumentos de mandato e substabelecimentos de fls. 191, 376; guia de custas e comprovante de pagamento à fl. 560.

Cuida-se de apelação interposta por Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda. objetivando a cassação ou reforma da sentença que, julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais manejada em seu desfavor por R.J.S., condenara-a a proceder à realocação da unidade habitacional adquirida pelo apelado no parcelamento de terra por ela empreendido e intitulado Condomínio Alto da Boa Vista, no prazo de trinta dias, vez que situada em Área de Proteção de Mananciais Mestre D'Armas (APM Mestre D'Armas), ou, se inviabilizada a realocação, a indenizá-lo pelo equivalente ao valor mercado da fração negociada, conforme se apurar em liquidação de sentença tomando-se como parâmetro o preço de unidade similar. Ao final, em face da sucumbência recíproca, fora determinado que cada parte arque com os honorários de seus respectivos patronos e, ainda, com metade das custas processuais. Almeja a apelante, a seu turno, a cassação do provimento originário e a realização das provas que reputara indispensáveis à resolução da lide, ou, sucessivamente, a reforma do decidido e a consequente limitação do valor devido ao apelado a título de indenização em virtude da impossibilidade de realocação do lote que adquirira.

Delimitada a *quaestio iuris* submetida à apreciação colegiada, passo, prefacialmente, ao exame dos agravos retidos⁷ interpostos pela apelante, pois postulara seu conhecimento por ocasião da apresentação das suas razões de recurso. O primeiro agravo fora aviado em face da decisão⁸ que não reconhecera a incompetência do juízo e, na mesma ocasião, refutara a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário composto pelos demais titulares de unidades inseridas no Condomínio Alto da Boa Vista. A apelante aventara que a justiça comum seria incompetente para o julgamento da lide, pois, ao contrário do que restara asseverado pela ilustre magistrada de piso, o direito postulado pelo apelado "deriva de um instrumento de licenciamento ambiental", do qual emanaram diversas obrigações assumidas por todos os seus subscritores e que, caso sejam descumpridas, ensejarão prejuízo ambiental irreparável. Pontuara, ainda, que o Termo de Ajustamento de Conduta anteriormente firmado continha cláusula de eleição de foro, a qual reputara como competente a Justiça Federal para processar e julgar as questões

7 - Fls. 383/402, e 472/474.

8 - Fls. 357/358.

relacionadas ao seu fiel cumprimento, e aduzira que o empreendimento situa-se na Área de Preservação Ambiental (APA) do Planalto Central, razões pelas quais reputara como incompetente o juízo sentenciante e a Justiça Comum.

A argumentação desenvolvida pela apelante, contudo, carece de respaldo material. Como é cediço, a competência funcional reservada à Justiça Federal encontra-se delimitada pelo art. 109 da Constituição Federal. A seu turno, a matéria posta em debate nesta lide não se amolda a nenhuma das hipóteses encampadas por aquele dispositivo. O litígio estabelecido nesta sede, conforme pontuado, originara-se de relação jurídica estabelecida entre particulares, tendo, em um de seus vértices, pessoa jurídica de direito privado, que comercializara frações de terras em empreendimento imobiliário, e do outro, pessoa física adquirente de duas dessas frações. Outrossim, a lide não envolve interesse público, consoante se afere das manifestações exaradas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) e pela União Federal⁹.

Demais disso, há que se ressaltar que as questões ambientais inerentes à implementação do empreendimento comercializado foram tratadas no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC firmado pela apelante¹⁰, obrigando somente ela, na condição de empreendedora, e o empreendedor (o Sr. F.S.F.), como únicos responsáveis pela viabilidade do loteamento que colocaram à venda. A seu turno, nesta sede não se debate a legitimidade ou eficácia desse instrumento, almejando-se tão somente a execução do convencionado pois afetara a esfera jurídica do apelado, tornando inviável que usufruísse das unidades que lhe foram vendidas. Conforme alinhado, almeja o apelado tão somente e exclusivamente a cominação da obrigação assumida pela apelante de efetuar a realocação das unidades que adquirira ou, na impossibilidade de realizá-la, proceder à indenização correspondente, o que não encerra nenhum debate sobre a legitimidade e alcance de aludido instrumento de ajustamento.

Para corroborar o aduzido, colhem-se os seguintes excertos retirados do referido Termo de Ajustamento de Conduta:

"CLÁUSULA SEGUNDA

9 – Fls. 332 e 352/355.

10 – Fls. 54/102.

A EMPREENDEDORA e o EMPREENDEDOR, solidariamente, assumem as seguintes obrigações de fazer:

(...)

VII – notificar, no prazo de 60 (sessenta) dias, os adquirentes de lotes localizados no interior da APM Mestre D’Armas, na forma determinada no artigo 49 da Lei 6.766/1979, com o escopo de cientificá-los da existência do presente acordo.

VII – realocar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da notificação, os adquirentes de lotes originalmente localizados no interior da APM Mestre D’Armas, para lotes em outras áreas do novo projeto urbanístico, se possível, arcando com os custos dessa operação.

IX – indenizar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da notificação, os adquirentes de lotes localizados no interior da APM Mestre D’Armas que não puderem ou não quiserem ser realocados, pelo menos, pelo valor das prestações pagas atualizadas monetariamente desde o momento da quitação.”¹¹

Ademais, aliado ao fato de que a controvérsia cinge-se às pessoas dos litigantes, deve se destacar, também, que a documentação carreada aos autos pela própria apelante denota que não há que se falar em interesse público no desenlace da lide. Agregado ao fato de que em diversos trechos do memorial descritivo de regularização de parcelamento¹² encontra-se expressa a referência de que as terras nas quais fora implementado o novo projeto urbanístico do Condomínio Alto da Boa Vista são de propriedade particular, o que sobeja é que o apelado almejado tão somente o cumprimento das obrigações que assumira e lhe estão afetadas como empreendedora. Confira-se, a título ilustrativo, o que consignara a apelante:

“Segundo os pareceres abaixo descritos, constantes no processo de nº 030.017.242/92 e no Tremo (sic) de Ajustamento de Conduta – TAC, a gleba

11 – Fls. 77/80.

12 – Fls. 216/257.

encontra-se inserida no imóvel em terras de propriedade particular e não desapropriada.

(...)

Consta, também, nos autos da Ação Civil Pública 2001.01.1.014495-0, transitada em julgado e ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, perante a Vara de Registros Públicos do DF, que a gleba é de domínio particular do espólio de V. L. da F. e de A. C. da F.”¹³

Ante o aduzido, não há que se falar em incompetência da justiça comum para o processamento e julgamento da demanda em epígrafe, pois, aliado ao fato de que suas angularidades não são compostas por nenhuma das pessoas jurídicas de direito público que têm foro restritivo à Justiça Federal, não se divisa interesse jurídico que exorbite a pessoa dos litigantes. Do mesmo modo, no que tange à pretensa necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, melhor sorte não assiste à apelante. Tendo em vista o teor do artigo 47 do Código de Processo Civil, duas são as razões para a formação do litisconsórcio passivo necessário: (I) a primeira advém de imposição legal, ou seja, a necessidade decorre da simples vontade da lei; (II) a segunda, quando, em razão da natureza incindível da relação jurídica de direito material, o resultado do processo deva reger de maneira idêntica a situação de cada litigante. Nenhuma dessas situações se divisa na espécie, tornando inviável se cogitar da necessidade de os demais adquirentes de lotes no Condomínio Alto da Boa Vista integrarem a relação processual.

Conforme já pontuado acima, a lide alcança exclusivamente apelante e apelado, e, de sua parte, os critérios utilizados para a realocação dos terrenos situados na área desapropriada não foram objeto de deliberação da assembleia geral de condôminos, mas apenas apresentados pela empreendedora e pelo empreendedor – que também é administrador e gerente¹⁴ da apelante, o Sr. F.S.F. –, conforme se afere da ata da sexagésima primeira assembleia geral extraordinária do condomínio¹⁵:

13 – Fl. 222.

14 – Instrumentos particulares de alteração e consolidação do contrato social da apelante, às fls. 414/428.

15 – Fls. 268/272.

"(...) o Sr. F. informou aos condôminos que foi entregue a relação de condôminos proprietários de lotes localizados na APM Mestre D'Armas a serem realocados. Para a referida realocação seriam obedecidos os seguintes critérios: Inicialmente todos os condôminos proprietários de lotes na APM Mestre D'Armas seriam realocados na proporção de 1 (um) lote por condômino. A ordem de transferência obedecerá a data da primeira venda da Martinez ao condômino. Para pleitear a realocação, o condômino deverá comprovar estar em dia com a Martinez, com as obrigações condominiais e com o IPTU. Relatou ainda a necessidade de atualização do endereço dos lotes localizados nas quadras 206 e 207, tendo em vista que no novo urbanismo aprovado pelo GDF, tiveram o endereçamento alterado. Informou ainda que os condôminos, nas próximas semanas estarão sendo convocados para referidas realocações e alterações de endereço."

Sob essa ótica, tem-se por desnecessário a formação do litisconsórcio passivo necessário entre a apelante e os demais adquirentes de lotes situados no empreendimento por ela comercializado, e pelo mesmo fundamento, não haveria que se falar na violação de ato soberano de deliberação assemblear. É que, frise-se, a resolução da lide não ensejará nenhum efeito a nenhum outro condômino além do apelado nem deriva o pedido de qualquer decisão assemblear. As questões em debate, ademais, não são inéditas, sendo que essa Corte de Justiça vem conferindo idêntica resolução à ora empreendida aos enfrentá-las, consoante atestam os arestos adiante ementados:

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. VENDA DE LOTES EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DA REALOCAÇÃO DE TODOS OS ADQUIRENTES DE LOTES DO APM MESTRE D'ARMAS. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. VALORIZAÇÃO DE MERCADO. RECURSO DESPROVIDO 1. Não versando a questão sobre uma das hipóteses previstas no art. 109, CF, a competência não pode ser atribuída à Justiça Federal que tem seu rol estabelecido no texto constitucional. 2. Há duas hipóteses de formação de litisconsórcio necessário. Quando a lei assim estabelece ou quando a causa tiver que ser decidida, pela natureza da relação jurídica discutida, de uma única forma para todos. 3. É obrigação da vendedora entregar os lotes nas

condições que possam ser usufruídos pelo comprador. Não sendo possível, por qualquer motivo, resta a possibilidade de conversão em perdas e danos. 3.1 Havendo loteamento imobiliário em área de proteção de mananciais, como é o caso em análise, devem os adquirentes destes lotes, em área proibida de ocupação, serem realocados em área em que possa ser habitada ou indenizar por perdas e danos. 4. Não sendo possível a realocação dos lotes vendidos em área de proteção, a indenização será feita com base no valor de mercado. 5. Precedente da Casa. 5.1 1. Reconhecido o vínculo contratual entre as partes pelo instrumento de compromisso de cessão de transferência imobiliária de um imóvel comercial de 250m², alienado pela apelante à apelada, no condomínio Alto da Boa Vista, em Sobradinho/DF, e verificando que o lote situa-se em área de manancial, surge para a apelada a possibilidade de ser realocada ou indenizada por perdas e danos. 2. Inadmissível a alteração das características do imóvel, de comercial para residencial, sem a anuência da adquirente-apelada. Correta a sentença que determinou a realocação da apelada em outro imóvel comercial, no mesmo condomínio. 3. Mantém-se, na impossibilidade de realocação da apelada, a conversão da obrigação em perdas e danos, pelo preço do imóvel no mercado, por arbitramento. O dever de reparar o prejuízo é medida que se impõe. 4. O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, assinado em conjunto com o MPF, MPDFT, IBAMA e a Associação do Condomínio Alto da Boa Vista, teve conteúdo administrativo, não vinculativo para a apelada, não tendo o condão de ilidir o direito postulatório da apelante de buscar a reparação devida pelo prejuízo suportado, perante o Judiciário (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). 5. Recurso conhecido e desprovido.’

(Acórdão 681741, 20090610127928APC, Relator: Lucimeire Maria da Silva, 1ª Turma Cível, DJE: 23/11/2011. Pág.: 97).

6. Recurso desprovido.”

(Acórdão 681741, 20110610023824APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/05/2013, Publicado no DJE: 05/06/2013. Pág.: 317)

“PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. TAC. REALOCAÇÃO DE UNIDADES LOCALIZADA EM CONDOMÍNIO. NOVO PRO-

JETO URBANÍSTICO. CONTENDA EMINENTEMENTE PRIVADA. VARA DO MEIO AMBIENTE, DESENVOLVIMENTO URBANO E FUNDIÁRIO DO DISTRITO FEDERAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DE QUESTÃO AMBIENTAL. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA CÍVEL. 1. Definida a matéria como um mero accertamento de obrigações assumidas entre particulares, que não envolve interesse público direto, tampouco discussão a respeito do meio ambiente, a Turma concluiu que a competência para o julgamento da ação é da Vara Cível, e não da Vara de Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal. 2. Demonstrado que o direito perseguido consiste em uma simples obrigação de fazer assumida pela Empresa Agravada em um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, criado para regularizar o empreendimento, o qual foi efetivamente regularizado pelo Poder Público, não há que se falar em competência da Justiça Federal. 3. Deu-se provimento ao recurso para declarar competente a Vara Cível.” (Acórdão 549822, 20110020167919AGI, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/11/2011, Publicado no DJE: 29/11/2011. Pág.: 79)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS. INTERESSE ENTRE PARTICULARES. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL POR NÃO VIOLAÇÃO AO MEIO AMBIENTE. I – Verificando-se que a relação obrigacional, objeto da lide, existente em Termo de Ajuste de Conduta, demonstra interesse apenas entre particulares, o feito deve ser processado e julgado no Juízo Cível. II – Inexistindo interesse público quando a relação obrigacional não versa sobre ocupação irregular do solo urbano e não provoca dano ao meio ambiente, não há se falar em competência da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do DF para processar e julgar o feito. III – Agravo de instrumento provido.” (Acórdão 547636, 20110020166697AGI, Relator: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/11/2011, Publicado no DJE: 17/11/2011. Pág.: 181).

Feitas essas considerações, desprovejo o agravo retido manejado pela apelante contra a decisão que refutara a arguição de incompetência que aduzira e refutara a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário composto pelos demais titulares de unidades integrantes do Condomínio Alto da Boa Vista.

O segundo agravo, a seu turno, fora interposto em face da decisão que indeferira a produção de prova oral e pericial que requerera a apelante com o escopo, segundo declinara, de demonstrar a exata localização de todos os lotes desconstituídos, seus valores de mercado e a validade da lista de realocação formulada em assembleia extraordinária do Condomínio Alto da Boa Vista. Todavia, em que pese a irrisignação agitada no agravo retido, o exame cuidadoso dos autos revela que a colheita das provas orais e periciais aventadas pela apelante é inteiramente dispensável, haja vista a finalidade para a qual foram reclamadas.

Segundo emerge dos autos, o apelado adquirira duas frações de terreno no empreendimento comercializado pela apelante – loteXX, do Conjunto XX, e loteXX, do Conjunto XX, ambos na Quadra 107 do Condomínio Alto da Boa Vista, na cidade de Sobradinho/DF. Ambas as unidades, a exemplo de diversos outros lotes por ela comercializados, estavam localizadas na Área de Preservação Permanente Mestre D’Armas (APM Mestre D’Armas). Em virtude disso, grande parte da área destinada ao empreendimento fora desapropriada, resultando na entabulação do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC referido, através do qual a apelante assumira a obrigação de cientificar todos adquirentes de lotes situados na referida área de proteção permanente no prazo de sessenta dias e, decorridos seis meses da notificação, promover a realocação dos terrenos, ou, na impossibilidade de fazê-lo, proceder à indenização dos seus respectivos proprietários. Sob essa realidade não subsiste matéria de fato pendente de elucidação.

O cotejo dos autos denota que uma das frações adquiridas pelo apelado não fora realocada para a área do novo projeto urbanístico do Condomínio, defendendo a apelante, quanto ao terreno remanescente, a limitação da indenização devida ao valor correspondente ao que fora despendido pelo apelado, devidamente corrigido desde a sua quitação. De tudo o que fora alinhavado sobeja que, com efeito, as provas reclamadas, conforme mencionado alhures, revelam-se irrelevantes para o desate da controvérsia. É que, aliado ao fato de que inexiste dúvida de que o apelado de fato adquirira dois lotes de terreno no empreendimento comercializado pela apelante, e que apenas uma das frações de terra fora realocada para a área destinada ao novo projeto urbanístico do Condomínio no qual se situam, o conjunto fático-probatório carreado aos autos tornara incontroversos os fatos dos quais germinaram a pretensão.

Com efeito, apreendida a aquisição das unidades e patenteado que, diante da sua localização em local impossível de parcelamento, somente uma delas pudera ser realocada, os efeitos do descumprimento do convencionado em aludido instrumento consubstancia matéria exclusivamente de direito, inclusive quanto aos critérios de indenização do apelado em face da frustração da aquisição que lhe fora prometida. Deve ser anotado que os autos estão forrados de extensa documentação sobre toda a negociação realizada, contendo, ainda, a íntegra do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a apelante e diversos outros órgãos e entidades, no qual constaram expressamente todas as obrigações que deveria adimplir de forma a conferir viabilidade ao empreendimento. Sob essa realidade, o indeferimento das provas requestadas não implica em violação ao princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional nem cerceamento de defesa.

Alinhadas tais premissas, resta acentuar que as provas possuem como destinatário o juiz, vez que sua finalidade não é outra senão a de lhe possibilitar a formação da convicção e, nos dizeres de Vicente Greco Filho, “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico, sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz”¹⁶. Sob essa moldura, sobeja a inferência de que as provas que reclamara a apelante são inteiramente desnecessárias para o deslinde da demanda, posto que destinadas a comprovar fatos impassíveis de controvérsia, sendo, pois, inaptas a fomentarem o processo com quaisquer elementos aptos a subsidiarem a elucidação do conflito surgido sobre a realocação da fração de terras adquirida pelo apelado ou, na impossibilidade de fazê-lo, na necessidade de efetuar-se o pagamento da indenização devida.

Esteado nesses argumentos e afigurando-se inteiramente despiciendo o alinhamento de quaisquer outras considerações, desprovejo o agravo retido manejado pela apelante no pertinente ao indeferimento das provas que reclamara, passando a examinar o mérito.

Afere-se do aduzido que o objeto do apelo, pautado pela matéria que fora devolvida a reexame como expressão do inconformismo da apelante, cinge-se aos critérios que devem pautar a indenização devida ao apelado em virtude da

16 – *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 2. 16. ed. Ed. Saraiva. p. 182.

impossibilidade de realocação de um dos lotes que adquirira no empreendimento lançado pela apelante e intitulado Condomínio Alto da Boa Vista, na cidade de Sobradinho/DF. Segundo o fixado pela sentença, frustrada a aquisição e a realocação, a indenização da unidade adquirida deve ser promovida pelo valor de mercado correspondente a uma fração de terreno semelhante à prometida à venda, enquanto a apelante defende que a indenização deve ser pautada pelo que fora por ele vertido.

Conforme defendera, a apelante pugna pela reforma do decidido ao fundamento de que não seria possível efetuar a indenização com espedeque nos critérios assentados, defendendo que a verba seja mensurada com lastro nas prestações adimplidas pelo apelado, devidamente corrigidas desde a data de sua quitação. A irresignação, contudo, não merece prosperar e a matéria novamente trazida à baila não comporta maiores digressões. De conformidade com o contexto fático-probatório colhido ao longo da demanda e, principalmente, cotejando-se os termos firmados na sentença, a apelante procedera à alienação de diversos lotes de terra em área de proteção ambiental, fato que, conseqüentemente, inviabilizara a regularização do parcelamento e do empreendimento por ela administrado no molde em que fora lançado. Ficara patente, portanto, que a apelante não cumprira a obrigação ínsita aos contratos de compra e venda de imóvel que celebrara com diversos adquirentes – e, em especial, com o apelado¹⁷ –, qual seja, de entregar-lhes os seus respectivos lotes em condições de uso e edificação.

Destarte, na impossibilidade de realocação de um dos lotes prometidos à venda ao apelante, posto que situado em área de preservação ambiental, restara patenteado o inadimplemento contratual da apelante, pois colocara no mercado e comercializara imóvel impossível de comercialização, pois impassível de fruição. A inviabilização do negócio jurídico implica a necessidade de retorno das partes ao estado anterior e, ainda, a compensação das perdas e danos experimentados pelo apelado, que, na hipótese, são representados pela valorização da unidade que lhe fora prometida, tomando-se como parâmetro unidade similar mas passível de uso e gozo, consoante a exata dicção do art. 402 do Código Civil, *verbis*:

17 – Fls. 27/53.

“Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Nessa ordem de ideias, não há como acolher o argumento defendido pela apelante ao afirmar que a realocação não seria direito potestativo do apelado, mormente porque a sentença arrostada não estabelecera a obrigatoriedade de tal procedimento, mas, ao revés disso, destacara a disposição constante na cláusula IX do próprio Termo de Ajustamento de Conduta, segundo a qual os adquirentes de lotes originalmente localizados no interior da APM Mestre D’Armas que não pudessem ou não quisessem ser realocados deveriam ser indenizados “pelo menos” pelo valor das prestações pagas e atualizadas monetariamente desde o momento da quitação. Quanto ao ponto, insta enfatizar que aludida cláusula estabelece, ao contrário do que fora defendido pela apelante, o critério mínimo de indenização devida aos adquirentes dos lotes que se encontrassem na situação descrita nos autos, não havendo, por conseguinte, impedimento legal para que o valor a ser restituído seja arbitrado consoante o preço de mercado das frações de terreno, conforme de compensação das perdas experimentadas pelo adquirente frustrado.

Nessa perspectiva, outro ponto contido nas alegações da apelante e que merece ser rechaçado diz respeito ao fato de que a expressão “pelo menos, pelo valor das prestações pagas”, contida no TAC não se remete aos casos em que seria necessária a indenização das construções que porventura foram erigidas nos lotes desconstituídos. Isso porque tal disposição fora expressamente prevista em outro item¹⁸ do termo de ajustamento de conduta, razão pela qual os argumentos expendidos pela apelante encontram-se inteiramente desprovidos de razoabilidade. Ademais, a previsão para o pagamento de valores mínimos estabelecida no TAC não possui qualquer efeito vinculante, posto que aludido termo possui natureza administrativa, não obstando, conseqüentemente, que o adquirente supostamente lesado pela conduta perpetrada pela apelante se valha do judiciário almejando

18 – “CLÁUSULA SEGUNDA: A EMPREENDEDORA e o EMPREENDEDOR, solidariamente, assumem as seguintes obrigações de fazer: (...)

X – ressarcir os OCUPANTES, no prazo de 6 (seis) meses, pelos danos decorrentes da demolição de suas edificações localizadas na APM Mestre D’Armas, em valores a serem estipulados entre as partes envolvidas, ou realizar outros ajustes compensatórios a serem apresentados ao MPF, MPDFT e IBAMA/DF.”

reparação que entenda mais justa pelo prejuízo experimentado. É que, não tendo participado de aludido ajustamento, não pode ter seus direitos cerceados pelo que nele ficara firmado. O entendimento acima externado é corroborado por diversos precedentes deste Tribunal de Justiça, conforme relatam os julgados abaixo transcritos:

“OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGRAVO RETIDO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. CONDOMÍNIO ALTO DA BOA VISTA. REGULARIZAÇÃO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. REALOCAÇÃO DE LOTES. INDENIZAÇÃO. VALOR DE MERCADO.

I – O indeferimento do pedido de dilação probatória não acarreta cerceamento de defesa, quando o processo está instruído com documentos suficientes para o deslinde do feito. Agravo retido desprovido. II – O imóvel adquirido pelo autor no Condomínio Alto da Boa Vista, por estar localizado dentro da Área de Proteção de Manancial Mestre D’Armas, foi desconstituído para fins de regularização, consoante Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), o que evidencia seu direito à realocação do lote para outra área no novo projeto urbanístico do Condomínio ou à correspondente indenização. III – A quantia indenizatória mínima prevista no TAC não obsta o cálculo da indenização com base no valor de mercado do lote, o qual deve ser observado, sob pena de gerar o enriquecimento sem causa. IV – Apelação desprovida.” (Acórdão 733586, 20120610057772APC, Relator: VERA ANDRIGHI, Revisor: ESDRAS NEVES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/11/2013, Publicado no DJE: 19/11/2013. Pág.: 177)

“CIVIL. LOTEAMENTO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS MESTRE D’ARMAS. TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC – COMPROMISSO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, O IBAMA/DF, O DISTRITO FEDERAL, OS COMPROMISSÁRIOS VENDEDORES E COMPRADORES. DEVER DA EMPRESA COMPROMISSÁRIA DE REALOCAR A ADQUIRENTE OU INDENIZÁ-LA POR PERDAS E DANOS PELO VALOR DO IMÓVEL AO PREÇO DE MERCADO, MANTIDA AS MESMAS CARACTERÍSTICAS DO IMÓVEL ADQUIRIDO – COMERCIAL E NÃO RESIDENCIAL. 1. Reconhecido o vínculo contratual entre as partes pelo instrumento de compromisso de cessão de transferência imobiliária de um imóvel comercial de 250m², alienado pela apelante à apelada, no condomínio Alto da Boa Vista, em Sobradinho/DF, e verificando

que o lote situa-se em área de manancial, surge para a apelada a possibilidade de ser realocada ou indenizada por perdas e danos. 2. Inadmissível a alteração das características do imóvel, de comercial para residencial, sem a anuência da adquirente-apelada. Correta a sentença que determinou a realocação da apelada em outro imóvel comercial, no mesmo condomínio. 3. Mantém-se, na impossibilidade de realocação da apelada, a conversão da obrigação em perdas e danos, pelo preço do imóvel no mercado, por arbitramento. O dever de reparar o prejuízo é medida que se impõe. 4. O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, assinado em conjunto com o MPF, MPDFT, IBAMA e a Associação do Condomínio Alto da Boa Vista, teve conteúdo administrativo, não vinculativo para a apelada, não tendo o condão de ilidir o direito postulatório da apelante de buscar a reparação devida pelo prejuízo suportado, perante o Judiciário (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). 5. Recurso conhecido e desprovido.” (Acórdão 547952, 20090610127928APC, Relator: LUCIMEIRE MARIA DA SILVA, Revisor: LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/11/2011, Publicado no DJE: 23/11/2011. Pág.: 97)

“CONDOMÍNIO LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS – TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. 1 – Sendo ilícito o objeto do negócio jurídico, por se encontrar o lote localizado em área de proteção de mananciais, impõe-se a extinção do vínculo com o condomínio, retornando as partes ao status quo ante. 2 – Nos termos do compromisso de ajustamento de conduta, o adquirente do lote poderá optar pela realocação ou indenização. 3 – Para a restituição das taxas condominiais, imprescindível a comprovação do pagamento, não bastando meras alegações. 4 – Recurso conhecido e parcialmente provido.” (Acórdão 352882, 20070610115765APC, Relator: HAYDEVALDA SAMPAIO, Revisor: ES-DRAS NEVES, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/04/2009, Publicado no DJE: 11/05/2009. Pág.: 191)

Do emoldurado, tem-se que a argumentação trazida no presente recurso não tem o condão de modificar o que fora decidido originalmente quanto à necessidade de realocação da unidade condominial adquirida pelo apelado para outra área do novo projeto urbanístico do Condomínio Alto da Boa Vista ou, na impossibilidade de fazê-lo, proceder ao pagamento de indenização equivalente ao valor de mercado

de lote adquirido, tomando como parâmetro unidade similar, mas passível de uso e fruição.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo mantendo intacta a r. sentença vergastada.

É como voto.

Desa. Simone Lucindo (Revisora) – Com o Relator.

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

■ DECISÃO

Conhecer da apelação, conhecer e negar provimento ao agravo retido e negar provimento ao apelo, unânime.

EMENTA

Plano de saúde. Responsabilidade solidária. Recém-nascido. Solicitação de inclusão até trinta dias após o nascimento. Dano moral. Ocorrência. Sentença mantida.

1. Ainda que não tenha o plano de saúde participado efetivamente da relação contratual estabelecida entre a consumidora e a empresa que exerce a gestão do contrato de plano de saúde, tem-se que a responsabilidade da operadora de saúde e das administradoras dos planos é solidária, no termos do artigo 34 do CDC.

2. A Lei 9.656/98, que rege os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê ser assegurada a inscrição ao recém-nascido desde que ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento.

3. Demonstrado o protocolo da solicitação de inclusão no plano dentro dos trinta dias, tem-se como tempestivo o requerimento.

4. A recusa à inclusão de recém-nascido ao plano de saúde e por consequência, ao custeio de tratamento hospitalar, causa angústias e aflições à mãe do recém-nascido, de forma reflexa, ensejando a reparação por danos morais, considerando que o plano de saúde está legalmente obrigado a prestar-lhes serviços de forma adequada.

5. Valor de indenização por dano moral fixado de forma razoável em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), reparando os transtornos, sem gerar enriquecimento sem causa ao ofendido, deve ser mantido.

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 Sebastião Coelho, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 9 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Recorre AMIL – Assistência Médica Internacional S/A da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões de Santa Maria, na ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de danos morais, ajuizada por M.S.L.O. em seu desfavor, que determinou a inclusão do filho recém-nascido, E.A.L.O., no plano de saúde, e a condenou ao pagamento de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização por danos morais, alegando ter a apelada firmado contrato com terceira pessoa, a saber, com a Afinidade Administradora, incorporada pela Qualicorp, de modo que não teria a responsabilidade pela inclusão do dependente recém-nascido, e a inexistência de dano moral, requerendo a reforma da sentença.

Preparo às fls.146.

Recurso recebido somente no efeito devolutivo, pois interposta em face de sentença que confirmou a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 148).

Contrarrazões às fls. 150/157.

Determinei o encaminhamento dos autos ao eminente Desembargador Revisor.

Este o relatório.

VOTOS

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Relator) – Conheço do recurso.

Correta a sentença.

Dou os motivos.

Não se pode ter dúvidas ser a relação estabelecida entre o usuário e o plano de saúde relação de consumo.

A questão foi sumulada pelo STJ, no enunciado 469, fixando-se o entendimento de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Esta a sua redação:

“469 – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Diz o Código de Defesa do Consumidor:

“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.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

A controvérsia diz respeito à negativa de inclusão do filho recém-nascido da apelada, E.A.L.O., como beneficiário do plano de saúde, que necessitou de tratamento hospitalar, vendo-se a apelada obrigada a levar seu filho a um hospital particular e pagar a consulta.

A apelada, após o nascimento do seu filho, requereu, por diversas vezes, a inclusão do recém-nascido como seu dependente, tendo efetuado vários contatos com a administradora do plano de saúde, não obtendo resposta.

Afirma a autora, na inicial (fls. 03/04):

“No dia 06/05/2013, nasceu seu quarto filho, E.A.L.O. (doc 3 e 4). No dia 13/05/2013, a autora entrou em contato, através de ligação telefônica, protocolo da ligação 8739363, com a empresa QUALICORP para incluir o filho que acabara de nascer no plano de saúde da família – AMIL – e foi informada que bastava enviar um e-mail solicitando a inclusão IMEDIATA do dependente com a certidão de nascimento, em anexo, até 7 (sete) dias antes do prazo que a empresa de saúde dá pára incluir recém-nascido, que são 30 dias após a data do nascimento.

Em 29/05/2013, 8 (oito) dias antes de encerrar o prazo de cobertura, a autora encaminhou toda documentação exigida para a inclusão do recém-nascido no plano de saúde, ocorre que no dia 05/06/2013 a empresa entrou em contato com a autora dizendo que a mesma não havia enviado a Declaração de Saúde e o Formulário de Inclusão do bebê no plano de saúde, sem necessidade de carência, a autora encaminhou a documentação exigida pelo plano de saúde (doc 5), e após o envio foi informada que após 7 (sete) dias úteis ocorreria a inclusão.

Ocorre que em 06/06/2013 acabou a vigência do plano de saúde e não foi obtido um número de carteirinha do bebê. A autora entrou em contato com o plano de saúde e ficou sabendo que não havia sido feita a inclusão do bebê ao plano, logo, enviou um e-mail para a Qualicorp e não obteve resposta. Então, no dia 10/06/2013, a autora telefonou para a empresa Qualicorp, protocolo 8950892, e foi informada que até o dia 13/06/2013 seria o prazo máximo para a inclusão do bebê no plano de saúde. Logo, no dia 13/06/2013, novamente, foi feito contato com a empresa Qualicorp e ainda não havia sido feita a inclusão, então, foi aberto um protocolo de reclamação de nº 9005511 e a resposta deste seriam 2 (dois) dias depois. Quando a autora entrou em contato, 2 (dois) dias depois, com a empresa Qualicorp, descobriu que a reclamação tinha sido enviada para a Amil e que a resposta viria após mais 7 (sete) dias, protocolo 9027382. Então a autora entrou em contato com a Amil e foi informada que esta não poderia resolver nada, apenas a empresa Qualicorp, gerando o protocolo 1870103537. Sendo assim, no dia 17/06/2013, foi feita uma reclamação à ANS cujo protocolo foi 2415269, com prazo de 10 (dez) dias úteis para resposta. No dia 19/06/2013, novo contato foi realizado

com a Qualicorp e após ter falado com a supervisora do setor, chamada C., esta informou que inicialmente a Qualicorp, após ter recebido o 1º (primeiro) email da autora solicitando a inclusão do bebê no plano de saúde, tentou entrar em contato com a autora a fim de informá-la da necessidade da mesma enviar 2 (dois) documentos que estavam faltando, e não obtiveram sucesso, só conseguindo obter esse contato no dia 05/06/2013, e que por isso a inclusão do nome do bebê como dependente se daria até o dia 27/06/2013. Então, a autora no dia 27/06/2013 entrou em contato com a empresa Qualicorp, mais uma vez, e lhe informaram que ainda não havia sido feita a inclusão do nome do bebê ao plano. Vários outros contatos foram feitos e marcados novos prazos, novos protocolos para resposta e em nenhum desses contatos foi obtido sucesso (doc 6 – 12).”

Presente está a responsabilidade do plano de saúde apelante, AMIL – Assistência Médica Internacional S/A, pelos transtornos causados à apelada.

Pelo que se depreende do documento de fls.42, a empresa Qualicorp Administradora de Benefícios S/A, que tem por objeto a comercialização de planos de saúde, passou a exercer em setembro de 2012 a gestão do contrato de plano de saúde coletivo, do qual participa a apelada, em substituição à antiga administradora Afinidade Administradora e Benefícios Ltda.

Ainda que não tenha o plano de saúde apelante participado efetivamente da relação contratual estabelecida entre a consumidora e a empresa que exerce a gestão do contrato de plano de saúde, tem-se que a responsabilidade da operadora de saúde e das administradoras dos planos é solidária, no termos do artigo 34 do CDC.

Diz a norma:

“Art. 34. O fornecedor de produtos ou serviços é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.”

Assim entende esta Casa:

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SOLIDA-

RIEDAD PASSIVA ENTRE ESTIPULANTE E SEGURADORA. TEORIA DA APARÊNCIA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. LEGALIDADE.

1. Tratando-se de relação de consumo, não se cogita a possibilidade de ser afastada a responsabilização de qualquer agente que atue na cadeia negocial existente entre o consumidor e o fornecedor, ficando evidenciada a responsabilidade solidária entre a seguradora e o estipulante, por força da aplicação da teoria da aparência.

2. Verificada a previsão contratual de cancelamento do contrato de plano de saúde a qualquer tempo e comprovado o envio de notificação prévia à seguradora, mostra-se lícita a rescisão unilateral, não sendo possível determinar o restabelecimento do negócio jurídico sob pena de afronta ao princípio do pacta sunt servanda.

3. Recurso de Apelação e Recurso Adesivo conhecidos e não providos.

(Acórdão 644060, 20100110291527APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/12/2012, Publicado no DJE: 09/01/2013. Pág.: 161)“

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. LEGITIMIDADE. PRAZO DE CARÊNCIA. TERMO ADITIVO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADORA E ESTIPULANTE. DEVER DE RESSARCIR PREJUÍZOS MATERIAIS E MORAIS.

Tratando-se a requerida de pessoa jurídica de direito privado, que tem por objeto a comercialização de planos de saúde, de maneira mais abrangente, submetendo-se, portanto, às normas consumeristas, na medida em que, ao exercer uma atividade que envolve a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, ainda que estipulante de contratos, amolda-se ao conceito de fornecedor de produtos e serviços previsto no artigo 3º da Lei 8.078/90. Logo, incide, no caso, as regras previstas no art. 7º, parágrafo único, e art. 34 do CDC, que prevêm a solidariedade dos fornecedores.

(...) Omissis

Recursos conhecidos e não providos.

(Acórdão 618578, 20110111254672APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/09/2012, Publicado no DJE: 20/09/2012. Pág.: 263)

Evidente ter a apelada cumprido o prazo de 30 (trinta) dias para solicitação de inclusão do filho recém-nascido da apelada, como seu dependente, ao plano de saúde.

A Lei 9.656/98, que rege os contratos de seguro, prevê ser assegurada a inscrição ao recém-nascido desde que ocorra no prazo máximo de 30 (trinta) dias do nascimento.

Eis o texto da lei:

“Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

III – quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção”.

O filho da apelante nasceu em 06/05/2013 (fls. 25) e sendo a solicitação de inclusão da recém-nascida efetuada no dia 13/05/2013, evidente ter sido protocolizada tempestivamente, tendo a recorrida feito diversos contatos com a administradora do plano de saúde visando a inclusão do recém-nascido, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, conforme demonstram os documentos de fls. 27/38, sem sucesso.

Evidente a existência do dano moral, consistente no abalo psicológico sofrido pela apelante em não obter a inclusão de seu filho recém-nascido no plano de saúde, trazendo-lhe uma angústia que ultrapassa o mero aborrecimento.

Sabe-se que em regra, a indenização por danos morais é devida somente ao lesado direto, aquele que experimentou e suportou diretamente as consequências do evento danoso, sendo admitida, em situações excepcionais, a compensação indenizatória para pessoas que, em razão de sua ligação com a vítima direta do evento danoso, também tenha sofrido abalos morais, de forma indireta ou reflexa.

A esse respeito ensina Caio Mário da Silva Pereira:

“(...) Todas essas situações podem ser enfeixadas numa fórmula global ou num princípio genérico: têm legitimidade ativa para a ação indenizatória as pessoas prejudicadas pelo ato danoso (Aguiar Dias, ob. cit., 246).

Não basta, entretanto, como no lugar próprio já desenvolvi (Capítulo IV), um dano hipotético. Somente enseja a titularidade à pretensão indenizatória exigível (Anspruch), quem diretamente sofra o prejuízo.

Esta regra comporta, entretanto, exceções, das quais a mais contundente é a teoria do dano em ricochete (Capítulo IV). Pessoa que não pode evidenciar dano direto, pode contudo arguir que o fato danoso nela reflete, e, assim, adquire legitimidade para a ação, com exclusividade ou cumulativamente com o prejudicado direto, ou em condições de assistente litisconsorcial. Se se reconhece a existência do dano em ricochete, não se pode recusar o direito de ação, esclarecendo desde logo que o direito da vítima mediata (reparação do dano material ou moral) é distinto do da vítima imediata (Alex Weill e François Terré, Droit Civil, Les Obligations, 768). Falecendo ou ficando gravemente ferida uma pessoa, o dano pode atingir outra pessoa que o morto ou ferido socorria ou alimentava; ou em caso de dano moral, aquela que pela vítima cultivava afeição, e que ‘sofreu os seus sofrimentos’. Em verdade, contudo, o dano em ricochete está submetido ao princípio já mencionado com caráter de preceituação genérica: a legitimidade de seu interesse (Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud, Leçons de Droit Civil, vol. II, 604). (In (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 330)”

É o caso dos autos, em que o dano moral é consubstanciado na angústia sentida pela mãe do recém-nascido, apelada, por ver seu filho sem o amparo que o plano de saúde traria para ele, pois é evidente que a pessoa que contrata plano de saúde está em busca de realizar com tranquilidade os procedimentos médicos que possa vir a ter.

Tal angústia foi agravada pelo fato noticiado na inicial, de que o bebê adoeceu dia 24/06/2013 e estava sem o plano de saúde, tendo que buscar atendimento em hospital público, onde teria sido mal atendido, e posteriormente encaminhado ao pediatra de confiança da família, que atende pelo plano de saúde apelante, mas que “por falta de inclusão do recém-nascido no plano de saúde a autora teve que pagar a consulta particular” (fls. 04).

Resta, então, estabelecer-se o *quantum* da indenização.

A sentença condenou a apelante no pagamento de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização por dano moral, sendo certo que, na fixação do valor indenizatório se deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como as condições específicas do ofensor e do ofendido, de forma que seja atendido o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento indevido do lesado.

Assim já me manifestei:

“ATÉ TRINTA DIAS APÓS O NASCIMENTO – VENCIMENTO DO PRAZO EM FERIADO – PRORROGAÇÃO AO PRIMEIRO DIA ÚTIL SEGUINTE – DANO MORAL – OCORRÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA

1) A Lei 9.656/98, que rege os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê ser assegurada a inscrição ao recém-nascido desde que ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento.

2) Demonstrado o protocolo da solicitação de inclusão no plano de saúde no primeiro dia útil subsequente ao prazo final, o qual se deu em feriado nacional, tem-se como tempestivo o requerimento.

3) A recusa à inclusão de recém-nascido ao plano de saúde e por consequência, ao custeio do tratamento hospitalar necessário, causa dores, angústias e

aflições, e a reparação tem que levar em conta ser a ofensora empresa prestadora de assistência à saúde, e que está ela legalmente obrigada a prestar-lhes serviços de forma adequada.

4) Valor de indenização por dano moral fixado de forma razoável, de forma a reparar o constrangimento, sem, contudo, gerar enriquecimento sem causa ao ofendido, deve ser mantido.

5) Recurso conhecido e não provido.

(Acórdão 579322, 20090110642445APC, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/04/2012, Publicado no DJE: 20/04/2012. Pág.: 107)“

A recusa à inclusão da recém-nascida ao plano de saúde e por consequência, a impossibilidade ao custeio do tratamento hospitalar necessário, causou angústias e aflições na apelante, mãe do bebê, levando-se em conta que o plano de saúde apelante está legalmente obrigado a prestar os serviços de forma adequada, sendo certo que a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mostra-se condizente com os danos morais suportados.

Por estes motivos, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Este o meu voto.

Des. Sebastião Coelho (Revisor) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011041005751-2

Relator – Des. Mário-Zam Belmiro

Terceira Turma Cível

EMENTA

Civil e família. Apelação cível. Alimentos. Mãe idosa. Subsistência mínima. Binômio necessidade-possibilidade. Equilíbrio. Dever de sustento.

1. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros, nos termos do art. 1696 do Código Civil.

2. Na fixação da verba alimentar observa-se o não comprometimento da subsistência do alimentante e a busca pelo atendimento das necessidades do alimentado.

3. Recurso desprovido.

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. Negar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 9 de Abril de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação (fls. 78/83) interposto de sentença (fls. 74/76) prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Segunda Vara de Família e de Órfãos e

Sucessões da Circunscrição Judiciária do Gama que, nos autos da ação de alimentos ajuizada por J.N. em desfavor do filho I.N.M., julgou procedente o pedido para condenar o réu a pagar alimentos à autora no valor correspondente a 10% (dez por cento) dos seus rendimentos brutos, deduzidos os descontos compulsórios.

Em suas razões de apelo, o réu suscita preliminar de nulidade de sentença por falta de citação dos demais irmãos em litisconsórcio necessário. No mérito, alega ser incapaz de contribuir sem prejuízo do seu próprio sustento e ressalta que, embora a requerente necessite, possui renda mensal de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais).

Contrarrazões apresentadas às fls. 85/88, pugnando pelo desprovimento do recurso.

O ilustre representante ministerial oficiou, em parecer (fls. 93/97), pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro (Relator) – Conheço do recurso, presentes os requisitos legais.

Cuida-se de apelo interposto em face da r. sentença prolatada nos autos da ação de alimentos, por meio da qual o douto julgador monocrático julgou procedente o pedido para condenar o réu a pagar alimentos à autora no valor correspondente a 10% (dez por cento) dos seus rendimentos brutos, deduzidos os descontos compulsórios.

Em suas razões de apelo, o réu suscita preliminar de nulidade de sentença por falta de citação dos demais irmãos em litisconsórcio necessário. No mérito, alega ser incapaz de contribuir sem prejuízo do seu próprio sustento e ressalta que, embora a requerente necessite, possui renda mensal de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais).

De início, analiso a preliminar de nulidade da r. sentença por falta de citação dos demais irmãos do réu, ora apelante, em litisconsórcio necessário, e concluo que a preliminar não tem cabimento, haja vista que a citação dos demais filhos para compor a lide é facultativa.

In casu, o polo passivo é opção exclusiva do demandante dos alimentos que, por sua vez, arca também com o ônus de ter selecionado quantia inferior de obrigados, pois poderia demandar em desfavor de todos.

Assim, fica jungido à possibilidade daquele que acionou possuir possibilidade de prestar alimentos.

Ainda mais, a fim de justificar a faculdade do litisconsórcio, os filhos não possuem entre si vínculo de obrigação solidária determinada por lei ou contrato em relação ao sustento dos genitores.

De sorte que rejeito a preliminar de nulidade da r. sentença por falta de citação dos demais irmãos em litisconsórcio necessário.

No mérito, melhor sorte não socorre o apelante, porquanto ficou demonstrada a necessidade da alimentada e a possibilidade do alimentante.

Conforme consignado na r. sentença, a autora tem mais de 63 (sessenta e três) anos e possui gastos elevados com medicamentos, enquanto o réu tem capacidade contributiva, uma vez que exerce a função de agente de saneamento (fl. 39), embora tenha o rendimento líquido comprometido com diversos empréstimos em benefício próprio.

De mesma conclusão, merece destaque, *permissa venia*, trecho do bem elaborado parecer ministerial, *verbis*:

O acervo probatório evidenciou que o apelante realmente é servidor público, contudo recebe renda bruta mensal em torno de R\$ 2.965,48 (fls. 28, 69), sendo que também logrou comprovar que paga alimentos para a filha do primeiro casamento no importe de 15% dos seus rendimentos.

Em sua defesa, o recorrente assinala que formou nova família e possui gastos de plano de saúde consigo mesmo – ressaltando que se trata de pessoa com

deficiência visual – e com os enteados, arcando também com outras dívidas contraidas em prol do lar.

Com efeito, a necessidade da genitora é incontestável. Os seus rendimentos no valor de R\$ 450,00 são apenas um pouco mais que a metade de um salário-mínimo.

Nessa esteira, não há como negar o dever de prestação de alimentos do filho que possui capacidade financeira para colaborar com genitora que já figura em idade avançada, incapaz de prover o próprio sustento e propensa a todas as enfermidades decorrentes da velhice.

O estudo sobre a existência da obrigação, por óbvio, deve partir da lei, e, nesse sentido, o art. 1.694 do Código Civil é expresso quanto a existência do dever alimentar entre pais e filhos que deles necessitam para a sobrevivência, verbis:

Art. 1696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Pois bem. Considerando a ponderação do binômio necessidade-possibilidade, observa-se que a sentença não merece reparos, porquanto o valor da prestação alimentícia reverenciou, prudentemente, tanto as necessidades da alimentada bem como a capacidade financeira do alimentante para adimplir a obrigação sem causar-lhe instabilidade financeira.

Em linhas gerais, a questão é que o direito civil busca no dever de solidariedade entre os ascendentes e descendentes, a segurança e estabilidade das relações pessoais e familiares, sem olvidar o fato de que a própria razão de ser da família se funda em laços afetivos e de proteção.

Por oportuno, não é demais registrar que o apelante, filho da alimentada, trata-se de pessoa com deficiência visual, filho este – que como disse a recorrida – demandou cuidados especiais durante o crescimento pelas limitações físicas.

Destarte, não se pode negar que o resultado deste cuidado materno projetasse, nitidamente, na vida social e profissional do recorrente que, não obstante todas as limitações, hoje é independente, pai de família, provedor de um lar e

servidor público, pessoa suficientemente capaz de auxiliar materialmente a genitora nesta fase da vida.

Observa-se o entendimento desta Casa:

DIREITO CIVIL – AÇÃO DE ALIMENTOS – MÃE IDOSA PLEITEIA EM DESFAVOR DA FILHA MAIOR – LAÇO SOCIOAFETIVO SUPRIDO NA INTEGRALIDADE PELA AVÓ MATERNA – ART. 1695 E 1696 DO CÓDIGO CIVIL – ALIMENTOS DEVIDOS – CONTRIBUIÇÃO QUE ASSEGURE A SUBSISTÊNCIA MÍNIMA DA AUTORA – SITUAÇÃO DE PENÚRIA – SALÁRIO-MÍNIMO, VALOR ADEQUADAMENTE FIXADO – RECURSO ADESIVO E DE APELAÇÃO DESPROVIDOS.

1 – Nas relações de parentesco, o art. 1.695 do Código Civil prevê que os alimentos são devidos quando quem os pretende não tem condições de prover a própria subsistência e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los.

2 – O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros, conforme prevê a dicção do art. 1696 da Lei Civil.

3 – Certifica-se que a genitora, 1ª Apelante, menciona que vem passando por sérias dificuldades, sem meios financeiros para satisfazer suas necessidades básicas, como alimentar-se e vestir-se.

4 – O dever de alimentar surge da mera comprovação do parentesco, não podendo ser elidida pela filha, mesmo tendo comprovado que durante toda a sua vida foi a avó quem lhe supriu os laços afetivos, psicológicos e materiais. Todavia, sua especificação deve atender o binômio necessidade de quem os pleiteia e possibilidade financeira da pessoa obrigada.

5 – Com fulcro na contribuição que assegure a subsistência mínima da autora, vejo que o patamar estipulado na r. sentença em 1 (um) salário-mínimo mostra-se adequado, visto que não houve qualquer cuidado da genitora para promover a criação e formação da sua única filha, conforme se depreende do extenso acervo probatório contido nos autos.

6 – Recurso adesivo e de apelação desprovidos. Unânime.

(Acórdão 709740, 20060110542066APC, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/09/2013, Publicado no DJE: 11/09/2013. Pág.: 124).

Nesses termos, comprovada a privação dos bens necessários pela mãe do apelante, idosa de 63 (sessenta e três anos), bem como a possibilidade do recorrente para contribuir com 10% (dez por cento) dos seus rendimentos brutos, abatidos os descontos compulsórios, sem reparos a r. sentença recorrida que o condenou a prestar alimentos à genitora.

Forte em tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Revisora) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2011011128105-6

Relator – Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior

Segunda Turma Cível

EMENTA

Ação cominatória. Internação de casal de idosos em instituição de longa permanência. Antecipação dos efeitos da tutela. Deferimento e cumprimento. Subsistência do interesse na obtenção de decisão de mérito. Sentença extintiva. Cassação. Recurso dos autores provido. Pedido julgado procedente.

1. O cumprimento da antecipação de tutela deferida não faz desaparecer o interesse de agir. Logo, o acolhimento em abrigo não implica desaparecimento do interesse processual dos autores, uma vez que o provimento jurisdicional definitivo, de mérito, mostra-se útil e necessário para que a medida concedida liminarmente seja confirmada e não perca a sua validade, conferindo-se segurança jurídica à situação dos idosos.

2. O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) impõe ao Poder Público a efetivação de políticas públicas ao lado da família, da comunidade e da sociedade, para amparar, de modo global, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (art. 3º).

3. Nos casos em que a família não tenha condições de prestar moradia, deve o Estado fazê-lo na modalidade de entidade de longa permanência (art. 37 c/c 3º, parágrafo único, V).

4. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Waldir Leôncio Lopes Júnior – Relator, J.J. Costa Carvalho – Revisor, Sérgio Rocha – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador J.J. Costa Carvalho, em proferir a seguinte decisão: dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de março de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por J.M. DA C. e R.R.G.C. contra a r. sentença de fls. 219-220, por meio da qual o MM. Juiz singular, nos autos da ação cominatória ajuizada em desfavor de DISTRITO FEDERAL, julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Sem custas e sem honorários advocatícios.

Inconformados, em suas razões recursais (fls. 238-240), alegam os apelantes que o fornecimento das vagas na Instituição Lar dos Velhinhos não está atendendo às suas necessidades, haja vista que vêm sofrendo diversos constrangimentos como troca de seus pertences entre os internos e de venda no bazar beneficente da instituição, sem a anuência deles. Aduzem que a extinção do feito, com resolução de mérito, dar-lhes-á segurança jurídica para que possam solicitar nova pesquisa à SEDEST quanto à ocorrência de duas vagas em outra instituição de longa permanência conveniada com o DISTRITO FEDERAL ou, alternativamente, que o réu arque com os custos em instituição particular ou filantrópica não conveniada, mantendo sempre a unidade conjugal.

Requerem o provimento do apelo para seja reformada a sentença, a fim de extinguir o processo com resolução de mérito.

Sem preparo, em razão da gratuidade de justiça.

Contrarrazões às fls. 252-254.

A il. Procuradoria de Justiça apresentou parecer oficiando pelo conhecimento e pelo provimento do recurso (fls. 266-269).

É o relatório.

VOTOS

Des. Waldir Leônico Lopes Júnior (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Trata-se de ação cominatória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por J.M. DA C. e R.R.G.C., representados por A.G.M. DA C., em desfavor de DISTRITO FEDERAL, objetivando a disponibilização de vaga em instituição de longa permanência conveniada ou que o réu arque com os custos em instituição particular ou filantrópica não conveniada, mantendo-se a unidade conjugal.

Segundo consta dos autos, os autores contam com mais de oitenta anos e ambos possuem problemas de saúde que os impossibilitam de cuidar de si e dos afazeres domésticos. O casal possui uma única filha, a Sra. A., que tem dificuldades físicas, psicológicas e financeiras para cuidar dos pais.

Requereram que o Distrito Federal fosse compelido a abrigá-los em instituição de longa permanência conveniada ou a arcar com uma instituição particular.

Às fls. 96-97, foi deferido o pedido de antecipação de tutela para que o Distrito Federal fornecesse aos autores auxílio emergencial no valor de R\$ 408,00 (quatrocentos e oito reais) e cesta básica por seis meses, avaliação clínica e prescrição de medicamentos, bem como atendimento psicossocial até que a SEDEST – Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda disponibilizasse abrigo ao casal idoso.

Às fls. 203-214, os autores juntaram documentos informando que foram acolhidos pela Entidade Obras Assistenciais Centro Espírita Irmão Jorge – Lar dos Velhinhos Bezerra de Menezes, em 4/3/2013.

O MM. Juiz singular julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Inconformados, apelam os autores, sustentando existir interesse processual na demanda, pois necessitam do provimento judicial para terem título executivo contra o apelado. Aduzem que a extinção do feito, com resolução de mérito, dar-lhes-á segurança jurídica para que possam solicitar nova pesquisa à SEDEST quanto à ocorrência de duas vagas em outra instituição de longa permanência conveniada com o DISTRITO FEDERAL ou, alternativamente, que o réu arque com os custos em instituição particular ou filantrópica não conveniada, mantendo sempre a unidade conjugal.

Esse é o resumo da lide no que necessário.

1) Interesse processual

O interesse de agir assenta-se no binômio necessidade-utilidade na busca da prestação jurisdicional que, no caso, é o fornecimento de abrigo aos autores idosos em instituição de longa permanência.

Embora, em 23/3/2011, assistente social ligada ao CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social de Taguatinga da SEDEST – Secretaria de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda do Distrito Federal tenha concluído pela necessidade e urgência de abrigamento do casal, com unidade conjugal (parecer de fls. 62-63), tal procedimento somente foi efetivado após o deferimento da antecipação de tutela, pela qual o MM. Juiz *a quo* determinou ao Distrito Federal que fornecesse auxílio emergencial, no valor de R\$ 408,00 (quatrocentos e oito reais), e cesta básica por seis meses, avaliação clínica, prescrição de medicamentos, bem como atendimento psicossocial até que lhe fossem disponibilizadas vagas em instituição de longa permanência.

O acolhimento em abrigo, efetivado em 4/3/2013 (fls. 206-214), não elimina o interesse processual dos autores, uma vez que o provimento jurisdicional definitivo, de mérito, mostra-se útil e necessário para que a medida concedida liminarmente seja confirmada e não perca a sua validade, conferindo-se segurança jurídica à situação dos idosos.

A propósito, assim já decidiu este egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA E CUMPRIDA. FEITO EXTIN-

TO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. CASSAÇÃO DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ART. 515, §3º, DO CPC. JULGAMENTO DO MÉRITO.

Não se controverte que o interesse de agir surge da necessidade e da utilidade da postulante de obter, através do processo, a proteção ao direito material, que, no caso, é o fornecimento de medicamento imprescindível ao tratamento ao qual está submetida, visando evitar eventuais surtos que agravariam sua situação, com a evolução da doença a estágios irreversíveis.

O cumprimento da antecipação de tutela deferida não faz desaparecer o interesse de agir.

Em se tratando de matéria exclusivamente de direito e estando a ação em condições de imediato julgamento, impõe-se a aplicação da norma do art. 515, §3º, do CPC.

O fornecimento do medicamento ocorreu somente após a citação, ou seja, quando o réu havia sido constituído em mora, patenteado-se, pois, o interesse de agir da recorrente. Portanto, a cassação do decisum é medida que se impõe.

É dever do Estado garantir o direito à saúde, fornecendo tratamento ao cidadão que, por ser hipossuficiente, não tem condição de arcar com os custos dos medicamentos prescritos para o caso.

(Acórdão 618982, 20100110680472APC, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/9/2012, Publicado no DJE: 18/9/2012. Pág.: 124) (grifo nosso)

2) Mérito

Embora deva ser cassada a r. sentença, não é caso de determinar o retorno dos autos à Instância monocrática para julgamento, mas de aplicação do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, porquanto já suficientemente instruído o feito.

O art. 230 da Constituição Federal preceitua que os cuidados aos idosos são um dever do Estado:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Por sua vez, o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, impõe ao Poder Público a efetivação de políticas públicas ao lado da família, da comunidade e da sociedade, para amparar, de modo global, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (art. 3º).

No que tange à moradia, é determinada "a priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência" (inciso V do parágrafo único).

Assim, em casos em que a família não tenha condições, deve o Estado prestar assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência, tal como prevê o art. 37 do estatuto:

Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

§ 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

§ 2º Toda instituição dedicada ao atendimento ao idoso fica obrigada a manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender toda a legislação pertinente.

§ 3º As instituições que abrigarem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei. (grifo nosso).

No caso dos autos, o relatório técnico emitido por assistente social do CREAS (fls. 62-63) relata que os idosos não têm condições de morar sozinhos. Ambos possuem mais de 80 anos, sendo que o Sr. J. apresenta problemas de diabetes e a Sra. R. apresenta Alzheimer. Constatou-se que a renda deles é insuficiente para arcar com as custas de um cuidador e que a Sra. A., única filha do casal, faz tratamento para depressão e não consegue lidar com os cuidados da vida diária dos pais "já que se encontra física e psicologicamente abalada frente à situação psíquica dos idosos que é bastante instável".

Concluiu a assistente social, após alguns anos de acompanhamento da família, pela necessidade e urgência de abrigamento do casal em instituição de longa permanência, garantindo a manutenção do vínculo entre os idosos "por entender ser dever do estado assegurar todas as oportunidade (sic) e facilidades na garantia da proteção à pessoa idosa".

Tal relatório, aliado a todo o conjunto probatório constante dos autos, corrobora a necessidade de acolhimento do pleito.

4) Conclusão

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO e DOU-LHE PROVIMENTO para cassar a r. sentença e, de acordo com o § 3º do art. 515 do CPC, JULGAR PROCEDENTE o pedido inicial, confirmando a antecipação de tutela anteriormente deferida, para condenar o Distrito Federal a manter os autores em instituição de longa permanência conveniada ou arcar com os custos de instituição particular ou filantrópica não conveniada, mantendo-se a unidade conjugal, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Deixo de condenar o DISTRITO FEDERAL em custas processuais, com base no art. 4º da Lei 9.289/96, isentando-o, ainda, dos honorários advocatícios, em virtude de estarem os autores litigando sob o patrocínio da Defensoria Pública (Súmula 421 do STJ).

É o meu voto.

Des. J.J. Costa Carvalho (Revisor) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Dar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

2007011113863-4

Relator – Des. Fernando Habibe

Quarta Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Morte de aves em granja. Dano material comprovado. Responsabilidade objetiva da concessionária. Dano moral inexistente.

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 aos recursos, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Apelam ambas as partes (101-108/111-115) contra sentença (93-99) da 4ª Vara da Fazenda Pública condenatória ao pagamento de R\$ 3.240,30, para indenizar dano material consistente na morte de 1.543 aves, ocasionada pela falta de climatização da granja em razão da demora do restabelecimento da energia (8 horas), após o rompimento de um cabo de tensão.

A ré alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, em razão do indeferimento do envio de ofício à ANEEL para confirmar as informações prestadas em contestação sobre a continuidade do fornecimento de energia (FIC, DIC, DMIC), no mês de abril de 2007.

Sustenta, ainda: a) a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; b) a inexistência da responsabilidade civil objetiva, pois não praticou qualquer ilícito; c) a observância dos indicadores de continuidade individuais determinados pela ANEEL; d) que o fato do autor ter indicado, por reclamação, o local exato para a reparação do cabo de tensão não significa a possibilidade de preceder a outros pedidos; e) que em seus cadastros a unidade do autor não consta como granja, nem há a informação de que existam equipamentos elétricos para manter a produção de aves; f) que caberia ao autor precaver-se de eventuais infortúnios, adquirindo um gerador ou qualquer outro equipamento de emergência para garantir a refrigeração da granja.

Em contrarrazões, o apelado (autor) defende o acerto da sentença (120-123).

Em seu apelo, o autor almeja a condenação por dano moral, pois a demora no restabelecimento da energia gerou sentimentos de insegurança e intranquilidade.

Embora intimada (119), a apelada (ré) não ofereceu contrarrazões (133).

VOTOS

Des. Fernando Habibe (Relator) – A sentença da lavra do MM. Juiz Arnaldo Correa Silva responde suficientemente às razões de ambas as partes, inclusive a preliminar de cerceamento de defesa, motivo pelo qual valho-me dos seus fundamentos, com a vênua devida:

“(…).

Trata de feito que se processou pelo rito ordinário, o qual deve ser julgado antecipadamente porque a prova é documental. Com relação ao pedido da ré para oficiar à ANEEL, ele deve ser indeferido uma vez que a tese a respeito da descontinuidade do fornecimento foi apresentada na contestação, quando eventual regulamentação a respeito deveria vir com a defesa e/ou pelo menos ficar demonstrado negativa daquela Agência Reguladora em fornecer a informação. Não sendo assim, a diligência requerida se mostra protelatória, a qual indefiro.

Ademais, é de observar nos autos, que lá em abril de 2007, quando da correspondência enviada à ré pelo SINDIAVES (fls. 23/26), ela já sabia que viariam ações de indenização, tendo feito referência da norma na resposta de 04.06.2007 (fls. 31). Não é só isso, defendeu tal tese na contestação apresentada em 18.12.2007 e teve tempo bastante para providenciar todas as informações que queria e/ou mostrar a recusa, só que ao invés de trazer o que pretende com a especificação de provas, pediu a dilação, o que indefiro.

No que se refere à preliminar de ilegitimidade, na verdade se trata apenas de mera adequação do nome da ré, isto em razão de sua desverticalização. O CNPJ indicado na inicial (fls. 02) é o mesmo que a ré pediu para regularizar (fls. 42), de modo que deve apenas ser feita a correção do nome, já que ambas são CEB.

Com relação ao mérito da questão, entendo que os pedidos da parte autora devem ser julgados procedentes.

Não há dúvidas de que o autor tem a qualidade de consumidor, sendo que a ré defendeu a tese de que as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor não se aplicariam ao caso em comento, por não ser o autor considerado consumidor final. Aqui é de se aplicar a norma do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, haja vista ser o autor consumidor por equiparação.

É incontroverso nos autos que a ré fornecia energia elétrica para a propriedade do autor, que houve falta de fornecimento de energia naquele dia 02.04.2007 por quase 08 horas, decorrente do rompimento de um cabo de alta tensão e que as aves do autor morreram. A ré defende a tese de que agiu corretamente porque o restabelecimento da energia se deu dentro do tempo fixado pela ANEEL e de que não haveria nexo causal entre a falta de energia e a morte dos animais.

Às fls. 23/28 temos a confirmação de que as mortes das aves se deram por causa da falta de energia, é que sem a climatização das granjas deixou de ser feita e aí os animais morreram. Tivesse o fato acontecido apenas na granja do autor, até poderíamos entender que não teria sido a falta de energia que causou os danos, só que em 06 granjas milhares de aves morreram justamente porque é sabido que em tais empreendimentos a energia é algo essencial e insubstituível. É que para a correta criação de frangos de granja para corte, os cuidados

vão muito além da criação normal de aves e um dos principais cuidados é a climatização, daí a necessidade do fornecimento permanente de energia elétrica. Daí que vários criadores ajuizaram ação de indenização contra a CEB. O documento de fls. 29 mostra que a temperatura estava elevada naquele dia.

A responsabilidade da ré é objetiva, bastando apenas confirmar o dano e o nexo causal. A ré alega que a demora no restabelecimento se deu porque existiam inúmeros chamados e tinha de se percorrer 15 quilômetros do ramal para se identificar o problema, além do que a descontinuidade do fornecido estava dentro do tempo estabelecido pela ANEEL.

Na verdade, pelo que consta dos autos (fls. 25/28), a coisa não foi bem assim. É que os chacareiros, quando telefonaram para a CEB, indicaram o local exato onde o cabo de alta tensão havia partido, o que ela confirmou. Assim, não pode ser entendida como razoável a justificativa da ré de que tinha de andar 15 quilômetros, para descobrir o defeito. Ademais, andar 15 quilômetros de carro (caminhonete como normalmente os empregados da ré andam), por mais ruim que a estrada seja, não demora o dia inteiro. De pé se anda muito mais em oito horas. Tais fatos são confirmados na contestação (fls. 45).

Muito embora a ré alegue que restabeleceu o fornecimento no prazo regulamentar, o que se observa, na sua contestação, é que agiu com negligência uma vez que os criadores indicaram o local exato onde o problema tinha acontecido, o que permitia ser muito mais ágil para evitar os prejuízos experimentados por eles. Assim, sendo indicado o local exato do rompimento do cabo, o conserto deveria ter sido eficiente, o que não foi.

Como se vê do contrato juntado às fls. 13/19, a granja do autor tinha a capacidade de alojar 27.000 aves, de modo que não é de se crer que os criadores fossem indicar local errado do rompimento do cabo, para que a ré ficasse tentando encontrá-lo, já que os maiores prejudicados seriam eles mesmos. Por isso, a demora no restabelecimento, embora ele tenha sido feito no prazo regulamentar, deveu-se à negligência com que se portaram os prepostos da ré. É sabido de quem conhece aquela região, que lá existe um grande número de granjas, por ser uma comunidade que pode ser considerada pequena. Assim, sendo informado o réu do local exato do rompimento e do mal que a falta

de energia causaria, deveria ter adotado imediatas providências para evitar prejuízos.

A possibilidade de rompimento de cabo é algo que pode acontecer a qualquer momento, o que não se enquadra no conceito de caso fortuito. Também é de se entender que existe uma certa dificuldade para se atender a todos os locais e ao mesmo tempo, só que, quando se tem indicação de onde está o problema e depois se vem com alegação de que tinha de se percorrer 15 quilômetros de carro para localizar o rompimento, aí resta confirmada a deficiência do serviço prestado, impondo o dever de indenizar.

No que se refere aos serviços públicos essenciais, a Lei 8.078/90 estabelece padrão de adequação ao determinar a impossibilidade de descontinuidade, motivo pelo qual não deve prevalecer a tese da ré, que contraria a inteligência dos arts. 175, parágrafo único, inc. IV, da CF/88 c/c art. 22 do CDC.

A relação entre as partes é de consumo subsumida aos ditames protetivos da Lei 8078/90, estando o autor na condição de consumidor por equiparação, e a ré, na de prestador de serviços, na forma dos arts. 2º e 3º, §2º, do CDC.

O art. 175 da CF/88 estabelece no inciso IV do seu parágrafo único, o princípio da adequação do serviço público nacional pelas concessionárias, a saber: “Art. 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único: A lei disporá sobre: IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

Tal norma, de cunho programático, foi parcialmente concretizada e fortalecida pelo art. 22 do CDC que dispõe: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” (g.n.)

Inequivoco é que, quanto aos serviços públicos essenciais, a Lei 8.078/90 estabeleceu padrão de adequação ao determinar a impossibilidade de descontinuidade, motivo pelo qual não deve prevalecer a tese da concessionária no

sentido de que o restabelecimento foi feito dentro do prazo e de acordo com o regular exercício de seu direito.

Outro não é o entendimento da jurisprudência a este respeito.

“Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Número do Processo: 1.0453.04.003397-0/001(1)

Relator: HELOISA COMBAT

Data de Julgamento: 07/04/2009

Data de Publicação: 15/05/2009

Comarca: NOVO CRUZEIRO.

Partes:

APELANTE(S): CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A

APELADO(A)(S): ASSOC PRODUTORES LEITE MUNICÍPIO CARAÍ.

Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA. PERDA DE LEITE. DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. - A concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica responde por danos decorrentes da interrupção do serviço atribuídos a chuvas e descargas atmosféricas, não se desincumbindo do ônus de demonstrar a excludente de culpabilidade, no sentido de que, nessas circunstâncias, a queda de energia era fato imprevisível e inevitável. - A concessionária deve indenizar o consumidor pelo leite perecido em virtude da interrupção do fornecimento de energia. - A circunstância de a autora ser associação dedicada à comercialização de leite e de que, pela falta de energia, os produtos não foram mantidos resfriados, é suficiente para comprovar a existência de prejuízos, que podem ser apurados pela média de produção diária do estabelecimento. - Recurso provido em parte. APELAÇÃO CÍVEL 1.0453.04.003397-0/001”.

A responsabilidade da ré, no caso, ficaria afastada, caso se provasse que a culpa foi exclusiva do autor, do que ela não se desincumbiu. Também, conforme

mencionado acima, seria totalmente ilógico que o autor fizesse o fio romper só para buscar indenização contra a ré. É que, pelo contrato de parceria, ele tinha a venda das aves totalmente garantida. Além do que não seria correto trocar o certo pelo duvidoso.

No meu entender os danos materiais experimentados pelo autor estão comprovados nos autos. As fotografias 32 e 33 mostram a grande quantidade de aves mortas. Já as correspondências de fls. 23/28 confirmam que o número de aves era o indicado. Seria totalmente ilógico conservar as aves mortas resfriadas só para confirmar a totalidade das que morreram, cujo preço pago pelo quilo se mostra dentro do razoável. Assim, como foram perdidos 1.543 aves de 1,5kg, cada uma por R\$1,40, o valor do dano material à época do evento era de R\$3.240,30, o qual será corrigido monetariamente pelo INPC desde 25.4.2007 (fls. 30), acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação na ação.

Com relação aos danos morais, não vejo que ficaram configurados, até porque não vislumbro em que afetaram a esfera íntima do autor. Ademais, é de se observar que ele não mensurou um valor para que a parte contrária se defendesse. Também deve ser levado em conta que não existe qualquer comprovação de que a falta de energia tenha causado prejuízos morais para o autor.

(...)”.

Acrescente-se, ainda, quanto ao apelo do réu, que, independentemente do Código de defesa do Consumidor, a sua responsabilidade objetiva tem previsão constitucional (CF 37, § 6º). E, quanto ao do autor, que inadimplemento contratual, salvo hipóteses excepcionalíssimas, não causa dano moral, mas mero aborrecimento que, por mais desagradável que seja, não tem o condão de afetar a honra, a dignidade ou algum outro direito da personalidade.

Posto isso, nego provimento aos apelos.

Des. Arnaldo Camanho de Assis (Revisor) – Com o Relator.

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

DECISÃO

Negar provimento aos recursos, unânime.

EMENTA

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Morte. Menor. Imprudência. Dever de indenizar. Dano material. Pensão. Devida. Dano moral. Majoração. Juros e correção monetária. Honorários.

1. A responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviços públicos é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 932, III, do Código Civil.
2. Demonstrado que o motorista do veículo automotor não agiu com o devido cuidado, em rodovia perigosa e sinuosa, causando o óbito do filho comum dos autores, devem a empresa transportadora e a sua seguradora responder pelo evento danoso.
3. A seguradora pode ser condenada direta e solidariamente a pagar os prejuízos experimentados pelos usuários do serviço da segurada, observado, no entanto, os limites contratados na apólice para a cobertura de danos causados a terceiros.
4. A jurisprudência é firme no sentido de que é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exercesse atividade remunerada, na medida em que se presume a assistência mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda.
5. O arbitramento, entretanto, deve observar a razão de 2/3 do salário-mínimo, no interstício que compreenderia os 14 e 25 anos de vida da vítima; e de 1/3, a partir de então, até os expectados 65 anos, quando se presume que constituiria família e reduziria o auxílio aos seus genitores.

6. A compensação por danos morais deve ser informada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas; a natureza do dano e a sua extensão, etc.
7. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora devem incidir desde a citação. Precedentes.
8. Nos termos do art. 20, *caput* e § 3º, do Código de Processo Civil, a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, no percentual de 10 a 20% sobre o valor da condenação.
9. A verba honorária de sucumbência deve ser calculada considerando a base de cálculo composta pelo valor condenatório dos danos morais acrescido do dano material, assim compreendido as parcelas das pensões mensais vencidas mais doze meses das vincendas.
10. Deu-se provimento ao recurso dos autores e parcial provimento aos recursos das rés.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, José Divino de Oliveira – Relator, Vera Andrighi – Revisora, Esdras Neves – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Jair Soares, em proferir a seguinte decisão: conhecidos. Provido o recurso dos autores. Provido parcialmente o recurso das rés. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de conhecimento, subordinada ao procedimento comum de rito sumário, ajuizada por F. DAS C.N.L. e L.S.G. em face das empresas TRANSBRASILIANA TRANSPORTES E TURISMOS LTDA. e NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A.

Os autores narram que, no dia 26/03/2009, o seu filho, o menor H.G.L., sofreu acidente de trânsito, decorrente de conduta culposa do motorista da primeira ré, que teria perdido o controle do veículo, capotando no acostamento da via e colidindo em obstáculo fixo. Alegam que a morte abrupta do filho causou-lhes danos materiais e morais, que devem ser reparados e indenizados. Postulam a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que sejam fixados alimentos provisórios. No mérito, requerem a condenação da rés ao pagamento de pensão, paga de uma só vez, a constituição de capital para assegurar o cumprimento desta obrigação e a reparação dos danos morais, no importe equivalente a quinhentos salários-mínimos.

Realizada a audiência de conciliação e restando infrutífero o acordo (fls. 131/132), as rés apresentaram contestação.

A Nobre Seguradora do Brasil S/A alegou que o acidente era inevitável, na medida em que o motorista foi surpreendido por animal na pista, o que lhe exigiu empreender um desvio, malsucedido, em razão das péssimas condições da rodovia. Aduziu que, dessa forma, não haveria nexo de causalidade entre a conduta da segurada e o evento danoso. Em observância ao princípio da eventualidade, requereu a denúncia à lide do IRB Brasil Resseguros S.A., destacando que já pagou a outras vítimas o *quantum* de R\$ 20.000,00, o qual deve ser deduzido do limite de sua responsabilidade. Defendeu a inoccorrência de dano moral e a exorbitância do pedido condenatório. Asseverou não ser devido o pagamento de pensão, pois a vítima era menor de catorze anos e não exercia atividade laborativa, bem como a constituição de capital, na medida em que as rés seriam empresas de notória idoneidade financeira. Argumentou que os autores não preencheram os requisitos necessários a antecipação da tutela e que o valor relativo ao seguro obrigatório deveria ser abatido de eventual condenação. Insurgiu-se contra os pedidos vinculados ao salário-mínimo e a fixação de juros legais e correção monetária a partir do evento danoso. Pugna a improcedência dos pedidos, e, subsidiariamente, o reconhecimento dos limites das coberturas securitárias; a dedução na verba indenizatória do valor referente ao DPVAT e a observância dos valores já pagos em decorrência do sinistro (fls. 133/159).

A Transbrasiliana Transportes e Turismo Ltda. alegou, inicialmente, conexão com o processo distribuído sob o nº 2010.01.023450-5, ajuizado pela segunda autora,

e com outras duas ações, que envolvem o mesmo fato, postulando a reunião das demandas. Ainda em sede de preliminar, requereu a conversão do procedimento para o rito ordinário e impugnou o pedido de antecipação de tutela. Quanto aos fatos, negou o excesso de velocidade, sustentando que vários fatores imprevisíveis contribuíram para o acidente, o que afastaria a sua responsabilidade civil. Defendeu a inexistência de dano material, aduzindo que, em caso de condenação, haveria de ser fixado apenas o interstício correspondente aos 14 e 25 anos da vítima. Asseverou que, de qualquer forma, não seria devida a pensão ao primeiro autor, pois a guarda da criança era apenas da segunda autora. Declarou que prestou assistência aos autores, com hospitais e transporte aéreo, com o fim de minimizar os efeitos do acidente. Argumentou que a autora já postulou dano moral em outra ação, havendo litispendência quanto ao pedido, além de abusividade no valor postulado. Afirmou não ser necessária a constituição de capital, pois, em caso de eventual condenação, incluirá o nome dos autores em folha de pagamento. Pediu, preliminarmente, a reunião dos processos; a conversão do rito e o indeferimento da liminar. No mérito, requereu a improcedência dos pedidos e, subsidiariamente, a fixação de danos morais em patamar razoável e a declaração de responsabilidade da seguradora (fls. 167/198).

Às fls. 259/260, indeferiu-se os pedidos de reunião dos processos por conexão e de conversão do rito.

Saneado o processo, sobreveio a sentença (fls. 299/311), julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de R\$ 154.256,00, a título de reparação pelos danos materiais, sob a forma de pensionamento, pago de uma só vez, e a compensação pelos danos morais, no valor de R\$ 40.000,00.

Inconformadas, as rés recorrem.

A Nobre Seguradora do Brasil S/A alega, em síntese: (i) não ser cabível o pagamento da pensão, pois a vítima era menor de idade; (ii) que, em caso de condenação à reparação dos danos materiais, deve ser observado o caráter meramente compensatório e não alimentar; (iii) ser a sua responsabilidade subsidiária, e não solidária, além de restrita aos limites contratuais; (iv) dever os juros moratórios incidir a partir da sentença, quanto à condenação do dano moral, e da citação,

quanto ao pensionamento; (v) dever a verba honorária ser limitada ao valor correspondente aos danos morais acrescidos de apenas um ano de pensão; (vi) deve ser deduzido do valor condenatório a importe correspondente ao DPVAT. Pede a reforma da sentença (fls. 320/336).

A Transbrasiliana Transportes e Turismos Ltda., por sua vez, reitera as alegações de ausência de nexo de causalidade e de necessidade de restringir o dano material ao período correspondente aos 14 e 25 anos da vítima. Acrescenta que o valor condenatório de danos morais é desproporcional e implica enriquecimento ilícito dos autores e que os juros de mora devem incidir a partir do arbitramento, por se tratar de responsabilidade contratual. Postula o prequestionamento e a reforma da sentença (fls. 360/381).

Os recursos foram devidamente preparados (fls. 337 e 382, respectivamente) e contra-arrazoados (fls. 388/410).

No prazo de resposta, os autores interpuseram recurso adesivo, postulando a majoração do dano moral e o afastamento da sucumbência parcial (fls. 411/421)

Recurso isento de preparo (fls. 103).

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 432).

É o relatório.

VOTOS

Des. José Divino de Oliveira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos, os quais serão analisados conjuntamente.

Trata-se de apelações contra a sentença que condenou a Transbrasiliana Transportes e Turismos Ltda. e a Nobre Seguradora do Brasil S/A, solidariamente, a indenizar F. das C.N.L. e L.S.G., em R\$ 154.256,00, a título de danos materiais, e a compensar-lhes os danos morais, no valor de R\$ 40.000,00, em decorrência de acidente, no qual faleceu o filho comum do casal.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS RÉS

A responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviços públicos é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 932, III, do Código Civil.

Assim, para fins de responsabilização da empresa de transporte coletivo, faz-se necessário verificar o preenchimento dos pressupostos de demonstração da existência do fato e a relação de causalidade entre este, o dano alegado e o sujeito a quem se imputa.

Na espécie, a controvérsia cinge-se ao nexo de causalidade, restando incontroversa a ocorrência do acidente envolvendo veículo de propriedade da primeira ré e segurado pela segunda ré e o evento morte.

Assim, tem-se, de um lado, os autores que asseveram haver o empregado da ré sido imprudente, na medida em que conduzia o veículo em velocidade incompatível com a via, sabidamente perigosa; e de outro, as rés, que alegam ter o motorista sido surpreendido por animal na pista, que, em condições de neblina e sem sinalização, dificultaram o controle da condução do ônibus, a configurar caso fortuito e força maior.

Da análise do conjunto probatório, permite-se concluir que, a despeito de a perícia não ter sido conclusiva quanto à causa determinante do evento danoso (fls. 111), ficou demonstrado que a ré se descuidou do seu dever de transportar os passageiros com segurança.

Com efeito, relatou o preposto da ré que, na noite dos fatos, dormiu apenas 4h30, antes de iniciar o trajeto Santa Inês-Imperatriz (fls. 91), quando é cediço que o repouso por no mínimo oito horas antes de se iniciar uma jornada é fundamental para garantir a atenção e a concentração ao volante.

Assim, ainda que não se possa asseverar que o motorista tenha dormido enquanto dirigia, o fato é que a ré foi imprudente ao autorizar que seu preposto transportasse pessoas, e, portanto, vidas, sem o descanso prévio necessário.

A ré afirma, no entanto, que o condutor foi surpreendido por animal na pista, o que lhe exigiu empreender um desvio, malsucedido, em razão de desnível na pista, que provou o tombamento do veículo.

Ocorre que o croqui de fls. 90 descreve que o ônibus estava em linha reta, antes de sair da pista e capotar, o que afasta a alegação do suposto desvio. Nada obstante, concluiu a perícia realizada no local que não havia desnível na pista (fls. 51), o que é corroborado pelas fotos de fls. 99/101. Por fim, o motorista sequer conseguiu descrever o suposto semovente, mesmo estando em baixa velocidade.

Assim, carece a alegação de caso fortuito e força maior de verossimilhança, não tendo as rés se desincumbido de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores, como determina o art. 333, II, do CPC.

Por consequência, demonstrado que o motorista do veículo da primeira ré, segurado pela segunda ré, não agiu com o devido cuidado, em rodovia perigosa e sinuosa, causando o óbito do filho comum dos autores, devem as rés responder pelo fato danoso.

Nesse ponto, insta assentar que a segunda ré, seguradora da primeira, pode sim ser condenada direta e solidariamente a pagar os prejuízos experimentados pelos autores, observado, no entanto, os limites contratados na apólice para a cobertura de danos causados a terceiros, como bem ressaltado pelo sentenciante, *in verbis*:

“Ressalto que a responsabilidade das rés é solidária pela obrigação, embora, seja a da segunda ré, nos limites contratados [...]” (fls. 309)

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

ART. 543-C DO CPC. SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA EM FACE DO SEGURADO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA.

POSSIBILIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e soli-

dariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.

2. Recurso especial não provido.”¹

Imposta, portanto, a responsabilidade das rés, cumpre verificar a existência e a extensão dos danos sofridos.

DANO MATERIAL

Os autores postularam a reparação do dano material, sob a forma pensionamento, no valor equivalente à renda da vítima, pelo período correspondente a data da lesão fatal e o alcance da idade de 65 anos.

Primeiramente, como bem observado pelo magistrado, “não se mostra razoável a afirmação de que o filho falecido ajudava no sustento do lar, pois possuía apenas 6 anos na data do evento, enquanto, constitucionalmente proibido o labor de menor de 14 anos de idade.” (fls. 306).

Nada obstante, a jurisprudência é firme no sentido de que é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exercesse atividade remunerada, na medida em que se presume a assistência mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda.

A propósito:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO CUSTODIADO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

EXORBITÂNCIA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO SUSTENTO DA FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSÃO PÓS-MORTE EM FAVOR DOS GENITORES DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE.

1 REsp 925130/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe 20/04/2012.

[...]

3. Quanto aos danos materiais, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é devida a indenização de dano material consistente em pensão mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda (AgRg no REsp 1228184/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

[...]

5. Agravos regimentais não providos.²

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. MORTE DE FILHO MENOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. FAMÍLIA POBRE. PENSIONAMENTO DOS PAIS. TERMO INICIAL.

I – A morte de filho menor em acidente, mesmo que à data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada, autoriza os pais, quando de baixa renda, a pedir ao responsável pelo sinistro a indenização por danos materiais, resultantes do auxílio que futuramente o filho poderia prestar-lhes, com início a partir da data em que a vítima completaria 14 (quatorze anos), época em que poderia exercer atividade remunerada, mesmo na condição de aprendiz. [...].³

Assim, é devida a indenização de dano material aos genitores do menor falecido, mas o termo inicial da pensão deverá ser a data em que o filho completaria 14 anos, quando então estaria autorizado a trabalhar na condição de aprendiz.

O termo final, por sua vez, é a data correspondente a 65 anos de idade da vítima, porquanto é esta a expectativa de vida do brasileiro, e não de 25 anos, como pretende a primeira ré.

O arbitramento, entretanto, deve observar a razão de 2/3 do salário-mínimo, no interstício que compreenderia os 14 e 25 anos de vida da vítima; e de 1/3, a partir

2 AgRg no REsp 1325255/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 17/06/2013.

3 Acórdão 348868, 20050910076445APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/03/2009, Publicado no DJE: 06/04/2009. Pág.: 88.

de então, até os expectados 65 anos, quando se presume que constituiria família e reduziria o auxílio aos seus genitores.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA MENOR. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO.

1. Tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização.

2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário-mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

3. Agravo regimental provido. Recurso especial conhecido e provido.”⁴

“CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESVIO DE ROTA PELO CONDUTOR DO CAMINHÃO FRIGORÍFICO. ATROPELAMENTO E MORTE. MENOR. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. PENSÃO DEVIDA. RAZOABILIDADE DOS DANOS MORAIS FIXADOS NA ORIGEM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS.

[...]

2. Na linha de entendimento da Corte Superior, é devida pensão aos pais do filho menor, que não exercia atividade remunerada, sendo que tal verba deve ser fixada na proporção de 2/3 do salário-mínimo até os 25 (vinte e cinco) anos da vítima, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que essa completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

[...]

5. Apelação não provida. Sentença mantida.”⁵

4 AgRg no Ag 1217064/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe 08/05/2013.

5 Acórdão 564465, 20090310354499APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Publicado no DJE:

"DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE VEÍCULO. CULPA. MORTE DE MENOR. PENSÃO. TERMO INICIAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PREPARO. AUSÊNCIA. DESERÇÃO.

[...]

3 – A pensão por morte de menor é devida a partir da data em que completaria 14 anos de idade, época em que estaria autorizado a trabalhar na condição de aprendiz, passando a contribuir para o orçamento familiar.

4 – Nos casos em não há provas do valor da renda da vítima ou da existência dessa, a pensão deve ser fixada em fração do salário-mínimo.

5 – Apelação dos réus não conhecida e dos autores não provida."⁶

Por fim, é incabível a dedução do valor correspondente ao seguro obrigatório DPVAT, uma vez que não comprovado o recebimento dessa indenização pelos autores.

DANO MORAL

O dano moral consiste na lesão a um dos direitos da personalidade. É aquele que gera constrangimento ou frustração extremamente significativa, capaz de ofender a dignidade da pessoa humana.

Para a sua compensação, deve o magistrado avaliar e sopesar a violação psíquica do ofendido, proporcionando-lhe adequado conforto material como forma de atenuar seu sofrimento, sem, contudo, se olvidar das condições econômicas das partes; a natureza do dano e a sua extensão, etc.

Impera a observância, ainda, de que a indenização deve servir de fator de minimização da dor das vítimas, sem, contudo, gerar enriquecimento sem causa (art. 884, CC/02) e, ao mesmo tempo, propiciar mudança de comportamento do

13/02/2012. Pág.: 165.

6 Acórdão 527542, 20060710141012APC, Relator: JAIR SOARES, Revisor: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, Publicado no DJE: 18/08/2011. Pág.: 239.

ofensor. Portanto, a indenização não pode ser demasiadamente expressiva a ponto de traduzir enriquecimento ilícito, mas nem tão pequena que se torne irrisória.

Conforme a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

*"A vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que o integrante de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*⁷

Nesse contexto, de acordo com os pressupostos acima consignados, máxime a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a sanção pecuniária não pode configurar enriquecimento sem causa da vítima, e ainda diante das circunstâncias do caso em apreço, em que as partes perderam um filho com apenas seis anos de idade, entendo que a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) se revela mais proporcional e razoável para a compensação dos danos morais sofridos.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Quanto aos encargos acessórios, fixou a sentença que a correção monetária da indenização pelos danos materiais e morais causados deveria incidir a partir da data da sentença e os juros de mora, do evento danoso.

Tratando-se, no entanto, de responsabilidade contratual, os juros de mora devem incidir desde a citação, conforme remansosa jurisprudência. A correção monetária, por sua vez, deve incidir do arbitramento, não merecendo quaisquer reparos a sentença recorrida nesse ponto.

A propósito:

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Editora Forense, 9. ed., p. 60.

“AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – LESÃO CORPORAL DECORRENTE DE QUEDA SOFRIDA NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – AUSÊNCIA DE OMISSÕES NO ACÓRDÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – FIXAÇÃO – RAZOABILIDADE – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – JUROS DE MORA – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.

[...]

5. No que diz respeito ao termo inicial de incidência dos juros, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que incidem, desde a citação, em casos de responsabilidade contratual, hipótese observada no caso em tela.

6. A correção monetária deve incidir a partir do arbitramento do valor da condenação.

7. Agravo Regimental improvido.”⁸

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. DATA DO ARBITRAMENTO. JUROS MORATÓRIOS. 1% AO MÊS, A PARTIR DA CITAÇÃO.

- Acolhem-se os embargos de declaração para sanar omissão do julgado.

- O índice de correção monetária a ser adotado é o que reflete a variação de preços ao consumidor, nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte.

- A correção monetária da verba fixada a título de danos morais incide desde a data do seu arbitramento. Enunciado 362 da Súmula/STJ.

- Os juros moratórios incidem no percentual de 1% (um por cento ao mês) na vigência do CC/2002.

- Tratando-se, na hipótese, de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem ser aplicados a partir da citação.

- Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.”⁹

HONORÁRIOS

Nos termos do art. 20, *caput* e § 3º, do Código de Processo Civil, a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, no percentual de 10 a 20% sobre o valor da condenação.

Na hipótese, verifica-se que os autores postularam três pedidos: reparação do dano material, constituição de capital para assegurar o cumprimento desta condenação e indenização pelos danos morais, tendo sido vencedor em dois deles, os principais.

Logo, a sua sucumbência foi mínima, mormente porque a condenação em danos morais em montante inferior ao postulado não configura sucumbência recíproca, nos termos do enunciado 326 do STJ.

Por outro lado, a verba honorária de sucumbência deve ser calculada considerando a base de cálculo composta pelo valor condenatório dos danos morais acrescido do dano material, assim compreendido as parcelas das pensões mensais vencidas mais doze meses das vincendas.

Nesse sentido:

“RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916, MAS QUANDO JÁ EM VIGOR A CF/1988. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR, FUNDADA EM CULPA PRESUMIDA. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. PENSÃO MENSAL. FIXAÇÃO EM CONFORMIDADE COM OS PEDIDOS FORMULADOS PELO AUTOR NA EXORDIAL. RECONHECIMENTO DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO SOBRE O MONTANTE TOTAL DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

[...]

9 EDcl no AgRg no REsp 1306213/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 10/12/2012.

6. Quando a sentença for de natureza condenatória, para fins de arbitramento dos honorários advocatícios, deve ser aplicado o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, inclusive os limites percentuais nele previstos, com incidência sobre o valor total da condenação. Portanto, para o cálculo da verba honorária de sucumbência, considerar-se-á, além do valor das pensões mensais (as vencidas e mais doze meses das vincendas), também as parcelas concedidas a título de danos moral e estético.

7. Recursos especiais parcialmente providos.¹⁰

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso dos autores para, reformando em parte a respeitável sentença, majorar a indenização pelo dano moral sofrido para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e afastar a condenação nas verbas sucumbenciais. DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos das rés, para determinar que os juros de mora sobre a condenação incidam a partir da citação e que a verba honorária de sucumbência seja calculada considerando o valor condenatório dos danos morais acrescido do dano material, assim compreendido apenas as parcelas das pensões mensais vencidas mais doze meses das vincendas.

É como voto.

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

Des. Esdras Neves (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecidos. Provido o recurso dos autores. Provido parcialmente o recurso das rés. Unânime.

10 RÊsp 876.144/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 20/08/2012.

APELAÇÃO CÍVEL

2013011154385-5

Relator – Des. João Egmont

Quinta Turma Cível

EMENTA

Processual civil. Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Documento particular. Artigo 585, II, do CPC. Contrato de cessão de uso de jazigo. Ausência de assinatura de testemunhas. Pessoas com função específica no negócio jurídico. Reprodução gráfica da assinatura. Descaracterização do título executivo. Extinção do processo, sem resolução do mérito, à míngua dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (CPC, 267, IV).

1. São requisitos necessários para realizar qualquer execução: a) inadimplemento do devedor; b) título executivo.

2. Destarte, o artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil, ao atribuir força executiva ao documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, não exige que os seus nomes sejam explicitados. 2.1 Contudo, não se pode considerar como testemunhas pessoas que se identificam como responsável e atendente, como sói ocorrer na hipótese dos autos e neste sentido haver diversas manifestações deste E. Tribunal. 2.2 Esta circunstância, certamente, subverte a finalidade de assegurar que o pacto foi realizado naqueles moldes, máxime quando as pessoas a quem se quer intitular testemunhas no contrato, a despeito de não ser exigida qualificação explícita neste sentido, ostentam designações específicas no negócio jurídico: “responsável” e “atendente”. 2.3 Caso tivessem efetivamente a qualidade de testemunhas, seriam simplesmente indicadas como tal, isto é, “testemunhas”.

3. Constatando-se que o documento que aparelha a execução não constitui título executivo, ressentindo-se, portanto, o procedimento de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, impõe-se a extinção do

processo, sem resolução de mérito, com fulcro nos artigos 267, IV, 598 e 618, I, todos do Código Buzaid.

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Egmont – Relator, Luciano Moreira Vasconcellos – Revisor, Sebastião Coelho – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Sebastião Coelho, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de março de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por CAMPO DA ESPERANÇA SERVIÇOS LTDA. contra a sentença proferida em ação de execução por quantia certa movida em desfavor de J.C.P.G..

Na inicial, a exequente alega que adimpliu a contraprestação que lhe correspondia, alusiva ao contrato de particular de cessão de uso de jazigo de dois compartimentos, localizado no Cemitério Campo da Esperança, em Brasília/DF (CTJ-009366, fl. 18). Informa que o executado J.C.P.G., entretanto, realizou o pagamento da entrada e da primeira parcela, totalizando R\$ 234,00, tornando-se inadimplente em relação às prestações vencidas no período de 10/11/2008 e 12/04/2010, equivalentes a R\$ 2.106,00, cujo valor atualizado alcança a cifra de R\$ 4.108,62 (fls. 02/08).

Pela sentença de fls. 68/71, o processo foi extinto sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso VI, do CPC, sob o fundamento de que o documento que instruiu a execução não tem força de título executivo, pois que não está assinado por duas testemunhas.

Nesta sede recursal, a apelante sustenta, em resumo, que o contrato apresentado constitui título executivo extrajudicial, já que a presença das assinaturas do

outorgante, do outorgado e de mais duas testemunhas atende ao previsto no art. 585, II, do CPC, afirmando ainda que a lei não impõe qualquer exigência para o aperfeiçoamento do título executivo. Requer a cassação da sentença, garantindo a eficácia do título executivo, e o regular processamento do feito (fls. 81/91).

Preparo à fl. 92.

Sem contrarrazões à minguia de angularização da relação processual (fl. 96).

É o relatório.

VOTOS

Des. João Egmont (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Cuida-se de apelação interposta por CAMPO DA ESPERANÇA SERVIÇOS LTDA. contra a sentença proferida em ação de execução por quantia certa movida em desfavor de J.C.P.G.

A recorrente busca a modificação da sentença proferida em sede de execução de título extrajudicial, às fls. 68/71, de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, VI, do CPC), à minguia de título hábil a aparelhar o feito executivo, porquanto ausente a assinatura de duas testemunhas no documento que instrui a inicial (contrato de cessão de uso de jazigo).

A propósito, o *decisum* combatido restou assim fundamentado:

“Toda execução deve fundar-se em título executivo, podendo ser o título judicial ou extrajudicial. Na presente hipótese, pretende equivocadamente o credor dar força executiva a simples Contrato de Cessão de Uso de Jazigo, sem observar a legislação processual civil em vigor quanto aos requisitos básicos e constitutivos da formação do título, quais sejam, título líquido, certo e exigível (art. 586 do CPC) e assinado pelo devedor e duas testemunhas, conforme preceitua o art. 585, II, do CPC.

O documento acostado aos autos não tem força de título executivo em face de não estar assinado por duas testemunhas. As pessoas denominadas “aten-

dente” e “responsável”, não foram qualificados e tampouco designados como testemunhas. Ademais, a mera impressão gráfica da firma no documento particular não o torna título executivo extrajudicial.

No tocante às novas assinaturas acrescentadas ao lado das impressões gráficas mencionadas, tratam-se de rubricas sem identificação. A identificação das testemunhas que assinam o documento é exigível, mormente porque há dúvida razoável a justificar o esclarecimento sobre a validade do negócio. Considerando-se que as assinaturas não foram feitas na hora em que firmado o ajuste, não há certeza quanto à própria existência do negócio ou à ciência de seu conteúdo ou tampouco que o negócio tenha sido celebrado dentro da legislação e sem os defeitos que podem advir de um negócio jurídico.

Ademais, verifico que as novas assinaturas são iguais, em todos os contratos objeto de processos distintos, apesar de tais contratos terem datas diversas, o que deixa claro que se tratam de prepostos da empresa Campo da Esperança e não de testemunhas, efetivamente.

Em relação ao atendente e ao responsável, estes não podem ser considerados testemunhas, uma vez que no ato de assinatura do contrato atuavam como prepostos da empresa autora.

Assim sendo, a via executiva é imprópria à pretensão do credor, caso em que a impossibilidade jurídica de execução sem título impõe a extinção (...).

Assim, caso as pessoas que assinaram o contrato fossem testemunhas do pacto, teriam sido qualificadas como testemunhas. No entanto, constam meras rubricas interpostas no meio de impressões gráficas de outras assinaturas, sem qualificação e sem serem qualificadas como testemunhas.

Diante da incerteza que se apresenta, não me resta outra alternativa, senão o indeferimento da inicial e a extinção do presente feito.” – fls. 28/31

Como dito, a recorrente, com firme intento de ver alterado o entendimento acima transcrito, advoga a tese de que, diante da ausência de exigência legal acerca da qualificação das testemunhas, os vocábulos “responsável” e “atendente”, constantes do negócio jurídico em tela, não têm o condão de desqualificar o

caráter testemunhal, máxime quando a designação das testemunhas somente é relevante no caso de o executado alegar falsificação do título.

Em que pese a argumentação desenvolvida pela apelante, razão não lhe assiste.

Com efeito, segundo o preceptivo inserto no art. 580 do Código de Processo Civil, a "execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo".

E o art. 585, seguinte, ao disciplinar acerca dos títulos executivos extrajudiciais, em seu inciso II dispõe que:

"Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;”- g.n.

É cediço que a figura da testemunha, de regra, é pessoa alheia ao negócio jurídico, que ao assinar o respectivo instrumento, declara a veracidade do ajuste, quer em relação aos sujeitos signatários quer aos próprios termos acordados. Deste modo, a assinatura de duas testemunhas constitui, pois, formalidade essencial para atribuir força executiva ao documento particular.

Não se desconhece, todavia, que o entendimento jurisprudencial, não raras vezes, tem mitigado o rigorismo de tal solenidade em relação às testemunhas contratuais, orientando no sentido de que pode ser dispensada a sua presença no ato de celebração do negócio jurídico, assim como a respectiva qualificação.

Na espécie *sub judice*, vê-se que a rubrica vinculada à expressão "responsável", nada mais é do que uma singela reprodução constante de um documento estereotipado, adrede impresso e/ou arquivado eletronicamente. Quer dizer, foi inserida no documento em tela, *a priori*, sem a ciência do seu signatário (fl. 18).

Ademais, como bem observado pelo magistrado sentenciante, "as novas assinaturas são iguais, em todos os contratos objeto de processos distintos, apesar de tais

contratos terem datas diversas, o que deixa claro que se tratam de prepostos da empresa Campo da Esperança e não de testemunhas, efetivamente” (fl. 69).

Não bastasse isso, as pessoas que o apelante alega serem testemunhas no contrato, a despeito de não ser exigida qualificação explícita neste sentido, ostentam designações específicas no negócio jurídico: “responsável” e “atendente”, agindo naquela oportunidade como prepostos da apelante. Caso tivessem efetivamente a qualidade de testemunhas, seriam simplesmente indicadas como tal, isto é, “testemunhas”.

Destarte, o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, ao atribuir força executiva ao documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, não exige que os seus nomes sejam explicitados. Contudo, não se pode considerar como testemunhas pessoas que se identificam como responsável e atendente, como sói ocorrer na hipótese dos autos e neste sentido haver diversas manifestações deste E. Tribunal.

Certo é que, já em última análise, o documento que aparelha a presente execução não constitui título executivo, ressentindo-se, portanto, o procedimento de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Dentro deste quadrante, nego provimento ao recurso e mantenho incólume o veredicto guerreado, ainda que por fundamento diverso (artigos 267, IV, 598 e 618, todos do Código Buzaid).

É como voto.

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Revisor) – Recorre Campo da Esperança Serviços Ltda. da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Execução de Título Extrajudicial, que na ação de execução movida em desfavor de J.C.P.G., extinguiu o feito, sem resolução do mérito, sob o argumento de não ter o título que instruiu a inicial força executiva, em razão da ausência da assinatura de duas testemunhas no contrato de cessão de uso de jazigo, sob o argumento de que o documento de fls.18 está assinado por duas testemunhas, ainda que estejam denominadas como “responsável” e “atendente” sendo desnecessária a qualificação delas, uma vez que não exigido por lei, só se mostrando relevante nos casos de falsificação

do documento, o que não é o caso, requerendo a sua reforma para reconhecer a natureza executiva do título.

Conheço do recurso.

Correta a sentença.

Dou os motivos.

O sentenciante extinguiu o processo, sem resolução de mérito, em razão da ausência de assinatura de duas testemunhas exigidas pelo inciso II do artigo 585 do CPC, nos seguintes termos:

“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;”

Sustenta o recorrente que o documento foi assinado por duas pessoas denominadas “responsável” e “atendente”, que atuaram como testemunhas, convalidando o contrato e dando-lhe a força executiva necessária para o prosseguimento do feito.

Claros são os termos do artigo ao dizer que são necessárias duas testemunhas que comprovem a avença entre as partes.

Isto não se tem.

Analisando o documento de fls. 18 vê-se que a assinatura do dito responsável não foi feita na hora que firmado o contrato, tratando-se de mera “assinatura eletrônica” que já se encontravam apostas quando o recorrido o assinou, não podendo ser utilizada para dar força executiva ao contrato que se pretende ver cumprido.

Em relação ao atendente, este não pode ser considerado testemunha, uma vez que no ato de assinatura do contrato atuava como preposto da empresa.

Assim, faltando-lhe a exigibilidade exigida para a execução de título, não é possível atender o pedido do recorrente.

Assim vem decidindo este Tribunal:

"APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE. VIA INADEQUADA. REQUISITOS PARA AÇÃO DE EXECUÇÃO. EXIGIBILIDADE. CERTEZA. LIQUIDEZ. ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. DOCUMENTO PARTICULAR. DEVER DE CONCESSÃO DE OPORTUNIDADE PARA EMENDA DA INICIAL. ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO LEGAL. SENTENÇA CASSADA.

1. Em sede de atividade de execução, exige-se a presença de título executivo, judicial ou extrajudicial, o qual deve conter obrigação certa, líquida e exigível, conforme preceituam os artigos 580 e 586 do Código de Processo Civil.

2. O Código de Processo Civil, em seu artigo 585, inciso II, estabelece, com clareza, que o título executivo extrajudicial, em se tratando de documento particular, deve vir assinado pelo devedor e por duas testemunhas, sob pena de violação dos atributos da exigibilidade e da certeza da obrigação.

3. Inexistindo lei específica que atribua força executiva a Contrato de Abertura de Crédito Fixo laborado sem a assinatura de duas testemunhas, não há que se questionar a inadequação da via executiva para cobrança do crédito.

4. Quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor for inadequado, cumpre ao juiz determinar a emenda da inicial, a fim de que a parte possa adequá-la ao procedimento legal, revelando-se o indeferimento de plano da inicial medida avessa ao primado da economia processual.

5. Apelação conhecida e provida. Sentença cassada.

(Acórdão 691254, 20130310072673APC, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/07/2013, Publicado no DJE: 10/07/2013. Pág.: 91)"

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL. ADEQUAÇÃO DO RITO. INÉRCIA DA PARTE EXEQUENTE. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CABIMENTO.

1. A intimação pessoal prevista no §1º do artigo 267 do Código de Processo Civil, somente é exigível nos casos de abandono de causa de que tratam os incisos II e III do mencionado dispositivo.

2. O instrumento contratual particular somente pode ser considerado título de crédito extrajudicial, quando estiver assinado por duas testemunhas, nos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil.

3. Evidenciado que a parte exequente, regularmente intimada a promover a emenda à inicial, deixou transcorrer in albis o prazo assinado, mostra-se correta a extinção do processo, nos termos do artigo 267, inciso I c/c artigo 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. Recurso de Apelação conhecido e não provido.

(Acórdão 651362, 20120910008590APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/01/2013, Publicado no DJE: 06/02/2013. Pág.: 113)“

Por estes motivos, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Este o meu voto.

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2009011030647-0

Relatora – Desa. Nídia Corrêa Lima

Terceira Turma Cível

EMENTA

Administrativo e processual civil. Ação de improbidade administrativa. Construção irregular. Invasão de área pública. Ordem de demolição. Expedição irregular de alvará de funcionamento por parte do administrador regional. Locupletamento indevido da empresa ocupante da área pública. Vínculo de parentesco entre o administrador e os sócios da empresa. Ato de improbidade administrativa caracterizado.

1. A ocupação irregular de área pública, com edificação permanente, erigida sem licenciamento e em desacordo com a legislação local, não é passível de adequação à lei vigente, devendo ser demolida pela Administração Regional, nos termos da Lei 2.105/98.

2. Verificado que o servidor público réu, na qualidade de Administrador Regional de Brazlândia-DF, deixou de observar dever legal de demolição de obra irregular e emitiu Alvará de Funcionamento em favor de empresa, de propriedade de seus filhos, que ocupa irregularmente área pública, sem a observância dos requisitos legais, tem-se por caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa.

3. Conforme previsto no artigo 3º da Lei 8.429/92, as disposições previstas na referida norma são aplicáveis, no que couber “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

4. Evidenciado que a empresa ré, mediante a apresentação de informações falsas à Administração Regional de Brazlândia e aproveitando-se do fato de o Administrador ser genitor de seus sócios, beneficiou-se com a concessão de alvará de funcionamento, que viabilizou o seu locupletamento indevido, ante o exercício

de suas atividades comerciais em área pública, sem a necessidade de pagamento de taxa de ocupação, mostra-se correta a sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa.

5. Apelação Cível e Remessa Oficial conhecidas parcialmente providas.

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. Dar parcial provimento ao recurso e à remessa. Por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Remessa Oficial e de Apelação Cível interposta contra a r. sentença de fls. 1084/1092, cuja ementa transcrevo, *in verbis*:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, por sua 1ª Promotoria de Defesa da ordem Urbanística, ajuizou Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, com pedido de liminar, em desfavor de E. DE O.S. e de MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., ambos qualificados nos autos, objetivando a imposição das sanções previstas na Lei 8.429/92, em razão do suposto cometimento de ato de improbidade administrativa.

O autor relatou que o primeiro requerido ocupava o cargo de Administrador Regional de Brazlândia e que ele e sua esposa teriam sido os primeiros sócios da empresa então denominada “Brazlândia Central de Alimentos Ltda.”, constituída no ano de 1999, sendo que, em maio desse mesmo ano, eles teriam transferido a totalidade de suas cotas sociais para seus filhos, E.A.O. e M.A. de O., os quais alteraram o nome da razão social da empresa para “Mercearia Brazlândia Ltda.”, ora segunda requerida.

Informou que, em março de 2006, a segunda requerida iniciou obras de ampliação de sua sede, oportunidade em que teria feito uso de grande porção de área pública, tendo, inclusive, removido asfalto de estacionamento público para erigir suas obras no local.

Noticiou que, originalmente, a segunda requerida ocupava apenas 46,78 m² de área pública, isso a título precário, o que, posteriormente, teria se expandido para 811 m², incluindo-se térreo e pavimentos.

Asseverou que, em abril de 2006, Fiscais da Agefis compareceram ao local, a fim de coibir a “invasão” da área pública, oportunidade em que lavraram Auto de Embargado e, posteriormente, intimação demolitória.

Todavia, a demolição jamais teria sido executada, uma vez que a segunda requerida teria obtido, junto à Administração Regional, a concessão de alvará.

Entende que a concessão de alvará se deu de maneira irregular, porque o estabelecimento da segunda requerida se encontrava situado em área pública.

Aduziu que a cessão de uso do bem público somente poderia se dar, segundo entende, para a fixação de materiais facilmente removíveis e não para a edificação de um prédio, sendo certo, no seu entender, que o pagamento de taxa de ocupação de uso, tal como feito, não retiraria o caráter supostamente ilícito da ocupação.

Argumentou que o primeiro requerido se valeu de seu cargo de Administrador Regional para conceder, irregularmente, alvará de funcionamento à empresa de titularidade de seus filhos, com prazo de validade de 02 (dois) anos, o que caracterizaria improbidade administrativa, até porque a empresa ré teria incorporado a área que é pública ao seu patrimônio, bem como estaria em mora com o pagamento de algumas taxas de ocupação do espaço.

Ponderou que a empresa requerida, por supostamente ter se beneficiado do ato de improbidade, também teria legitimidade para figurar no polo passivo da ação e, via de consequência, suportar o ônus de eventual condenação.

Discorrendo acerca da presença dos requisitos necessários ao deferimento da medida de urgência, argumentou que o primeiro requerido, por ser Administra-

dor Regional, poderia influenciar, negativamente, na instrução probatória da presente ação, de modo que, em sede de medida cautelar, requereu que fosse determinado seu afastamento do cargo. Ainda em sede de cautelar, requereu a anulação do alvará de funcionamento 163/2008.

No mérito, requereu a condenação do primeiro requerido: à perda da função pública que ocupa, bem como de qualquer outra que esteja ocupando à época da execução; à suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos; ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 152.502,81; e, a não contratar com o poder público e/ou receber deste qualquer incentivo fiscal ou crédito pelo prazo de 10 (dez) anos.

No que se refere à segunda requerida, pugnou por sua condenação: ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 200.184,87; à proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber incentivos fiscais e creditícios pelo prazo de 10 (dez) anos; e, a pagar valores relativos a taxas de ocupação do espaço público até a data em que se proceda a demolição de seu estabelecimento.

Instruíram a inicial os documentos de fls. 31/526.

Pedido de liminar indeferido às fls. 528/530. Contra essa decisão, a parte autora interpôs agravo de instrumento (fls. 546/565), o qual foi convertido em agravo retido (fls. 911/1082).

Devidamente notificada, a segunda requerida apresentou “defesa preliminar” às fls. 584/590, oportunidade em que alegou que a presente ação seria temerária, uma vez que seu Alvará de Funcionamento e Localização teria sido revogado em 27 de janeiro de 2009.

Alegou que ocupa, regularmente área pública, tanto é que paga taxa de ocupação sobre área de 520,40m², que é o espaço que realmente ocupa, diferentemente do alegado pelo autor.

Ponderou que, originalmente, seu estabelecimento ocupava os lotes de 03 a 10 daquele setor, sendo que em abril de 2006 firmou contrato de locação com o proprietário do lote 02, a fim de ampliar o seu ponto comercial.

Disse que a taxa de ocupação por ele paga estaria dentro dos limites da legislação urbanística. Asseverou que a alegação de que teria obtido alvará de funcionamento em razão de seu vínculo pessoal com o Administrador Regional seria absurda, porque desde sua constituição vinha obtendo permissão para funcionar no local.

Nesse sentido, noticiou que, embora o alvará que deu ensejo ao ajuizamento da presente ação tenha sido revogado em 04.02.2009, no dia seguinte à sua revogação ele teria obtido consulta prévia junto à Administração Regional, o que foi deferido pelo então Administrador Sr. J.A.M.

Defendeu a legalidade da ocupação, porque ela fora devidamente autorizada pelo Poder Público.

Ao final, requereu o indeferimento da petição inicial, bem como a condenação do autor pela suposta prática de litigância de má-fé. Juntou os documentos de fls. 591/684.

Às fls. 686/710, o primeiro requerido também apresentou defesa prévia, oportunidade em que alegou, preliminarmente, que o feito teria perdido seu objeto, em razão da revogação do alvará de funcionamento 163/2008.

Asseverou que as condutas descritas na inicial não se afiguram como ato de improbidade administrativa, de modo que a inicial sequer deveria ser recebida.

Mencionou que as obras de ampliação da segunda requerida teriam ocorrido na gestão anterior à sua, sendo que em 14.11.2006 a empresa ré teria obtido alvará de funcionamento.

emitido pelo então Administrador Regional Sr. E.A.C., de modo que eventual ilegalidade deveria atribuída à gestão anterior, uma vez que jamais teria despachado o processo relativo à ocupação de área pública.

Ponderou que a emissão do alvará 163/2008 se deu como uma mera renovação de outros reiteradamente já expedidos, o que encontraria amparo no Decreto 29.566/08, sendo que a área pública que fora ocupada foi objeto de pagamento de taxa de ocupação de uso.

Ao final, requereu o indeferimento da inicial, bem como a condenação do autor pela suposta prática de litigância de má-fé.

Juntou os documentos de fls. 711/788.

Às fls. 796, o Distrito Federal alegou que assumiria posição de neutralidade do feito.

Às fls. 807/809, houve a rejeição das preliminares suscitadas, com o consequente recebimento da petição inicial, oportunidade em que se determinou a citação dos requeridos.

Contra essa decisão, o primeiro requerido interpôs agravo de instrumento (fls. 814/821), ao qual foi negado provimento (fls. 905/907).

Citado, o primeiro requerido apresentou contestação (fls. 841/861), na qual, em longo arrazoado, defendeu a mesma tese já esposada em sua defesa preliminar, inclusive no tocante à alegada perda do objeto da ação, em razão da revogação do alvará de funcionamento 163/2008. Ao final, requereu a improcedência dos pedidos, com a condenação do autor pela suposta prática de litigância de má-fé.

O segundo requerido, a exemplo do primeiro réu, também apresentou contestação (fls. 867/875), na qual defendeu a mesma tese já exposta em sua defesa preliminar, tendo, ao final, pugnado pela improcedência dos pedidos.

Réplica às fls. 881/893.

Instadas a especificar provas, as partes não manifestaram interesse em sua produção.

Acrescento que o d. Magistrado sentenciante julgou improcedente o pedido inicial.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Inconformado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS interpôs recurso de apelação às fls. 1094/1111, aduzindo que a sociedade empresária ré promoveu edificação em caráter definitivo em área pública contígua a seu estabelecimento comercial. Destacou que o alvará de funcionamento foi

expedido em favor da referida empresa em afronta às disposições contidas no artigo 24, inciso IV, do Decreto Regulamentar 29.566/08.

Prosseguiu o autor aduzindo que o réu E. DE O.S., na qualidade de Administrador Regional de Brazlândia-DF, emitiu diversas autorizações para ocupação da área pública em desconformidade com a legislação de regência. Asseverou, ainda, que o réu E. DE O.S. é genitor dos sócios da empresa ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA.

Destacando que a prova documental constante dos autos se mostra suficiente para demonstrar a prática de ato de improbidade administrativa, ante o enriquecimento ilícito da empresa ré, em virtude do pagamento de taxa de ocupação a menor, o MINISTÉRIO PÚBLICO pugnou pela reforma da r. sentença, para que seja julgado procedente o pedido deduzido na inicial.

Os réus E. DE O.S. e MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. ofertaram contrarrazões às fls. 1116/1127 e 1128/1134, respectivamente.

A d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer às fls. 1142/1159, oficiando pelo provimento do apelo e da remessa oficial.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nídia Corrêa Lima (Relatora) – Conheço da Remessa Oficial e do Recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, contra a r. sentença de fls. 1084/1092, porquanto presentes os pressupostos legais.

Consoante relatado, o apelante ajuizou Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, em face de E. DE O.S. e de MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., objetivando a imposição de sanções previstas na Lei 8.429/92 aos réus.

Para tanto, o autor alegou que o réu E. DE O.S. constituiu a empresa requerida MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. em sociedade com sua esposa, transferindo as cotas da sociedade para seus filhos. Destacou que, no ano de 2006, a empresa ré

realizou obras de ampliação em sua sede, invadindo 811 m² de área pública, com remoção de estacionamento público.

Prosseguiu o autor aduzindo que Fiscais da AGEFIS compareceram no local em abril de 2006, lavrando Auto de Embargo e Intimação Demolitória e que a demolição não foi executada em razão da concessão de Alvará de Funcionamento pelo então Administrador Regional de Brazlândia, E. DE O.S., nos anos de 2007 e 2008.

Segundo o Ministério Público do DF, o réu E. DE O.S. agiu de forma ímproba ao se aproveitar do seu cargo para conceder os alvarás de funcionamento de maneira irregular à empresa RÉ, que, por sua vez, prestou informações inverídicas à Administração Regional de Brazlândia e se locupletou indevidamente com tais atos administrativos.

Ao final, o autor requereu a condenação de E. DE O.S. à perda da função pública que ocupa, bem como de qualquer outra que esteja ocupando à época da execução. Pleiteou, ainda, a suspensão dos direitos políticos do referido réu pelo prazo de 08 (oito) anos e a condenação ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 152.502,81 (cento e cinquenta e dois mil quinhentos e dois reais e oitenta e um centavos). Por fim, pleiteou a imposição da proibição de contratar com o poder público e/ou de receber qualquer incentivo fiscal ou crédito pelo prazo de 10 (dez) anos.

No que se refere à ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., pugnou por sua condenação ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 200.184,87 (duzentos mil cento e oitenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), bem como à proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber incentivos fiscais e créditos pelo prazo de 10 (dez) anos. Pleiteou, ainda, a condenação da empresa ré ao pagamento dos valores relativos as taxas de ocupação do espaço público até a data em que se proceda a demolição de seu estabelecimento.

O d. Juiz sentenciante julgou improcedente o pedido deduzido na inicial, em razão da ausência de provas acerca dos fatos narrados.

Em suas razões de apelo, o MINISTÉRIO PÚBLICO sustentou que a sociedade empresária ré promoveu edificação em caráter definitivo em área pública contígua a seu estabelecimento comercial. Destacou que o alvará de funcionamento foi

expedido em favor da referida empresa em afronta às disposições contidas no artigo 24, inciso IV, do Decreto Regulamentar 29.566/08.

Proseguiu o autor aduzindo que o réu E. DE O.S., na qualidade de Administrador Regional de Brazlândia-DF, emitiu diversas autorizações para ocupação da área pública em desconformidade com a legislação de regência. Asseverou, ainda, que o réu E. DE O.S. é genitor dos sócios da empresa ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA.

O apelante asseverou que as provas apresentadas nos autos evidenciam a prática de ato de improbidade administrativa, ante o enriquecimento ilícito da empresa ré, em virtude do pagamento de taxa de ocupação a menor, o que teria causado prejuízo aos cofres públicos.

É a suma fática.

O cerne da presente Ação Civil Pública consiste na suposta conduta ímproba de E. DE O.S. que, na qualidade de Administrador Regional de Brazlândia, teria concedido irregularmente alvará de funcionamento à ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., empresa que fundou e que agora pertence aos seus filhos.

A demanda também tem como objeto a conduta da empresa MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., por haver prestado informações inverídicas no requerimento de Alvará de Funcionamento, com locupletamento indevido decorrente do ato praticado pela Administração Regional de Brazlândia.

Primeiramente passo ao exame da conduta imputada ao réu E. DE O.S., Administrador Regional de Brazlândia à época dos fatos.

O Ministério Público do DF destacou que o réu, na qualidade de Administrador Regional de Brazlândia e valendo-se das atribuições e prerrogativas do cargo (dentre as quais a de conceder o alvará de funcionamento), permitiu e concorreu para que a empresa MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. utilizasse e incorporasse área pública do Distrito Federal a seu estabelecimento comercial, concedendo-lhe alvarás de funcionamento nos anos de 2007 e 2008 sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Neste sentido, o apelante aduziu que a construção erigida pela Mercearia Brazlândia foi realizada com invasão de área pública, em limite superior à taxa

máxima de construção permitida pela Norma de Gabarito do Setor (NGB 49/88 – fls. 50), não havendo sequer Alvará de Construção ou Carta de “habite-se”.

O apelante afirma que, a despeito de tais irregularidades, a Administração Regional de Brazlândia concedeu os alvarás de funcionamento nos anos de 2007 e 2008, omitindo-se quanto ao dever de fiscalizar as obras irregularmente erigidas pela MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. e a ocupação de 810m² de área pública, já constatada pela AGEFIS/DF.

O apelante destacou, ademais, o fato do alvará 163/2008 ter sido expedido em desacordo com o prazo máximo fixado pelo Decreto 29.566/2008, e, ainda, com base em informação falsa prestada por um dos seus sócios, no que tange à metragem do local de instalação da atividade comercial.

O d. Magistrado sentenciante concluiu pela impossibilidade de se imputar conduta ímproba ao apelado E. DE O.S., uma vez que à época dos fatos estava em vigor a Lei 4.151/2008, que autorizava a concessão de Licença de Funcionamento à empresa ré, ainda que esta estivesse em desacordo com a legislação urbanística. Destacou, ainda, que tal documento não teria o condão de agregar área pública ao patrimônio da empresa requerida, já que dele consta a advertência de que sua expedição não induz a presunção de regularidade quanto a posse ou domínio da área pública ocupada.

O d. Magistrado sentenciante pontuou, ademais, que eventual inspeção ao local não é atribuição da Administração Regional, mas sim da AGEFIS, não podendo o Sr. E. DE O.S. ser condenado por atuação omissiva quanto a tal dever.

Em suas razões de apelo, o Ministério Público impugnou os fundamentos da r. sentença, acerca da existência de amparo legal para expedição da Licença de Funcionamento, e do dever da Administração Regional, quanto ao cumprimento das ordens demolitórias expedidas pela Administração.

Antes de analisar a validade da emissão alvará de localização e funcionamento de transição, expedido em 2008 (fls. 94), faz-se necessário discutir a conduta do réu E. DE O.S., quando da emissão do Alvará de Funcionamento 139/2007 (fls. 93).

De acordo com os autos, em 2001 a Administração concedeu Autorização Provisória para utilização de 46,78 m² de área pública, na Quadra XX, Bloco X,

Lotes XX/XX, do Setor Norte de Brazlândia, ficando o administrado autorizado a realizar benfeitorias com material de fácil remoção, conforme Decreto 17.079, de 1995 (fls. 52).

Em 02 de abril de 2006, a Subsecretaria de Fiscalização de Atividades Urbanas do Distrito Federal identificou a ocorrência de obra inicial sem licenciamento na área pública contígua aos lotes 03 a 10 da quadra XX daquela região, com pretensão de enchimento de 11 tubulões e gaiolas para construção em alvenaria (fls. 32).

Uma vez que a obra não possuía licença para construção, estava sendo erigida em área pública e sendo realizada em caráter definitivo, a AGEFIS expediu Auto de Embargo em desfavor do responsável pela construção (fls. 31), que ignorou tal determinação (fls. 33).

Em 18 de abril de 2006, a AGEFIS retornou ao local e expediu Intimação Demolitória (fls. 38), que também foi ignorada, conforme é possível se aferir do Relatório 209/06, da SIVSOLO – Subsecretaria do Sistema Integrado de Vigilância do Uso do Solo (fls. 59/61).

Aquele órgão constatou a invasão da área pública próxima aos lotes 03 a 10 da quadra 06, com construção de estrutura de 280 m² em alvenaria, com metalões e telhado montado com perfis de ferro, pintada e “funcionando comercialmente”, e com uma edificação anexa de aproximadamente 8 m² (fls. 61), sem a existência de alvará de construção.

Com efeito, é possível extrair dos autos que a construção em questão é absolutamente irregular. Afinal, a edificação foi erigida sem a obtenção de alvará de construção, requisito exigido pelo artigo 51, *caput*, da Lei 2.105/98, *in verbis*:

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.

Ademais, tal construção foi edificada em área pública, com a ocupação de espaço muito superior aos 46,78m² que haviam sido autorizados pela Administração Pública (fls. 52).

Neste sentido, veja-se que em 2003 a ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., declarou à Administração Regional de Brazlândia, para fins de Alvará de funcionamento, fazer uso de 550m² no endereço situado à Qd. XX, Bl. X, Ljs. 03/10 do Setor Norte (fls. 403).

Em janeiro de 2005, a empresa ré declarou à Administração Regional de Brazlândia, para fins de Alvará de Funcionamento, fazer uso de 800m² (oitocentos metros quadrados) no endereço situado à Qd. XX, Bl. X, Ljs. 03/10 do Setor Norte (fls. 422).

Assim, é possível confirmar, pela própria afirmação feita pela MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., e pelos demais documentos dos autos, que houve invasão de área pública, o que constitui óbice à regularização da obra.

Não bastassem tais irregularidades, tem-se ainda que a obra em questão, embora edificada em imóvel público, não se trata de edificação temporária, conforme exige a Lei 2.105/98.

Os laudos feitos pela Administração Pública e as fotos colacionadas ao processo demonstram claramente que a construção em questão possui estrutura em alvenaria, com metalões e perfis de ferro, o que viola o disposto nos artigos 157, II, e 3º, XXVI, da citada Lei 2.105/98.

Por fim, não se pode olvidar que a construção também extrapola taxa máxima de construção permitida para o setor, prevista na Norma de Gabarito do Setor (NGB 49/88), o que significa que tal edificação não poderia ser regularizada, ainda que não se tratasse de invasão de área pública.

Como se vê, o caso em apreço reflete hipótese de ocupação irregular de área pública, com edificação erigida sem licenciamento e em desacordo com a legislação, não passível de adequação à legislação à vigente.

Em tal caso, a demolição do imóvel é impositiva, nos termos da Lei 2.105/98, *in verbis*:

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.

In casu, o Distrito Federal expediu Auto de Embargos e a devida Intimação Demolitória da obra em questão, com fulcro na legislação acima destacada, cabendo à Administração Regional de Brazlândia adotar as providências cabíveis para executar tal demolição, conforme previsto na lei acima destacada:

Da Administração Regional

Art. 16. Cabe à Administração Regional, por meio de suas unidades orgânicas competentes, aprovar ou visar projetos de arquitetura, licenciar e fiscalizar a execução de obras e a manutenção de edificações e expedir certificado de conclusão, garantida a observância das disposições desta Lei, de sua regulamentação e da legislação de uso e ocupação do solo, em sua circunscrição administrativa.

Art. 17. No exercício da vigilância do território de sua circunscrição administrativa, tem o responsável pela fiscalização poder de polícia para vistoriar, fiscalizar, notificar, autuar, embargar, interditar e demolir obras de que trata este código, e apreender materiais, equipamentos, documentos, ferramentas e quaisquer meios de produção utilizados em construções irregulares, ou que constituam prova material de irregularidade, obedecidos os trâmites estabelecidos nesta Lei.

Ao invés de providenciar a execução da demolição determinada pela Administração do Distrito Federal, no entanto, o réu E. DE O.S., na qualidade de Administrador Regional de Brazlândia, expediu novo Alvará de Funcionamento em favor de MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., a fim de viabilizar a continuidade da operação comercial de tal empresa, da qual seus filhos são sócios.

O que se verifica, portanto, é que a concessão do Alvará de Funcionamento 139/2007, foi realizada de forma indevida, quando cabia à Administração Regional de Brazlândia (sem qualquer margem de discricionariedade) providenciar a demolição da obra erigida no local em questão.

Cumprе destacar, ainda, que o documento em questão informa que a construção ocupa área privativa de 575m² e 0m² de área pública (fls. 503), quando o próprio requerimento de alvará de funcionamento, formulado pela MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., indica que a área ocupada era pública e que sua metragem era de apenas 520,40 m² (fls. 462).

Diante de tais conclusões, pode-se afirmar que o Alvará de Funcionamento 163/2008 foi expedido irregularmente, sendo descabida a adoção do Decreto 29.566/2008 como fundamento legal para sua validade, e irrelevante o advento da Lei 4.151/2008.

Afinal, ambas as normas acima mencionadas tratam da possibilidade excepcional de expedição do Alvará de Localização e Funcionamento de Transição no caso em que houver mera “desconformidade com o uso previsto na legislação urbanística”. Confira-se:

Lei 4.151/2008:

Art. 15. O Alvará de Localização e Funcionamento de Transição será emitido nos seguintes casos:

I – estabelecimento em atividade devidamente comprovada, que possua ou tenha possuído, nos últimos 05 (cinco) anos, Alvará de Funcionamento Precário, expedido por ato da Administração Pública anterior à Lei 4.201, de 2 de setembro de 2008, cuja atividade se encontra em desconformidade com o uso previsto em legislação urbanística;

Decreto 29.566/2008:

Art. 1º Será expedido Alvará de Localização e Funcionamento de Transição nos seguintes casos:

I – estabelecimento que possua Alvará de Funcionamento a título precário, expedido por ato da Administração Pública anterior a esta Lei, dentro do prazo de validade, cuja atividade se encontra em desconformidade com o uso previsto em legislação urbanística;

Conforme exposto alhures, o caso em apreço não admitia a expedição de Alvará de Funcionamento de Transição em razão de diversas irregularidades verificadas no

imóvel em questão, tais como invasão de área pública e edificação permanente, não se tratando de hipótese de mera desconformidade com o uso previsto na legislação urbanística.

Ademais, o Alvará de Funcionamento expedido em 2008 também apresenta irregularidade quanto ao prazo de validade concedido pela Administração Regional de Brazlândia.

Ao apresentar a Consulta Prévia para fins de Alvará de Funcionamento, a MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. indicou o prazo de validade de 12 (doze) meses (fls. 506).

Nos requerimentos de Alvará de Funcionamento apresentados à Administração Regional de Brazlândia, o prazo de validade preenchido foi de 12 (doze) meses (fls. 520/521).

Estranhamente, no entanto, o Alvará de Localização e Funcionamento de Transição foi expedido por aquela Administração com prazo de validade de 24 (vinte e quatro) meses (fls. 525).

Ocorre que o prazo de validade fixado de ofício pela Administração Regional fere o disposto no artigo 2º da própria Lei 4.151/2008, que estabelecia claramente que o prazo máximo de validade do referido alvará de funcionamento deveria ser de um ano, *in verbis*:

Art. 2º Para aplicabilidade das disposições do artigo anterior, são definidos os seguintes prazos de validade para Alvarás de Localização e Funcionamento de Transição:

I – 01 (um) ano, prorrogável por igual período, para os estabelecimentos inseridos no art. 1º, inciso I, contado a partir do término da validade do Alvará de Funcionamento a título precário, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

Por fim, importa anotar que o ato praticado em 2008 baseou-se em falsa declaração (em consulta prévia), acerca da existência de alvará de construção e de carta de “habite-se” (fls. 506), documentos que a Administração deixou de exigir para fins emissão do Alvará de Funcionamento.

Assim, tem-se por evidente que o alvará de funcionamento expedido em 2008 (fls. 525), pelo réu/apelado E. DE O.S. (que subscreve pessoalmente tal documento) é igualmente irregular, pelos vários fundamentos aqui apontados.

Concluído que os alvarás de funcionamento expedidos em 2007 e 2008 são irregulares, é curial examinarmos se a conduta do réu E. DE O.S. pode ser classificada como ato de improbidade administrativa, para fins de apuração de responsabilidade.

O Decreto Distrital 16.247/94, que dispõe sobre a Administração Regional do Gama, Taguatinga, Brazlândia, Sobradinho, Planaltina, Núcleo Bandeirante, Ceilândia, Guará, Cruzeiro e Samambaia, assim trata do Alvará de Licenciamento, *in verbis*:

Art. 48. A Divisão Regional de Licenciamento, unidade orgânica de direção setorializada, diretamente subordinada ao Administrador Regional, compete:

II – Licenciar o exercício de atividades econômicas e a execução de obras através de Alvarás de Funcionamento e de Construção e Cartas de Habite-se;

A mesma norma assim estabelece sobre os deveres do Administrador Regional, *in verbis*:

Art. 53. Ao Administrador Regional, cabe desempenhar as seguintes atribuições:

LXXVI – Visar os Alvarás de Construção, Cartas de habite-se, Licenças de Obras Públicas e Alvará de Funcionamento a Título Precário, expedidos pelo Diretor responsável;

A legislação em comento deixa claro, portanto, que a concessão do alvará de funcionamento a título precário consiste em ato administrativo de natureza composta, que nasce da manifestação de vontade de um órgão, mas que depende da manifestação ratificação expressa do Administrador para produzir efeitos e se tornar exequível.

No caso *sub examine*, tem-se que o réu/apelado E. DE O.S., logo após ser nomeado para exercer o cargo de Administrador Regional de Brazlândia (fls. 92), visou o Alvará de Funcionamento em favor da ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. (fls. 93), empresa da qual seus filhos são sócios (fls. 87/88).

Em 2008, o apelado novamente praticou ato administrativo em benefício da referida empresa, ignorando a existência de todos os impeditivos legais aplicáveis ao caso, ao visar ato praticado por órgão a ele diretamente subordinado.

Embora o ato de licenciamento do exercício de atividades econômicas não constitua atribuição direta do Administrador Regional, a ele compete a coordenação, direção, controle e supervisão das competências das unidades orgânicas a da Administração Regional, *in verbis*:

Art. 53. Ao Administrador Regional, cabe desempenhar as seguintes atribuições:

(...)

IV – Coordenar, dirigir, controlar e supervisionar a execução das competências das unidades orgânicas da Administração Regional;

De fato, conforme já visto, compete ao Administrador Regional certificar-se da regularidade da emissão dos alvarás de funcionamento, seja pelo disposto no artigo 53, IV, seja pelo previsto no artigo 53, inciso LXXVI, do Decreto Distrital 16.247/94.

O artigo 9^a da Lei 8.429/92 estabelece que constitui ato de improbidade administrativa o recebimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego, notadamente “receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”.

Assim, entendo evidenciada a prática de ato de improbidade administrativa por parte do réu E. DE O.S., eis que, na qualidade de Administrador Regional de Brazlândia, deixou de executar a demolição de obra irregular e concedeu irregularmente alvará de funcionamento à requerida MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., empresa que fundou e que pertencia a seus filhos à época dos fatos, o que acarretou prejuízo ao erário e o locupletamento ilícito da referida empresa, por deixar de pagar taxa de ocupação da área pública.

Passo a examinar se a conduta imputada à empresa MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA.

A Lei 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa, prevê expressamente que suas disposições são aplicáveis, “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

A propósito, o colendo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 1127143, firmou o entendimento de que “As pessoas jurídicas também poderão figurar como sujeito ativo dos atos de improbidade na condição de terceira beneficiária”.

O artigo 3º da Lei 8.429/92 esclarece, no entanto, que a conduta do particular não tem autonomia para caracterizar ato de improbidade, havendo correlação direta e necessária com a existência de um ato administrativo ímprobo praticado por um agente político.

Nos termos da lei em comento, a ação do particular se limita a induzir ou concorrer para a prática do ato ímprobo, ou dele se beneficiar, *in verbis*:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

In casu, é fácil aferir que a MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. concorreu para a realização dos atos ímprobos praticados pelo Administrador Regional de Brazlândia, mediante apresentação de requerimentos de Alvará de Funcionamento com informações inverídicas, e se beneficiou financeiramente dos respectivos atos administrativos.

Conforme já apontado alhures, em 2003, a MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA., declarou à Administração Regional de Brazlândia, para fins de Alvará de funcionamento, fazer uso de 550m² no endereço situado à Qd. X, Bl. X, Ljs. 03/10 do Setor Norte de Brazlândia (fls. 403).

Em janeiro de 2005, a empresa ré declarou à Administração Regional de Brazlândia, para fins de Alvará de Funcionamento, fazer uso de 800m² (oitocentos metros quadrados) no endereço situado à Qd. X, Bl. X, Ljs. 03/10 do Setor Norte (fls. 422).

Nos anos subsequentes, a empresa apelada reduziu o valor declarado de área ocupada para 575 m² em 2006 (fls. 448) e para 520,4 m² em 2007, declarações que são evidentemente irrealis, tendo em vista os laudos e as fotos acostados aos autos, em especial a perícia produzida pela Polícia Civil do DF, às fls. 39/51.

De fato, o laudo pericial apresentado pelo Instituto de Criminalística, indica que a edificação ocupa uma área considerável, que excede os Lotes 03/10, do Setor Norte de Brazlândia, Quadra X, Bloco X, ocupando um total de 811 m² área pública (distribuídos em dois pavimentos).

Há também divergência nas declarações quanto à regularidade da edificação.

Em 2001, 2003, 2007 e 2008 a empresa apresentou pedido de consulta prévia afirmando, falsamente, possuir alvará de construção e carta de "habite-se" referente à edificação (fls. 359, 402, 462 e 506), o que não é verdade, conforme pode ser verificado dos documentos de fls. 371 e 396.

É impositivo destacar, outrossim, que na consulta prévia apresentada em 2008 (fls. 506), a empresa apelada afirmou não ocupar qualquer área pública, quando há comprovantes nos autos de recolhimento de taxa de ocupação de 575 m² de área pública (fls. 522).

Em razão de tal declaração na consulta prévia, e da conduta ímproba do Administrador Regional de Brazlândia, o Alvará de Localização e Funcionamento de Transição de nº 163/2008 foi emitido com a falsa informação de que não havia ocupação de área pública, viabilizando o enriquecimento sem causa da empresa ré, que deixou de recolher a taxa de ocupação de área pública.

Diante do afastamento do réu E. DE O.S. da Administração Regional de Brazlândia, e a cassação do Alvará de Localização e Funcionamento de Transição de nº 163/2008, a empresa apelada apresentou novo requerimento de Alvará de Funcionamento, informando dados totalmente diversos daqueles que vinha apresentando nos anos anteriores.

Com efeito, em 05 de fevereiro de 2009, pouco após o afastamento do réu E. DE O.S. da Administração Regional de Brazlândia, e da cassação do Alvará de Localização e Funcionamento de Transição de 163/2008, a empresa apelada apresentou nova Consulta Prévia para fins de Alvará de Funcionamento, afirmando

possuir carta de “habite-se” e alvará de construção, além de informar a ocupação de 800 m² de área pública (fls. 737).

Ora, diversamente da declaração feita nas Consultas Prévias de 2007 e 2008, em que a apelada indicou o uso de 520,40 m² e de 0 m² de área pública, no ano de 2009 a ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. declarou o uso de 810 m² de área pública para fins de obtenção de novo alvará de funcionamento, metragem esta que guarda total consonância com a perícia produzida pelo Departamento de Polícia, às fls. 39/51.

O que se verifica, portanto, é que a empresa ré agiu com má-fé ao prestar informações inverídicas à Administração Pública, declarando o uso de área pública inferior à realmente ocupada em 2007, e a inexistência de uso de área pública em 2008, com o escopo de se locupletar indevidamente.

A empresa ré, ainda, prestou falsa declaração acerca da regularidade da edificação, para fins de facilitar a expedição do Alvará de Funcionamento em seu favor, quando, na verdade, não possuía alvará de construção nem carta de “habite-se” referentes à obra realmente edificada, havendo sido intimada pela Administração para realizar a demolição de tal construção.

Todas estas condutas caracterizam condutas tipificadas no artigo 9º, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual configura ato de improbidade administrativa, “receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”.

De fato, a invasão de área pública com edificação permanente, e o descumprimento da ordem de demolição determinada pela Administração do Distrito Federal – acobertada pela expedição indevida de Alvará de Funcionamento emitida pela Administração Regional de Brazlândia – tipifica uso ilegítimo de bem público em proveito próprio.

Assim, devem os réus responder pelos atos de improbidade administrativa praticados, de acordo com as sanções previstas na Lei 8.242/92.

A respeito das cominações a que estão sujeitos os responsáveis pelo ato de improbidade administrativa, a Lei 8.429/1992 assim estabelece, *verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(Redação dada pela Lei 12.120, de 2009).

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Destaco que, nos termos do parágrafo único do artigo 12 da Lei 8.429/1992, “Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Neste sentido, transcrevo a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (*In Direito Administrativo Descomplicado*, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, Editora Impetus, 15ª edição, pág. 155):

O postulado da proporcionalidade é importante, sobretudo, no controle dos atos sancionatórios, especialmente nos atos de polícia administrativa. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório deve corresponder, deve guardar relação de proporcionalidade com a lesividade e gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma sanção severa. (grifo nosso)

A mesma linha de raciocínio perfilha Marino Pazzaglini (*In Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, Editora Atlas, 1ª edição, 2002, pág. 123/124). Confira-se:

Pois bem, os princípios constitucionais interligados da razoabilidade e proporcionalidade, de natureza implícita, que esclarecem e instruem o princípio constitucional maior e primário da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral.

(...)

Deduz-se desses princípios que a imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano (material e moral) causado por ele.

Assim, observada a regra inserta no artigo 12 da Lei 8.429/1992, entendo que a ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. deve ser condenada ao ressarcimento do dano causado ao erário, de forma solidária, utilizando como parâmetro as taxas devida a título de ocupação de área pública efetivamente ocupada (informada pela própria empresa no documento de fls. 737), a partir de março de 2007, até que seja completamente desobstruída a área pública, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora e de correção monetária, além de multa civil correspondente a 2 (duas) vezes o valor do proveito econômico obtido ilícitamente. A empresa ré deve ficar proibida de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e

incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 8 (oito) anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária.

Já o réu E. DE O.S. deve ser condenado ao ressarcimento do dano causado, de forma solidária, utilizando como parâmetro as taxas devidas a título de ocupação de área pública efetivamente ocupada (informada pela própria empresa no documento de fls. 737), considerando todos os valores vencidos a partir de março de 2007 até a completa desobstrução da área pública, cujo montante deverá ser acrescido de juros e correção monetária. Deve ser imposta ainda, a pena de suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos, bem como a perda de qualquer cargo ou função pública e a proibição de ocupar qualquer cargo ou função pública, além da proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 8 (oito) anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Por fim, deve o réu ser condenado ao pagamento de multa civil correspondente a 2 (duas) vezes o valor do proveito econômico obtido ilicitamente pela ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA.

Com estas considerações, **DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E AO RECURSO DE APELAÇÃO**, para reformar a r. sentença e condenar a ré MERCEARIA BRAZLÂNDIA LTDA. ao ressarcimento do dano causado ao erário, de forma solidária, utilizando como parâmetro as taxas devidas a título de ocupação de área pública efetivamente ocupada, considerando todas os valores vencidos a partir de março de 2007 até a completa desobstrução da área pública e o seu total restabelecimento ao estado original, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora e de correção monetária. Condeno a ré, ainda, ao pagamento de multa civil correspondente a 2 (duas) vezes o valor do acréscimo patrimonial obtido ilicitamente, ficando a ré proibida de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 8 (oito) anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia.

Outrossim, condeno o réu E. DE O.S. ao ressarcimento proporcional do dano causado, de forma solidária, utilizando como parâmetro as taxas devidas a título de ocupação de área pública efetivamente ocupada (informada pela própria empresa no documento de fls. 737), considerando todos os valores vencidos a partir de março de 2007 e vincendos, até que haja a completa desobstrução

da área pública e o seu total restabelecimento, acrescidos de juros e correção monetária. Decreto a suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos, bem como a perda de qualquer cargo ou função pública e a proibição de ocupar qualquer cargo ou função pública. Condene o réu, ainda, ao pagamento de multa civil correspondente a 2 (duas) vezes o valor da condenação, devendo ficar proibido de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 8 (oito) anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio.

É como voto.

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Autor, MINISTÉRIO PÚBLICO, contra r. sentença proferida pelo MM. Juízo 04ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal que, em ação de improbidade administrativa, julgou improcedentes os pedidos iniciais de condenação dos réus pela prática de atos de improbidade previstos no art. 9º, *caput*, inciso I e XI, art. 10, *caput*, inciso I e art. 11, *caput*, inciso I, da Lei 8.429/92.

Segundo narra a inicial, aos réus é imputada à prática de atos de improbidade administrativa capitulados no inciso I e XI do art. 9º, no inciso I do art. 10 e no inciso I do art. 11, da Lei 8.429/1992, porquanto o réu, MERCEARIA BRAZLÂNDIA, teria construído em área pública se apropriando do espaço, bem como deixou de contribuir com o valor correto devido a título de taxa de ocupação pública, configurando enriquecimento ilícito, com obtenção de vantagem indevida, dilapidação de patrimônio público em detrimento de toda a coletividade do DF, com a autorização e conivência do 1º réu, E. DE O.S., Administrador Regional de Brazlândia durante o período de irregularidade.

Na r. sentença o MM. Juízo *a quo* entendeu que não ficou devidamente comprovada a prática dos atos de improbidade apontados na inicial, tampouco a ocorrência de dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito de qualquer das partes com os seguintes fundamentos, confira-se:

“Tenho que o cerne da questão cinge-se em saber se a expedição do alvará de funcionamento 163/2008 se caracterizaria ou não como ato de improbidade administrativa.

Conforme é de notório conhecimento, a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A priori, o desenvolvimento de toda e qualquer atividade econômica independe de autorização do Poder Pública, salvo nos casos especificados em lei.

No âmbito do Distrito Federal, a Lei 4.457/2009 estabelece que a Licença de Funcionamento é o documento que autoriza o exercício de atividades econômicas, bem como de atividades sem fins lucrativos. Vejam:

“Art. 2º A Licença de Funcionamento é o documento hábil que autoriza o exercício de atividades econômicas e atividades sem fins lucrativos no âmbito do Distrito Federal.”

Conforme acima mencionado, a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil, bem como um direito fundamental. Assim, a Administração, no uso de seu Poder de Polícia, não pode coibir o seu exercício, mas apenas fiscalizar para que tal direito seja exercido de maneira a não prejudicar o interesse da coletividade.

Extrai-se daí, portanto, que a concessão de Licença de Funcionamento deve ser pautar em critérios objetivos, ou seja, o Administrador, para autorizar o funcionamento do estabelecimento, deve, apenas, verificar se o empresário atende ou não os requisitos legais para tanto.

A título ilustrativo, confirmam-se os procedimentos atualmente adotados para a concessão de Licença de Funcionamento (Lei 4.457/2009):

“Art. 14. A Licença de Funcionamento será emitida por prazo indeterminado, ficando o titular do empreendimento responsável pela manutenção da segurança sanitária, do controle ambiental e da prevenção contra incêndio e pânico.

§ 1º Para as atividades de risco, inclusive nos casos dos alvarás concedidos com base nas legislações anteriores, será obrigatória, a cada cinco anos, a apresentação de laudo técnico que ateste a segurança da edificação e as con-

dições de funcionamento, na forma do regulamento e observado o disposto no art. 39.

§ 2º O prazo para apresentação do laudo técnico de que trata o § 1º será contado da data de:

I – emissão da licença concedida com base nesta Lei;

II – vigência desta lei, para os alvarás de funcionamento concedidos com base em leis anteriormente vigentes.

§ 3º As vistorias dos órgãos de fiscalização do Governo do Distrito Federal serão objeto de verificação permanente, podendo ser realizadas a qualquer tempo.

§ 4º Para as atividades consideradas de risco, será obrigatória a vistoria prévia dos órgãos competentes, nos termos do regulamento, resguardado o disposto no art. 16, § 4º.

§ 5º Os órgãos técnicos competentes do Governo do Distrito Federal poderão solicitar, sempre que necessário, laudos técnicos de segurança da edificação, inclusive nos casos dos alvarás concedidos com base em legislação anterior, sem prejuízo, quando for o caso, do disposto no art. 13, § 3º, e no art. 21, III.

§ 6º Nas atividades de postos de combustíveis, a apresentação de Licença de Operação – LO, expedida pelo órgão competente, dispensa a exigência de outras vistorias já realizadas para a emissão da LO.

§ 7º O prazo de validade da licença de atividade em mobiliário urbano se extinguirá com o término da vigência do respectivo contrato.”

À época em que foi deferida à segunda ré a expedição do Alvará de Localização e Funcionamento de Transição 00163/2008, estava em vigor a Lei 4.151/2008, posteriormente declarada inconstitucional pelo ETJDFT, a qual, sobre o tema, assim dispunha:

“Art. 1º Será expedido Alvará de Localização e Funcionamento de Transição nos seguintes casos:

I – estabelecimento que possua Alvará de Funcionamento a título precário, expedido por ato da Administração Pública anterior a esta Lei, dentro do prazo de validade, cuja atividade se encontra em desconformidade com o uso previsto em legislação urbanística; (grifei)

II – edificação que não possua carta de habite-se;

III – imóvel onde se pretenda desenvolver a atividade econômica inserido em área passível de regularização;

IV – em parcelamentos considerados de interesse público.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 2º Para aplicabilidade das disposições do artigo anterior, são definidos os seguintes prazos de validade para Alvarás de Localização e Funcionamento de Transição:

I – 1 (um) ano, prorrogável por igual período, para os estabelecimentos inseridos no art. 1º, inciso I, contado a partir do término da validade do Alvará de Funcionamento a título precário, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior;”

É de se observar, portanto, que, ainda que o estabelecimento comercial da segunda requerida estivesse em desacordo com a legislação urbanística, à época da expedição do alvará 163/2008 havia Lei, em sentido estrito, autorizando a concessão de Licença de Funcionamento.

O referido documento (fl. 94) foi assinado pelo Sr. F.F.F., então Gerente de Licenciamento, e pelo primeiro requerido, que à época era o Administrador Regional de Brazlândia.

O documento em questão autorizou o segundo requerido a exercer atividade de “supermercado com compra e venda no atacado e no varejo de cereais, bebidas, produtos alimentícios e limpeza, carnes em geral e artigos do ramo”.

O estabelecimento estava autorizado a funcionar no horário compreendido entre 08h às 22h, sendo descrita no referido documento que o ponto comer-

cial continha área privativa de 575,00 m² e se utilizava de 0,00 m² de área pública.

Constou, ainda, a advertência de que “o presente alvará não induz em reconhecimento de posse ou de domínio, tampouco presunção de regularidade.”

A alegação do autor é no sentido de que, com a expedição do referido documento, o segundo requerido teria agregado a seu patrimônio fração considerável de área pública, com o que não é de se concordar.

É de se observar que referido documento não faz qualquer menção à autorização para o uso de área pública ou à sua incorporação ao patrimônio do segundo requerido, até porque os bens públicos são indisponíveis.

Ao contrário, nele consta advertência de que sua mera expedição não induziria qualquer presunção de regularidade quanto à posse ou domínio da área ocupada pelo estabelecimento.

Também é de se observar que eventual inspeção ao local certamente não é atribuição do Administrador Regional, dado que na cidade deve haver centenas ou quem sabe até milhares de estabelecimentos.

Em se tratando de ato de improbidade, a exemplo do que ocorre na esfera penal, a responsabilidade não pode ser atribuída de maneira objetiva. Ou seja, o simples fato de o Administrador ter deferido a expedição de alvará de funcionamento não enseja improbidade, já que não é ele o responsável pela condução do processo que averigua o preenchimento das condições para seu deferimento.

Tanto é assim existe, na estrutura da Administração Regional, o cargo de “Gerente de Licenciamento”.

A função de fiscalizar se o empresário está exercendo suas atividades nos estritos limites em que autorizados pela Administração, também não é do Administrador Regional, mas sim da AGEFIS.

O autor admite que o segundo requerido vinha pagando taxa de ocupação de uso pelo espaço por ele utilizado, todavia não sabe precisar se o preço por ele

pago seria ou não suficiente para remunerar a Administração pela totalidade do espaço.

Entendo que, ainda que os valores pagos não fossem suficientes, tal fato, por si só, também não comprovaria o cometimento de qualquer ato de improbidade.

Ora, se o empresário não vem cumprindo com suas obrigações, cabe a Administração utilizar-se dos meios legais cabíveis para coibi-lo a fazê-lo, tais como o manejo de ações de cobrança e de execução. Ou, até mesmo, a revogação da permissão de uso, a qual, conforme é de notório conhecimento, tem caráter precário.

Não há nos autos nenhum documento que comprove que o então Administrador teria isentado a empresa requerida do pagamento dessas taxas de ocupação de uso, ou que teria proferido algum despacho determinando a seus subordinados a inobservância dos procedimentos legalmente previstos para a concessão de alvará.

O simples fato de o requerido ser pai dos sócios da empresa ré também não caracteriza improbidade, porque, conforme já mencionado, os critérios para o deferimento de expedição de alvará são objetivos.

O Administrador não possui qualquer margem para alterá-los ou ignorá-los.

O que ele deve fazer é, apenas, um "check list". Ou seja, verificar se a empresa preenche ou não todos os requisitos legalmente exigidos para autorizar seu funcionamento.

As partes divergem quanto ao tamanho da área pública ocupada. Tal ponto é, portanto, controvertido. Todavia, não houve requerimento de realização de perícia.

A área relatada pelo Ministério Público inclui a utilização do espaço aéreo, já que está calculada com base na área construída de um prédio que possui vários pavimentos e não apenas na área do terreno por ele ocupado.

Talvez, decorra daí a divergência.

De qualquer sorte, incumbiria ao autor comprovar que o preço pago pela utilização do espaço público seria menor do que o efetivamente devido, o que ele não logrou êxito em comprovar.

Aliás, ele próprio admite em sua inicial que tem dúvidas quanto a esse fato.

As sanções impostas pela Lei 8.429/92 são por demais gravosas, não podendo ser impostas com base em suspeitas não comprovadas.

E, mesmo que fosse comprovado o pagamento do preço a menor, não há qualquer comprovação de que a redução do quantum devido teria sido determinada por ato do então Administrador Regional ora requerido.

Nesse mesmo sentido, não há qualquer comprovação de que a segunda requerida teria se enriquecido ilicitamente com a utilização da área, já que ela vinha efetuando o pagamento de taxa de ocupação por sua utilização.

A alegação de que a segunda ré teria incorporado à área a seu patrimônio não merece prosperar. A permissão de uso lhe foi concedida a título precário, tanto é assim que atualmente encontra-se revogada. A requerida não possui as prerrogativas de proprietária sobre a área (usar, gozar, dispor, fruir).

Com a revogação da permissão de uso, a requerida passou a ser mera detentora da área, estando sujeita, portanto, a atos de demolição.

Nesse sentido, como destinatário da prova, não estou convencido da ocorrência de ato de improbidade administrativa, razão pela qual a improcedência dos pedidos é medida que se impõe. Em caso análogo ao dos autos, nesse mesmo sentido já se manifestou o ETJDFT. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE CLANDESTINO. TAC. SECRETÁRIO DE ESTADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. AUSÊNCIA. RECURSO PROVIDO. I – Para a caracterização do ato ímprobo, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, na qual se fundamenta a presente ação, é necessária a configuração de um vínculo subjetivo que une o agente ao resultado pretendido. Ou seja, um desvio de conduta ética, uma transgressão consciente de um dever jurídico, resultante, na espécie, de uma conduta omissiva, contrária aos princípios da Administra-

ção Pública. Imprescindível, portanto, a configuração do dolo na prática do ilícito. Não havendo provas que apontem para a configuração do elemento subjetivo da conduta do agente, não há como reconhecer a prática de atos de improbidade administrativa, com fulcro no art. 11 da lei de Improbidade Administrativa. II – As atribuições de todo Secretário de Governo estão especificadas nos itens de I a VII, do art. 105 e seu parágrafo único, da Lei Orgânica do Distrito Federal, lembrando que nenhum deles impõe a fiscalização, muito menos pessoal, da regularidade da prática de atos de polícia administrativa. III – Inexiste causa para a propositura da ação de Improbidade por suposto descumprimento de cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta se há provas em sentido contrário, não se podendo punir quem cumpriu o dever. Assim sendo, incabível a condenação do apelante por improbidade administrativa. IV – Recurso provido para julgar improcedente a ação de improbidade administrativa, tornando insubsistentes as penalidades aplicadas.” (Acórdão 343527, 20060110505175APC, Relator LÉCIO RESENDE, 1ª Turma Cível, julgado em 18/02/2009, DJ 02/03/2009, p. 55).”

Com efeito, efetivamente, não há prova nos autos de que o 1º Apelado tenha emitido Alvará de funcionamento para a 2ª Apelada sem a observância dos requisitos legais, tampouco de que havia a ciência a respeito da irregularidade na utilização da área pública.

Pode-se perceber pelos documentos acostados aos autos que desde muito antes do Réu, E. de O.S., assumir o cargo de Administrador Regional de Brazlândia em 26/03/2007 (fl. 92), já eram concedidos Alvarás de Funcionamento para o empreendimento réu (fls. 378/382, 409, 424, 457, 503).

Não se nega a existência de divergência a respeito da área ocupada pela Mercearia para o exercício de sua atividade, contudo, não se pode apenas com base nessa divergência atestar o dolo e a má-fé do Administrador Público e da Empresa a fim de imputá-los a prática dos atos de improbidade administrativa.

Ademais, o fato do 1º Apelado, ser pai dos sócios-proprietários da 2ª Apelada, bem como ter sido Administrador Regional de Brazlândia no período 2007 a 2009, não caracteriza ato de improbidade administrativa.

Por sua vez, conforme própria alegação realizada pelo Ministério Público em sua peça inicial (fl. 26), não há elementos comprobatórios de que o pagamento das taxas de ocupação pública tenha ocorrido a menor, de forma que a caracterizar o enriquecimento ilícito advindo do ato de conceder o Alvará de Funcionamento para a atividade realizada pela 2ª Apelada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é indispensável à existência de dolo nas condutas descritas nos artigos 9º e 11 e ao menos de culpa nas hipóteses do artigo 10, nas quais o dano ao erário precisa ser comprovado. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA. PRETENSÃO RECURSAL QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, "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" (REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12).

2. O Tribunal de origem concluiu, diante do caso concreto, pela ausência dos elementos aptos à configuração do ato de improbidade administrativa.

3. A inversão do julgado, nos termos propostos pelo Ministério Público Federal, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11).(g.n)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 10/12/2012)

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. VIOLAÇÃO DO ART. 330, I, DO CPC. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO COM BASE NA AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS ORIGEM. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ART. 10 DA LIA. DANO PRESUMIDO. EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO DANO. DESVIO DE VERBAS. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Embora seja permitido o indeferimento do pedido de produção de prova para se julgar antecipadamente a lide, não é aceitável que a condenação assente-se exatamente na falta da comprovação do direito que se pretendia provar, sob pena de contrariedade ao direito de defesa e ao art. 330 do CPC. Precedentes.

2. Na hipótese, apesar de a Corte de origem ter atestado a desnecessidade da prova pericial – o que evidentemente não pode ser revisado no apelo nobre, ante o óbice da Súmula 7/STJ – a condenação não se fundamentou nos elementos probatórios já existentes nos autos, mas na ausência de comprovação do direito da parte prejudicada. Isso está evidenciado no seguinte trecho do decisum: “Também deve ser mantida a condenação do primeiro apelante (art. 10, LIA) (...) já que o recorrente não trouxe nenhum fundamento, tampouco uma prova que demonstre o contrário” (e-STJ fl. 819). Nesse cenário, não é possível aplicar os precedentes exarados pelas Turmas de direito público que obstam, no recurso especial, o reexame das conclusões da instância ordinária quanto às hipóteses do art. 330, I e II, do CPC. O acolhimento dessa preliminar quanto a um dos recorrentes dispensa a análise dos demais tópicos recursais a ele relativos e confere-lhe o direito à reabertura da instrução probatória.

3. As condutas descritas no art. 10 da LIA demandam a comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-las por mera presunção. O acórdão recorrido concluiu, quanto aos demais recorrentes, que a mera realização de despesa pública sem o prévio empenho caracteriza ato de improbidade ensejador de lesão ao erário, admitindo a existência de dano presumido, por impedir o controle dos gastos públicos. Esse entendimento destoa da jurisprudência do STJ, devendo ser afastada a condenação nesse particular.

4. No tocante ao desvio de verbas imputado a uma das recorrentes, a Corte Estadual reconheceu a existência de dano efetivo ao erário, quantificando-o com base nas provas existentes nos autos. Nesse aspecto, as considerações tecidas pelo Tribunal a quo são soberanas, sendo vedado reexaminar os elementos fático-probatórios da lide no âmbito do apelo nobre. Aplica-se o óbice constante na Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial interposto por F.F.F. provido para anular o acórdão recorrido e determinar a abertura da instrução probatória.

Recurso especial de I.C.V.P.C. provido. Recurso de V.L.M.A. provido em parte.

(REsp 1228306/PB, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 18/10/2012)(g.n)

No mesmo sentido a jurisprudência desta E. Corte:

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO DE DANO. NÃO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. NÃO INCIDÊNCIA DAS SANÇÕES DA LEI 8.429/92.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que a punição de atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10 da Lei 8429/92, deve, necessariamente, se fundar em comprovada má-fé do suposto agente e em prejuízo ao erário, sob pena de o ato caracterizar mera irregularidade administrativa, não sujeito às punições estabelecidas na Lei 8.429/92. Ainda, não há que se falar em ato de improbidade administrativa, com base no descumprimento dos princípios da Administração Pública, sem a necessária comprovação de má-fé do suposto agente. Apelo conhecido e desprovido."

(Acórdão 527196, 20080111030179APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 03/08/2011, DJ 18/08/2011 p. 244).

Dessa forma, não comprovado dolo do Administrador em emitir o Alvará de Funcionamento do estabelecimento comercial, tampouco a ocorrência de dano

ao erário, forçoso se concluir que não restou configurada a prática de improbidade administrativa.

Por fim, cabe frisar que a penalidade previstas na Lei de improbidade são extremamente gravosas de forma que procedência da ação somente pode acontecer se comprovados inequivocamente o dolo ou a culpa e o enriquecimento ilícito do Administrador Ímprobo, razão pela qual a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença.

É como voto.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) – Este pedido de vista prende-se à necessidade de melhor análise do caso concreto, notadamente em razão da divergência estabelecida entre os eminentes Desembargadores Relator e Revisor, este concluindo pelo acerto da r. sentença guerreada, e, aquela, acolhendo os argumentos recursais expostos pelo Ministério Público local.

Pois bem. Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade. É o caso, ainda, de remessa oficial, nos moldes do quanto previsto no artigo 475, I, do CPC.

Os atos imputados ao réu (então administrador de Brazlândia) referem-se às seguintes circunstâncias: (a) ocupação ilegal de área pública por empresa privada; (b) inobservância dos requisitos legais em relação a emissão de alvará de funcionamento; e, (c) vínculo pessoal entre os atuais sócios da pessoa jurídica destinatária da aludida licença e o réu ex-administrador.

Frente a tanto, afirma o Ministério Público ter demonstrado que, *verbis*:

... a emissão ilícita de Alvará de Funcionamento em favor do estabelecimento comercial 'Mercearia Brazlândia', cujos sócios-proprietários são filhos do Administrador Regional, e a incorporação de bem imóvel público ao patrimônio particular da empresa, o caso em tela revela a ocorrência de ato de improbidade administrativa causador de prejuízo ao patrimônio público, conforme disposição expressa do artigo 9º, caput e incisos I e XI, artigo 10, caput e inciso I e artigo 11, caput e inciso I da Lei 8.429/92.

Em relação a tanto, afirmam os réus que o valor desembolsado em razão da taxa de ocupação estaria dentro dos limites da legislação urbanística.

Ademais, a alegação de que teria obtido alvará de funcionamento em razão de seu vínculo pessoal com o Administrador Regional seria absurda, porque desde sua constituição vinha obtendo permissão para funcionar no local.

Nesse sentido, noticiou que, embora o alvará que deu ensejo ao ajuizamento da presente ação tenha sido revogado em 04.02.2009, no dia seguinte à sua revogação ele teria obtido consulta prévia junto à Administração Regional, o que foi deferido pelo então Administrador Sr. J.A.M.

Além disso, ressalta a legalidade da ocupação, haja vista que devidamente autorizada pelo Poder Público. Requereu o indeferimento da petição inicial, bem como a condenação do autor pela suposta prática de litigância de má-fé.

Juntou os documentos de fls. 591/684.

O primeiro requerido também apresentou defesa prévia, oportunidade em que alegou, preliminarmente, que o feito teria perdido seu objeto, em razão da revogação do alvará de funcionamento 163/2008. Asseverou que as condutas descritas na inicial não se afiguram como ato de improbidade administrativa, de modo que a inicial sequer deveria ser recebida. Acrescenta que as obras de ampliação da segunda requerida teriam ocorrido na gestão anterior à sua, sendo que em 14.11.2006 a empresa ré teria obtido alvará de funcionamento emitido pelo então Administrador Regional Sr. E.A.C., de modo que eventual ilegalidade deveria atribuída à gestão anterior, uma vez que jamais teria despachado o processo relativo à ocupação de área pública.

Ponderou que a emissão do alvará 163/2008 se deu como uma mera renovação de outros reiteradamente já expedidos, o que encontraria amparo no Decreto 29.566/08, sendo que a área pública que fora ocupada foi objeto de pagamento de taxa de ocupação de uso.

Frente a tais aspectos, cabe verificar se o Alvará de Funcionamento 139//2007¹ expedido pelo então administrador de Brazlândia-DF (primeiro requerido) em fa-

1 Cópia às fls. 93.

vor da segunda requerida (sociedade comercial) – da qual era sócio e de cuja atual sociedade participam os filhos – constituiu ato de improbidade administrativa.

O que deve ser verificado, então, é se, em razão do vínculo pessoal existente entre o administrador e os atuais sócios da pessoa jurídica (também requerida), houve favorecimento ilegal em relação à expedição do aludido alvará.

Ora, cabe destacar que, no exercício de seu poder fiscalizatório previsto no artigo 17 da Lei 2.105/98, foi expedido pela Administração o Auto de Embargos com a devida intimação para demolição da obra noticiada nos autos.

Contudo, ao invés de efetiva a execução da demolição referida, o réu (E...), enquanto Administrador Regional, expediu novo alvará de funcionamento em favor da pessoa jurídica – da qual são sócios os filhos do aludido administrador –, também ré, viabilizando, desse modo, a continuidade, ainda que irregular, das respectivas operações comerciais.

Assim, resulta claro o interesse pessoal e a interferência do administrador réu quanto à expedição do mencionado alvará, pois, a despeito das irregularidade, procedeu à emissão de autorização de funcionamento. Em verdade, o que deveria ter feito, sem qualquer uso de discricionariedade, era providenciar a demolição do quanto indevidamente construído em área pública.

Cabe salientar, além do mais, que, em relação ao alvará de funcionamento expedido em 2008, pelo mesmo administrador, agora recorrido, não foram exigidos, para fins de emissão do alvará correspondente, alvará de construção e a carta de “habite-se”.

Com isso, é fácil constatar que houve reiterada prática irregular de emissão, por parte do então administrador, agora réu, de alvará de funcionamento, conduta essa que se amolda às hipóteses previstas na lei de improbidade administrativa.

Assim, aderindo integralmente aos fundamentos contidos no criterioso voto prolatado pela eminente Desembargadora Relatora, e, pedindo a mais respeitosa vênia ao eminente Desembargador Revisor, concluo pela necessidade de reforma da r. sentença recorrida por isso, dou parcial provimento ao apelo e à remessa oficial, acompanhando integralmente o entendimento esposado pela eminente Relatora, Desembargadora Nídia Corrêa Lima.

É o meu voto.

■ DECISÃO

■ Conhecer. Dar parcial provimento ao recurso e à remessa. Por maioria.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2010011066221-8

Relator – Des. Sérgio Rocha

Segunda Turma Cível

EMENTA

Apelação cível. Administrativo. Pensão por morte. Ex-esposa. Prova da dependência econômica. Divisão da pensão por morte entre ex-esposa e atual companheira.

“A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.” Súmula 336 do STJ.

Defere-se a pensão por morte à ex-esposa do servidor falecido porque há farta prova nos autos de sua situação de dependência econômica.

Negou-se provimento ao apelo do Distrito Federal, à remessa oficial e 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 do Senhor Desembargador J.J. Costa Carvalho, em proferir a seguinte decisão: negar provimento ao apelo voluntário e à remessa oficial. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de março de 2014.

RELATÓRIO

Peço *venia* para adotar o relatório da r. sentença:

"(...) S.R. DOS S. ajuizou ação de conhecimento, sujeita ao rito ordinário, inicialmente apenas em face do DISTRITO FEDERAL, mas no curso da marcha processual foi incluída como litisconsorte passiva a pessoa de I.L. DE A.

A autora foi casada com L.T.A., o qual era Escrivão da Polícia Civil do Distrito Federal, tendo dele se separado judicialmente em setembro de 2001, sem que houvesse sido estabelecida a obrigação de prestação de alimentos entre os cônjuges. No ano de 2008 a separação foi convertida em divórcio, novamente não sendo ajustado o pagamento de pensão alimentícia do servidor para a ex-esposa, ora requerente.

Afirmou a autora, todavia, que mesmo após a separação permaneceu economicamente dependente do ex-marido. Disse que o cônjuge varão prestava alimentos aos filhos do casal e também supria as despesas dela, embora não a favorecesse diretamente com o pensionamento.

De acordo com a inicial, o servidor faleceu no dia 13.09.2008, quando já se encontrava aposentado, deixando a autora em difícil situação financeira, o que motivou o pedido por ela formulado na esfera administrativa visando a percepção de pensão por morte do ex-marido, pleito indeferido sob o fundamento segundo o qual o acordo de separação conjugal não previra tal benefício e que a referida pensão já vinha sendo paga à segunda ré I.L. de A., companheira dependente do servidor, por ele devidamente registrada em tal condição.

A requerente sustentou que sua condição de dependência econômica em relação ao servidor falecido, apurada supervenientemente à ruptura do vínculo conjugal, seria suficiente ao reconhecimento do direito de perceber a pensão por morte, conforme entendimento contido na Súmula 336/STJ.

Justamente por isso, requereu a autora, em sede de antecipação de tutela, que o Distrito Federal fosse condenado a interromper o pagamento da pensão destinada à I.L. de A., passando a contemplá-la exclusivamente com o benefício. Ao final, pleiteou a confirmação da medida, com efeitos retroativos à data em que deduzida a pretensão na esfera administrativa.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido através da decisão de fls. 75/76.

Citados, ambos os réus contestaram a pretensão.

O Distrito Federal requereu a inclusão de todos os herdeiros do falecido no polo passivo da ação. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido, argumentando que a autora separou-se judicialmente do ex-marido, servidor falecido, sem ser estabelecida cláusula de alimentos entre os cônjuges e, além disso, não demonstrou a relação de dependência econômica superveniente ao desfazimento do vínculo conjugal.

A segunda ré arguiu, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, sua improcedência. Disse que era ela quem mantinha relação de união estável com o falecido servidor público por mais de 4 (quatro) anos até o óbito dele e, nessa condição, seria a exclusiva destinatária da pensão por morte.

A autora manifestou-se em réplica às fls. 186/193 e 211/217, reiterando o pedido formulado na inicial.

No curso da instrução foram ouvidas as testemunhas arroladas pela parte autora (fls. 253/258 e 263/264). Os réus não as arrolaram, aliás, a segunda ré sequer compareceu às audiências designadas nos autos.

A autora ofertou memoriais às fls. 266/269, mais uma vez reiterando a pretensão deduzida na peça de ingresso; o Distrito Federal, às fls. 299/302, insistiu na improcedência do pedido; a segunda ré, de seu turno, arguiu a incompetência do Juízo Fazendário para apreciar matéria relacionada à existência ou inexistência de união estável entre a autora e o falecido L.T.A., pugnano alternativamente pela improcedência do pedido (fls. 309/311). (...)”

DA SENTENÇA (FLS. 345/353)

O MM. Juiz de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, Dr. Eduardo Henrique Rosas, julgou parcialmente procedente o pedido da autora, nos seguintes termos:

“(...) Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido para determinar que o Distrito Federal habilite a autora no rol dos destinatários da pensão vita-

lícia devida em razão da morte do ex-servidor L.T.A., distribuindo-se em partes iguais entre ela e a segunda ré (I.L. de A.) a cota atribuível a tais beneficiários.

Extingo o feito na forma do art. 269, I do CPC.

A sucumbência recíproca, ficando compensados os honorários advocatícios.

A autora deveria arcar com a metade do valor das custas processuais, mas litiga sob o pálio da gratuidade de justiça, restando suspensa a eficácia da sentença neste particular, na forma da Lei 1.060/50; a autora (sic) metade seria suportada pelos réus, mas o Distrito Federal é isento do pagamento e, devido a esse motivo, apenas a segunda ré suportará ¼ do valor das custas.

P.R.I. Transitada em julgado a sentença, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição. (...)"

DA APELAÇÃO DO RÉU – DISTRITO FEDERAL (FLS. 364/369)

O réu, Distrito Federal, apelou, alegando que: 1) a autora não apresentou prova da sua superveniente necessidade econômica; 2) não há início de prova documental que corrobore a alegação da petição inicial; 3) a autora renunciou aos alimentos quando de seu divórcio com o falecido; 4) não foi comprovada a ausência de renda da autora.

DO APELO DA RÉ – I.L. DE A. (FLS. 372/375)

A ré, I.L. de A., apela alegando que: 1) a apelada se divorciou do falecido sem que fosse fixado alimentos; 2) a apelada não comprovou a dependência econômica em relação ao falecido; 3) a presença esporádica do falecido na casa da apelada se dava por ele ser pai dos filhos dela.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Rocha (Relator) –

DO APELO DO RÉU – DISTRITO FEDERAL E DA REMESSA OFICIAL

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo do réu, Distrito Federal e da Remessa Oficial.

DA EXISTÊNCIA DE PROVA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA AUTORA/ APELADA

Afirma o réu/apelante, que: 1) a autora não apresentou prova da sua superveniente necessidade econômica; 2) não há início de prova documental que corrobore a alegação da petição inicial; 3) a autora renunciou aos alimentos quando de seu divórcio com o falecido; 4) não foi comprovada a ausência de renda da autora.

Sem razão o réu/apelante.

A sentença está bem fundamentada e rebate por si só, pontualmente, os argumentos do recurso. Com o objetivo de atender aos princípios constitucionais da celeridade e efetividade da justiça acolho como meus seus judiciosos fundamentos, *in verbis*:

"(...) A autora foi casada com L.T.A., o qual era Escrivão da Polícia Civil do Distrito Federal. O casal se separou judicialmente em 2001 e se divorciou em maio de 2008, sem que houvesse sido estabelecida a obrigação de pagamento de pensão alimentícia do servidor para a autora.

Em 13.09.2008 ocorreu o óbito do servidor público.

A autora alega nos presentes autos que continuou dependente economicamente do ex-marido, desde a separação conjugal até o seu falecimento, não obstante ele não a contemplasse diretamente com o pagamento de pensão alimentícia.

Justamente em face da relação de dependência econômica superveniente à separação, a autora requereu o benefício da pensão por morte do servidor, indeferido na esfera administrativa. Naquela altura dos acontecimentos, a pensão já era destinada aos filhos menores do falecido e também à pessoa de I.L. DE A., companheira habilitada dele perante a Divisão de Recursos Humanos da Polícia Civil do Distrito Federal.

Na petição inicial foi formulado pedido visando compelir o Distrito Federal (1º réu) a interromper o pagamento da pensão à I.L. DE A. (2ª ré), passando a destinar o benefício exclusivamente à autora.

Os réus contestaram a pretensão e ambos inicialmente firmaram defesa processual. O Distrito Federal sustentou a necessidade de inclusão de todos os filhos do falecido no polo passivo da ação, porquanto seriam eles litisconsortes necessários; a segunda ré, de seu turno, suscitou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e a incompetência do Juízo Fazendário para apreciar matéria relacionada à existência ou inexistência de união estável entre a autora e o falecido L.T.A.

Rejeito todos os argumentos.

1) Não há necessidade de inclusão dos filhos do ex-servidor falecido no polo passivo da ação.

Dos 4 (quatro) filhos por ele deixados, três já são maiores de idade: R.D.P.T.A. (fls. 39, 187 e 196); P.B.A., nascida em 24.09.1992 (fl. 132, 137, 142, 146 e 151) e S.B.R.A., nascida em 27.10.1993 (fl. 20). Por isso, não são destinatários da pensão por morte.

Quanto ao menor Y.R.A., filho da autora e do ex-servidor, nascido em 03.03.1995, completará a maioridade civil em 03.03.2013, mas é necessário registrar que em caso de procedência do pedido ele não concorre na pensão com a mãe (autora) ou mesmo com a segunda ré.

Com efeito, o filho é destinatário de pensão temporária e o cônjuge/companheiro(a) de pensão vitalícia, não havendo confusão entre as parcelas do pensionamento destinadas as duas categorias, conforme art. 218, §2º, da Lei 8.112/90, a qual era aplicada por ocasião do óbito servidor ("Ocorrendo

habilitação às pensões vitalícia e temporária, metade do valor caberá ao titular ou titulares da pensão vitalícia, sendo a outra metade rateada em partes iguais, entre os titulares da pensão temporária”).

Assim, somente haverá concorrência entre a autora e a segunda ré, ou seja, mesmo se procedente o pedido, a eficácia da sentença não reduzirá o valor da pensão percebida pelo filho menor até alcançar a maioridade e perder o direito ao pensionamento.

2) O exame do pedido deduzido pela autora – ser incluída no rol de destinatários da pensão por morte do ex-marido, embora dele estivesse separada sem receber alimentos – não encontra óbice no mundo jurídico, pelo contrário, há expressa previsão autorizando seu conhecimento, segundo o enunciado da Súmula 336/STJ.

3) O presente Juízo é sim o competente para processar e julgar o feito, ao contrário do que foi defendido pela segunda ré em sede de memoriais (fls. 309/311). Com efeito, não se trata aqui de reconhecer e declarar a existência de união estável entre o ex-servidor L.T.A. e a autora, ou entre o primeiro e a segunda ré.

Nestes autos discute-se o direito da requerente a percepção de pensão por morte do ex-marido, servidor público falecido, pretensão que é deduzida também em face do Distrito Federal, ente público responsável pelo pagamento do benefício. Sua simples inclusão no feito atrai para o Juízo Fazendário a competência para conhecer e julgar a lide, segundo reiterada jurisprudência do TJDF (cito: APC 2008.01.1.003524-9, acórdão 546298).

Passo ao exame do mérito da ação.

De acordo com o enunciado da Súmula 336/STJ, “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.” A situação em nada se altera quando a hipótese é de divórcio com a dispensa de alimentos, conforme igualmente decidido pelo Colendo STJ: “O SÓ FATO DE A RECORRENTE TER-SE DIVORCIADO DO FALECIDO E, À ÉPOCA, DISPENSADO OS ALIMENTOS, NÃO A PROÍBE DE REQUERER A PENSÃO

POR MORTE, UMA VEZ DEVIDAMENTE COMPROVADA A NECESSIDADE E, IN CASU, ATÉ MESMO A SUA DEPENDÊNCIA ECONOMICA ENQUANTO ESTAVAM SEPARADOS” (REsp 472742/RJ).

É exatamente essa a situação na qual se encontra a autora de acordo com as provas colacionadas aos autos, porquanto demonstrado que após a separação judicial entre ela e o ex-marido, e até a morte deste último, era ele quem a sustentava, embora não houvesse sido ajustado o formal pagamento de pensão alimentícia nem à época da separação, nem quando de sua conversão em divórcio.

Analiso a questão à luz da prova trazida ao processo, primeiramente a testemunhal e depois a documental.

Eis o que disseram as testemunhas ouvidas em Juízo:

C.A.L. DE M. (fls. 254/256), ex-namorada de L.T.A.: “... sabe afirmar que o Sr. L. mantinha a Sra. S... que L. sempre arrumava desculpas para ir a casa de S... que L. sempre gostou muito dos filhos e que como a Sra. S. mora em local de difícil acesso, pois não passa ônibus, foi feito um acordo de que ela cuidaria dos filhos, levaria para escola e para o hospital, que por isso é que L. mantinha a autora; que a autora sempre andava muito bem arrumada e fazia compras absurdas, sendo estas pagas pelo Sr. L... que sabe afirmar que após o rompimento, este continuava a manter e frequentar a casa da autora, seja pelo próprio L. contar isso à depoente, seja por ver o veículo dele parado em frente à casa da autora, mas não sabe dizer se ele voltou a ter um relacionamento amoroso com a Sra. S.; esclarece que o Sr. L. era muito dissimulado, pois sempre falava mal da autora e falava que ela não prestava, mas que sempre dava dinheiro para mantê-la; que ela sempre andava de carro bom; que a desculpa que ele dava era que o dinheiro era para os filhos... que sabe que L. sempre declarou a autora junto à CAMB...”

M.N. DE S.F. (fls. 257/258): “que a depoente é proprietária de uma boutique... o Sr. L. abriu um crédito mensal (algo em torno de R\$ 150,00 a R\$ 250,00) para que a autora efetivasse compras na loja; que este crédito foi aberto por cerca de dois anos; que quem efetivava as compras ou era o Sr. L. ou a Sra. S.; que a

depoente chegou a atender a autora umas duas vezes... que o Sr. L. nunca levou outra mulher até o seu estabelecimento comercial..."

J.O.A.F. (fl. 264): "que é proprietário de uma padaria situada na mesma rua onde mora a autora, na Colônia Agrícola Samambaia... que a autora é cliente de sua padaria, desde 2002 aproximadamente; que pode afirmar que era comum ver a autora em companhia de L., pois o casal sempre fazia compras em seu estabelecimento; que era L. que pagava as compras; que o casal comprava todo tipo de mantimentos, como pão, arroz, feijão e outros; que embora não ficasse sempre na padaria, pode afirmar que via a autora com L. pelo menos 3 vezes por semana e também aos finais de semana..."

Os relatos deixam claro que L. era responsável pela manutenção da autora, sua ex-esposa, embora estivesse dela separado judicialmente. Isso foi, inclusive, o motivo da ruptura do relacionamento entre ele e a primeira testemunha ouvida.

Desde alimentação e vestuário, inclusive passando pelo carro que a autora dirigia, tudo era pago por L.

Há documentos nos autos confirmando a relação de dependência econômica. O de fl. 259, declaração firmada pela Caixa de Assistência Médica e Benefício dos Policiais Civis do Distrito Federal – CAMB/PCDF, atesta que a autora foi dependente de L. em plano de saúde até a morte dele e depois disso permaneceu incluída na condição de titular, aliás, a testemunha C.A.L. DE M. (fls. 254/256), ex-namorada de L.T.A., já havia feito tal revelação em seu depoimento.

Às fls. 61/70 a autora juntou diversos comprovantes de compras de todo tipo de produto, os quais estavam em seu poder, pagas pelo ex-marido L. Não existe nada nestes autos demonstrando que ela auferisse rendimentos próprios, então é forçoso reconhecer que seu sustento vinha do finado servidor.

Diante do cenário probatório, reafirmo a conclusão no sentido de que mesmo após a separação judicial e o divórcio que pôs fim ao vínculo conjugal entre a autora e o ex-marido L.T.A., servidor público falecido em

13.09.2008, apesar de não ter sido estabelecido o pagamento de pensão alimentícia do varão para a mulher, ela continuou dependente economicamente dele e, por isso, a situação de fato subsume-se ao enunciado da Súmula 336/STJ.

Não é o caso de interromper o pagamento da pensão devida à segunda ré – I.L. de A. – pessoa que logrou demonstrar na esfera administrativa estar contemplada no rol dos beneficiários, conforme documento de fls. 88/89.

A solução consiste em determinar que a Administração observe o disposto no art. 218, §1º, da Lei 8.112/90, em vigor quando da morte do servidor e, portanto, norma que deve reger a distribuição do benefício (“Ocorrendo habilitação de vários titulares à pensão vitalícia, o seu valor será distribuído em partes iguais entre os beneficiários habilitados”). Assim, a autora deve ser igualmente habilitada no elenco dos destinatários da pensão vitalícia, distribuindo-se em partes iguais entre ela e a segunda ré a cota atribuível a tais beneficiários.

Não compreendo cabível outra solução ao caso concreto. (...)” (grifo nosso).

Assim, diferente do alegado pelo réu/apelante, Distrito Federal, há farta prova nos autos, testemunhal e documental, no sentido de que apesar de divorciados e da inexistência de determinação judicial de pensionamento, o *de cujus*, L.T.A., mantinha economicamente sua ex-esposa, S.R. dos S.

Diante do exposto, mantenho a r. sentença por seus próprios fundamentos, negando provimento ao apelo do réu, Distrito Federal e à remessa oficial.

DO APELO DA RÉ – I.L. DE A.

A ré/apelante, I.L. de A., regularizou sua representação processual anexando procuração às fls. 440/441. Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo da ré, I.L. de A..

A ré, I.L. de A., limita-se em seu apelo a alegar a falta de prova da dependência econômica da autora, S.R. dos S., em relação ao *de cujus*, L.T.A.

Conforme apreciei no apelo do réu, Distrito Federal, há farta prova nos autos da dependência econômica da autora/apelada, S.R. dos S., em relação ao *de cujus* L.T.A.

Diante do exposto, e pelas mesmas razões adotadas quando da análise do apelo do Distrito Federal, nego provimento ao apelo da ré, I.L. dos S.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nego provimento ao apelo do réu, Distrito Federal e à remessa oficial, e nego provimento ao apelo da ré, I.L. de A.

É como voto.

Desa. Fátima Rafael (Revisora) – Com o Relator.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento ao apelo voluntário e à remessa oficial. Unânime.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2011011129853-3

Relator – Des. Arnaldo Camanho de Assis

Quarta Turma Cível

EMENTA

Apelação cível e remessa oficial. Absolutamente incapaz. Prazo prescricional. Não fluência. Prejudicial afastada. Morte do genitor em presídio. Responsabilidade objetiva do Estado. Dever de zelar pela integridade física do preso. Idade do filho. Irrelevância. *quantum* indenizatório. Critérios observados. Manutenção.

1. De acordo com o art. 169, inciso I, do CC/1916, e art. 198, inciso I, do CC/2002, e na esteira do ensinamento desta egrégia Corte de Justiça, não há de se falar em fluência de prazo prescricional contra menor impúbere.

2. A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a responsabilidade estatal pela morte de detento no interior de presídio é objetiva (Súmula 83/STJ), tendo em vista que o Estado possui o dever de zelar pela integridade física do preso que se encontra sob a sua guarda e vigilância, consoante dispõe o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

3. No âmbito do dano moral, não há critério objetivo para fixação do *quantum* indenizatório, motivo pelo qual o magistrado deve atentar para o caso concreto, verificando a extensão e a gravidade do dano (morte do pai). Igualmente, deve ser considerada a capacidade econômica do ofensor (Estado) e o caráter punitivo e pedagógico que se espera da medida, eis que o intuito é fazer com que, no futuro, o Estado cumpra melhor seu dever de vigilância.

4. Remessa oficial e apelação improvidas.

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, Cruz Macedo – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Fernando Habibe, em proferir a seguinte decisão: negar provimento à remessa oficial e à apelação, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Des. Arnaldo Camanho de Assis (Relator) – Cuida-se de remessa oficial e de apelação cível interposta pelo Distrito Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública que, julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados por K.L.R.C. da S., representado por E.M.P. da S.R., condenou o Distrito Federal a pagar ao autor R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais, e pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo, desde a citação do réu até a data em que o autor completar vinte e cinco (25) anos de idade. Condenou-o, ainda, a pagar as parcelas vencidas, relativas à pensão, até a data da execução de sentença, calculadas com base no salário-mínimo, vigente à época em que cada parcela se tornou devida.

O apelante suscita prejudicial de prescrição. Para tanto, aduz que a morte do genitor do autor ocorreu no dia 17/08/2000 e a demanda foi ajuizada em 18/07/2011, quando já tinha esgotado o prazo de cinco (05) anos, disposto no art. 1º, do Decreto 20.910/1932, bem como o prazo três (03) anos para pleitear pedido de reparação civil, na forma do art. 206, § 3º, inciso V, do CC. No mérito, alega que não é responsável pela morte do pai do autor/apelado no presídio da Papuda, porque foram os próprios presidiários que começaram o tumulto, queimando seus colchões, dentre eles, o pai do autor, causando, assim, a sua própria morte. Argumenta que, como se trata de responsabilidade na modalidade de falta do serviço, é necessária a comprovação da conduta omissiva dos agentes penitenciários, o que não se verificou. Sustenta que não houve dano moral,

tendo em vista que o autor tinha apenas três (03) anos quando o fato ocorreu. Alternativamente, insurge-se contra o valor da condenação, asseverando ser excessivo. Por fim, requer o provimento do apelo, para que as condenações sejam afastadas ou o *quantum* minorado.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do apelo.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTOS

Des. Arnaldo Camanho de Assis (Relator) –

PRESCRIÇÃO

De acordo com o art. 169, inciso I, do CC/1916, e art. 198, inciso I, do CC/2002, e na esteira do ensinamento desta egrégia Corte de Justiça, não há de se falar em fluência de prazo prescricional contra menor impúbere. Confirmam-se:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REAJUSTES DA LEI 10.395/95. PRESCRIÇÃO. HERDEIRO MENOR IMPÚBERE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não corre o prazo prescricional contra menor absolutamente incapaz, nos termos do artigo 198, I, do Código Civil. Por tal motivo, são devidas as parcelas a contar da data do óbito do instituidor.

2. Recurso especial não provido” (REsp 1257059/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 08/05/2012).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS. CABIMENTO. VIOLAÇÃO

A DISPOSITIVO DE LEI ESTADUAL. IMPROPRIEDADE. NÃO-CONHECIMENTO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. MENOR IMPÚBERE. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF.

[...]

7. De acordo com o entendimento consolidado pelo STJ, a prescrição não corre contra o absolutamente incapaz.

8. Não se conhece do recurso se a parte não indicar a alínea do permissivo constitucional na qual se embasa a irresignação. Aplicação da Súmula 284 do STF, por analogia.

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (REsp 1191462/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 14/09/2010).

Rejeito, portanto, a prejudicial arguida.

■ MÉRITO

■ RESPONSABILIDADE CIVIL

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a responsabilidade estatal pela morte de detento no interior de presídio é objetiva (Súmula 83/STJ), tendo em vista que o Estado possui o dever de zelar pela integridade física do preso que se encontra sob a sua guarda e vigilância, consoante dispõe o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal¹. Confirmam-se:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO CUSTODIADO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. EXORBITÂNCIA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE

1 XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO SUSTENTO DA FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSÃO PÓS-MORTE EM FAVOR DOS GENITORES DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE.

1. *No que tange à presença dos requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade civil do Estado no caso em concreto, o Tribunal a quo consignou expressamente que o detento, à época de sua morte, estava encarcerado à época do evento danoso (ou seja, sob a custódia penal do Estado). Assim, não há como afastar a prática de ato ilícito pelo ente estatal, bem como os demais requisitos necessários para a responsabilidade civil.*

2. *Quanto à excessividade dos valores arbitrados a título de danos morais, este Sodalício, em situação análoga à presente, já consignou pela proporcionalidade do mesmo valor arbitrado de indenização a título de danos morais. Precedente: REsp 617.131/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 25/11/2009). Eventual revolvimento deste ponto demandaria nova análise do conjunto fático e probatório constante dos autos, o que não é possível a teor da Súmula 7/STJ.*

3. *Quanto aos danos materiais, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda (AgRg no REsp 1228184/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).*

4. *No caso em concreto, com base na orientação jurisprudencial acima explicitada, é cabível a condenação ao pagamento de danos materiais.*

Isso porque denota-se dos autos que o falecido, embora custodiado à época de sua morte, contribuía para o sustento de sua família de baixa renda, razão pela qual é devida a indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos familiares do falecido.

Precedentes do STJ.

5. *Agravos regimentais não providos*” (AgRg no REsp 1325255/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 17/06/2013).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de justiça firmou-se no sentido de que a responsabilidade estatal pela morte de detento no interior de presídio é objetiva. Súmula 83/STJ.*

2. *Apenas em situações excepcionais, em que a parte demonstra de forma contundente que o valor fixado para o pagamento de indenização por danos morais é exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu no caso, a jurisprudência deste Superior Tribunal permite o afastamento do óbice previsto na Súmula 7/STJ para que seja possível a sua revisão.*

3. *Agravo regimental não provido*” (AgRg no AREsp 283.111/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 16/04/2013).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CARACTERIZADA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. *Na hipótese dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária visando à condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização pelos danos que suportaram com o suicídio de um parente em uma cela de presidiária.*

2. *O Tribunal de origem não condenou o Poder Público, em razão da ausência de nexo de causalidade entre eventual omissão estatal e o falecimento do preso.*

3. Contudo, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública em situações como a dos autos, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado.

4. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1305259/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013).

Com efeito, não procede a alegação de que a culpa foi da vítima, mesmo que a morte tenha ocorrido em um ambiente de rebelião. O Estado continua responsável pela integridade física do preso, mesmo em situação de motim, uma vez que assumiu o dever de vigilância e guarda dos seus detentos, bem como porque o preso continua amparado pelos demais direitos e garantias fundamentais, tal como integridade física.

O fato ocorreu dentro de uma situação de rebelião em um presídio, configurando a omissão do Estado em cumprir o seu dever de guarda e vigilância, mantendo-se responsável pela integridade física do detento. A propósito, confira-se o texto de Rui Stoco² a seguir:

“O preso, a partir da sua prisão ou detenção é submetido à guarda, vigilância e responsabilidade da autoridade policial, ou da administração penitenciária, que assume o dever de guarda e vigilância e se obriga a tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, protegendo-o de violências contra ele praticadas, seja por parte de seus próprios agentes, seja da parte de seus próprios agentes, seja da parte de companheiros de cela ou outros reclusos com os quais mantém contato, ainda que esporádico.

[...]

2 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1166/1167.

Assim, se um detento fere, mutila ou mata outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada detento está sempre sujeito e exposto a situações agudas de risco, inerente e próprio do ambiente das prisões onde convivem pessoas de alta periculosidade e, porque no ócio e confinados, estão sempre exacerbados e inquietos.

Tais comportamentos dos reclusos, porque objeto de ciência própria e amplamente estudados e identificados, são do perfeito conhecimento das autoridades, que, por isso, têm todos os meios de se precatar.

Portanto, o Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, tem o dever de guarda e incolumidade sobre os seus condenados e encarcerados.

O confinamento de pessoas condenada pelo Estado-juiz por parte do Poder Executivo pressupõe a entrega dessa pessoa à guarda e vigilância da Administração Carcerária.

Desse modo, qualquer lesão que esses presos sofram por ação dos agentes públicos, por ação de outros reclusos ou de terceiros, leva à presunção absoluta (jure et de jure) da responsabilidade do Estado, não admitindo a alegação de ausência de culpa.

Registre-se, por oportuno, que o fato de o autor/apelado, à época da morte do seu genitor, ter apenas três (03) anos de idade, não afasta o dano moral, como alega o apelante. É inerente do ser humano o abalo causado pela morte do pai. A dor é presumida, por se tratar de dano moral puro, prescindível de qualquer prova a respeito. Além disso, não se pode negar que a morte de um pai acaba por atingir profundamente a pessoa, mesmo que o autor não tenha convivido com o seu genitor ou, ainda, seja destituído de tal consciência, em razão da pouca idade.

DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

■ O valor da indenização – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) – mostra-se suficiente e adequado ao caso concreto. No âmbito do dano moral, não há critérios objetivos

para fixação do *quantum* indenizatório. Por isso, o magistrado deve atentar para o caso concreto, verificando a extensão e a gravidade do dano (morte do pai). Igualmente, deve ser considerada a capacidade econômica do ofensor (Estado) e o caráter punitivo e pedagógico que se espera da medida, vez que o intuito é fazer com que, no futuro, o Estado cumpra melhor seu dever de vigilância. Diante desses parâmetros, não há como diminuir o valor da indenização.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo e à remessa oficial, mantendo a respeitável sentença.

É como voto.

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

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

■ DECISÃO

Negar provimento à remessa oficial e à apelação, unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2013041007096-7

Relator – Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal e processo penal. Atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Ilicitude do exame de DNA. Ofensa à correlação entre denúncia e sentença. Preliminares rejeitadas. Palavra da vítima. Relevância probatória. Conduta desclassificada para o art. 214 do CP. Dosimetria. Personalidade fundamentada em condenações por fatos posteriores. Impossibilidade. Súmula 444/STJ. Culpabilidade. Circunstâncias. Consequências desfavoráveis. Continuidade. Parcial reforma.

Conquanto não juntada a “Declaração de Doação Voluntária”, nada há nos autos que sugira ter sido o réu obrigado a fornecer o material genético. Inexistindo quaisquer indícios de falsidade ou parcialidade que os iniquem de vício, a notícia em relatório policial quanto à existência de arquivo de amostra do material biológico do acusado, e os laudos periciais de exame de DNA, devidamente subscritos por peritos, dotados de fé pública, revestem-se de idoneidade à fundamentação do decreto condenatório, não ocorrendo violação ao direito a não autoincriminação.

Se o fato pelo qual o réu foi condenado está devidamente descrito na peça de acusação, não há ofensa à correlação entre a denúncia e a sentença.

A palavra das vítimas, nos crimes de natureza sexual, reveste-se de relevante valor probatório quando firme e coerente, sobretudo quando corroborada pelos demais elementos de prova constantes nos autos. Jurisprudência.

O detido cotejo do conjunto probatório revela que o réu constrangeu as vítimas, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, a com ele praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal, para fins de satisfazer a própria lascívia.

A considerar que à época do cometimento dos fatos a lei vigente fazia distinção das condutas delitivas, entende-se ser direito do réu ser condenado como incurso

no art. 214 do CP (atentado violento ao pudor – vigência anterior à Lei 12.015/09), e não no art. 213 do CP (atual redação).

O extenuante e prolongado desenrolar da dinâmica delitiva evidencia o alto grau de reprovabilidade social da conduta, justificando a maior censura da culpabilidade.

Ausente condenação com trânsito em julgado por fato delitivo anterior ao ora apurado, a utilização de folha penal para fins de valoração negativa da personalidade com agravamento da pena-base encontra óbice no enunciado da Súmula 444 do STJ.

O contexto fático em que cometido o delito (vítimas abordadas na saída de escola) revela a maior gravidade da conduta, apto a fundamentar valoração negativa das circunstâncias do crime.

São desfavoráveis as consequências do crime, pois o trauma sofrido pelas vítimas, que culminou com a mudança de escola por ambas, extrapola ao inerente à figura típica, não podendo ser considerado comum abalo psíquico intrínseco ao tipo.

Embora cometidos contra vítimas distintas, os delitos foram perpetrados em idênticas condições de tempo, lugar e *modus operandi*, de modo que o crime praticado em subsequência deve ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se ao caso a regra do art. 71 CP.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

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 do Senhor Desembargador João Batista Teixeira, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Deu-se parcial provimento. Unânime. De acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por C. DE J.R. contra a r. sentença de fls. 187/203 pela qual foi condenado como incurso, por duas vezes, no artigo 213, *caput*, do Código Penal (estupro), à pena de 16 (dezesseis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Nas razões de fls. 236/245, o apelante sustenta insuficiência de provas, alega violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, assim como aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Aponta ilicitude da prova pericial e invoca o direito a não autoincriminação. Questiona, ainda, a valoração negativa das circunstâncias judiciais e defende o reconhecimento da continuidade delitiva.

Requer, ao final, a reforma da r. sentença para que seja absolvido, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, ou, subsidiariamente, para que seja reexaminada a dosimetria da pena.

Contrarrazões às fls. 248/256, manifestando-se pelo parcial provimento do recurso a fim de que seja aplicada a regra da continuidade delitiva.

Parecer da 14^a Procuradoria de Justiça Criminal às fls. 264/265, oficiando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Insurge-se o réu contra a r. sentença de fls. 187/203 pela qual foi condenado como incurso, por duas vezes, no art. 213, *caput*, do Código Penal, à pena de 16 (dezesseis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Em suas razões (fls. 236/245), requer a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reexame da dosimetria da pena.

PRELIMINAR – NULIDADE DA PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA)

O apelante, ao invocar o direito a não autoincriminação, alega a ilicitude da prova pericial sob o argumento de que não fora juntada aos autos a “Declaração de Doação Voluntária” necessária à comprovação da sua anuência em oferecer o material genético, e questiona a informação de que o material estava arquivado pela polícia.

Conquanto alegada em sede recursal a ausência do referido documento subscrito pelo réu, observa-se que a defesa não apontou, efetivamente, a ocorrência de vício na vontade do réu quanto à doação do material genético. Nada há nos autos que sugira ter o réu sido obrigado a fornecer esse material.

Na espécie, inexistindo nos autos quaisquer indícios de vício que os iniquem de falsidade ou parcialidade, os laudos periciais, nos quais consta que a obtenção da amostra biológica foi colhida com base em “Declaração de Doação Voluntária” (fls. 38/41 e 119/122), permanecem imaculados, pois, devidamente subscritos por peritos dotados de fé pública.

Além do mais, correlato aos resultados dos laudos de exame de DNA, constata-se que o próprio réu declarou em juízo ter mantido relação sexual com ambas as vítimas na data dos fatos (fl. 172).

Nesse caso, o relatório policial de fls. 12/14 – que noticia a existência (no IPDNA/PCDF) de arquivo de amostra do material biológico fornecido pelo réu, e os laudos periciais, estão isentos de vícios e revestem-se da idoneidade necessária a servirem de fundamento do decreto condenatório, não ocorrendo violação ao direito a não autoincriminação.

Rejeito, pois, a preliminar.

PRELIMINAR – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA CONDENATÓRIA

Não subsiste a alegada violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, erigida sob o argumento de não ter sido comprovada a prática da

conjunção carnal declinada na inicial, circunstância que, segundo o apelante, demandaria o aditamento da denúncia ou a aplicação do instituto da *mutatio libelli*.

Verifica-se que o enquadramento jurídico das condutas delitivas perpetradas pelo apelante foi efetivado pelo julgador *a quo* com base nos fatos comprovados nos autos e em observância à *causa petendi* delimitada na denúncia.

A espécie não configura hipótese de aplicação do instituto da *mutatio libelli* (artigo 384 do Código de Processo Penal), pois não houve condenação por fato diverso ou não constante na denúncia. Por conseguinte, o caso dos autos não reclama correção da inicial mediante aditamento da denúncia.

Se o fato pelo qual o réu foi condenado está devidamente descrito na peça de acusação, não há ofensa à correlação entre a denúncia e a sentença.

Ademais, a considerar que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, e não da capitulação, verifica-se, *in casu*, terem lhe sido asseguradas as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório em todas as fases do processo, não havendo ocorrência de prejuízo.

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, restaram comprovadas a materialidade e a autoria dos delitos mediante comunicação de ocorrência policial (fls. 9/11), laudos de exame de corpo de delito e aditamentos (fls. 19/28), termos de declarações das vítimas prestadas na fase de inquérito policial (fls. 29/34), laudos de exame de DNA (fls. 38/41 e 119/122), e prova oral colhida em juízo (fls. 137/139, 162/163 e 172).

Nos depoimentos colhidos em juízo (fls. 137/138 e 162/163), congruente às declarações por ambas prestadas na fase policial (fls. 29/34), as vítimas foram seguras e resolutas ao relatarem a ocorrência do abuso sexual.

Por oportuno, confrimam-se os depoimentos das ofendidas, *in verbis*:

“que a declarante estava saindo com sua amiga de uma festa junina que estava acontecendo no CEM 02, Setor Oeste desta cidade; que de repente apareceu um rapaz com uma bicicleta; que esse rapaz também estava com uma arma; que o rapaz mostrou a arma; que isso era por volta de 23 horas, em um lote

vazia (sic), nas proximidades da escola; que o rapaz usava bermuda, capuz e boné; que pode perceber que era um rapaz de pele moreno-escuro, o que percebeu por suas pernas; que o rapaz obrigou a depoente e F. a entrarem no lote vazio, que ficaram com medo e entraram; que a declarante imaginou que era um assalto, e perguntou ao rapaz se era um assalto, mas ele ficou calado, e nada disse; que a declarante tinha R\$ 5,00 para pagar a passagem e entregou ao rapaz; que ele pegou o dinheiro; que caminhando por um lote vazio o rapaz pegou a identidade da declarante e de F. e olhou; que ele também pegou o celular de F., mas em seguida o devolveu; que caminharam por vários locais, inclusive em frente ao antigo Fórum; que foram levadas para uma quadra de esporte ao lado da igreja imaculada, sendo que em seguida ele mandou saírem e deitarem no chão, em um mato, o que foi obedecido; que em seguida ele mandou levantar e rumaram no sentido da rodoviária; que depois seguiram para um local que era um beco; que nesse momento a declarante e sua amiga foram encostadas na parede; que ele desceu a roupa da declarante e de sua amiga; que ele apalpou os seios da declarante, bem como colocou o dedo na vagina da declarante, tentando penetrar; que ele tentou penetrar a vagina da declarante com o membro sexual dele, mas não conseguiu penetrá-la, talvez porque a depoente fosse virgem; que ele fazia uma coisa na declarante e depois fazia a mesma coisa em F.; que ele também apalpou os seios de F., passou a mão na vagina dela e tentou penetrá-la; que F. também era virgem; que quando ele veio na direção da declarante percebeu que o pênis dele não estava ereto; que ele não chegou a ejacular, nem na declarante, nem em F.; que ele era moreno escuro, mais alto que a declarante, ou seja, mais que 1.67m; que melhor esclarecendo o rapaz conseguiu penetrar o dedo na vagina da declarante, mas não com o pênis; que não sabe se F. foi penetrada pelo órgão sexual do rapaz; que com F. ele fez várias outras posições, inclusive a colocou de quatro, inclusive ficou com o joelho machucado; que não se recorda se ele tentou introduzir no ânus de F.; que com F. ele a fez deitar por cima dele, e em varias outras posições; que não tentou correr pois ele estava armado, e ficou com medo; que após tudo isso o rapaz liberou a declarante e sua amiga; que então pegaram o telefone e acionaram a polícia que logo em seguida apareceu uma viatura; que entraram na viatura e acompanharam os policiais em patrulhamento, inclusive os levaram ao local onde foram abusadas sexualmente; que inclusive o

policial procurou por lá sinal de esperma, mas não encontraram; que ficaram no beco onde foram abusadas por cerca de trinta minutos; que em poder do rapaz ficaram por uma hora; que após o patrulhamento foram levadas a DP, e na mesma noite encaminhada ao IML e ao Hospital, inclusive, ambas tomaram coquetel anti HIV; que no IML foi feita coleta de secreção vaginal da declarante e de F.; que tanto a declarante quanto F. tiveram que mudar de escola, inclusive mudar da cidade; que ficou bastante traumatizada, quase reprovou de ano; que na época tinha 17 anos de idade; que não tem interesse de ser comunicado dos atos processuais, pois poderá consultar diretamente no sítio do Tribunal; que perdeu contato com F., e não tem qualquer contato com ela, nem mesmo telefone ou onde trabalha; que, colocado o acusado do outro lado da porta desta sala de audiência, a vítima, através do vidro, a vítima afirmou que as características físicas são semelhantes as do estuproador, inclusive as pernas dele eram iguais as do estuproador; que pode perceber isso pois o réu estava de bermuda. [...] que só olhou para o pênis do rapaz uma única vez, e nesse momento ele não estava totalmente ereto; que melhor esclarecendo dava para ver que pênis dele estava ereto, mas não o suficiente para penetrar; que no momento que viu o rapaz estava segurando o pênis dele; que a declarante não chegou a ver o rosto dele, pois como dito, ele estava de capuz e boné, e disse para não olhar para o rosto dele; que sabe a cor da pele, pois ele estava de bermuda e pode ver; que se recorda que o estuproador tinha mania de ficar fazendo barulho com a boca.” (vítima D.J.M. – fls. 137/138)

“que a declarante estava numa festa na escola CEM 02 do Gama; que quando era 23:40h resolveram ir para a rodoviária para pegar o ônibus e ir embora; que ainda nas proximidades da escola foi abordada por um rapaz que estava de bicicleta, o qual saiu de um beco escuro, determinando que a declarante e sua colega não gritasse; que assim que olhou para ele percebeu que ele estava com uma arma grande; que então o rapaz se aproximou por trás e determinou que não olhasse para ele; que ele também determinou que caminhassem; que então foram inicialmente levadas para as imediações de uma igreja; que ele pediu o celular de ambas; que entregaram os celulares, ele olhou e os devolveu; que a declarante tinha R\$ 5,00 que ia pagar a passagem, e ofereceu para aquele rapaz, então ele balançou a cabeça dizendo que não queria; que então determinou que ambas caminhassem novamente, e foram levadas para

uma praça, onde havia vários jovens; que a declarante ficou com muito medo, pois imaginou que aqueles jovens eram amigos daquele rapaz; que ele ficava olhando de um lado para o outro, e determinou que continuassem andando levando-as para um local escuro; que nesse local o rapaz determinou que a declarante e sua amiga abaixassem as calças; que em seguida ele passou a acariciar a vagina da declarante, bem como de sua colega; que ele tentou penetrar a declarante, mas não conseguiu introduzir o pênis em sua vagina; que então ele voltou e foi para sua colega, e colocou o pênis na vagina dela também, não sabendo se conseguiu penetrar nela; que ele não acariciou o ânus da declarante, nem tentou penetrar o ânus da declarante; que a declarante não sabe se o rapaz tentou penetrar o ânus de D.; que ficaram inicialmente encostadas em uma parede, e o rapaz vinha de trás e tentava a penetração e fazia os abusos; que em determinado momento ele determinou que a declarante ficasse de quatro, no chão, cobriu a cabeça da declarante com a própria blusa e passou a tentar a introduzir o pênis na vagina da declarante; que a declarante era virgem; que a declarante estava muito nervosa e por isso não sabe se ele ejaculou ou não; que em determinado momento o rapaz vestiu a roupa, mandou que a declarante e sua amiga vestissem a roupa, e seguissem em determinada direção, sem olhar para trás, pois senão atiraria em ambas; que então, quando alcançaram a pista, telefonaram para a polícia, e logo chegaram varias viaturas da PM; que fizeram diligências nas imediações, mas não encontraram o abusados; que a declarante e D. foram encaminhadas a DP; que também foram encaminhadas ao IML; que no IML foi colhido material da vagina e do ânus da declarante e sua colega; que ele massageou a vagina da declarante, mas não sentiu ele penetrando o dedo na vagina da declarante; que ele apalpou os seios da declarante e de sua colega; que não sabe se o rapaz conseguiu introduzir o dedo na vagina de sua colega, pois como dito, não podia ficar olhando; que quando saiu da escola a festa continuou, e não viu qualquer DJ na festa da escola; que ficou bastante traumatizada em razão dos fatos; que tinha 19 anos de idade; que em razão do fato teve que mudar sua vida toda, inclusive, mudou de escola; que o pênis do abusador estava ereto, "estava duro"; que não sentiu dor; que quando fez o exame indagou do medico se ele havia introduzido o pênis, mas ele disse que não, pois o hímen estava integro, não tinha sido rompido; que o abusador era moreno claro; que

ele era bem mais alto que a declarante, a qual mede em torno de 1,45m; que o abusador também era mais alto que D., a qual e mais alta que a declarante; que a declarante e D. nunca tinham visto aquele rapaz; que a declarante nunca conheceu qualquer DJ; que não tem interesse de ser comunicada dos atos processuais, pois poderá consultar diretamente nos sitio do Tribunal. [...] que o autor era magro, pois pode ver suas "canelas", e eram finas; que a declarante e sua colega não tinham ingerido qualquer bebida alcoólica; que também não sentiu qualquer cheiro de que o autor tivesse feito uso de álcool." (vítima F.E.S.A. – fls. 162/163)

Importa ressaltar que a palavra da vítima, em crimes de implicação sexual, configura relevante elemento probatório, sobretudo quando corroborado pelos demais elementos de prova constantes nos autos, pois praticados, na maioria das vezes, na ausência de testemunhas. Nesse sentido, colaciono jurisprudência deste eg Tribunal:

"ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. PROVA IDÔNEA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AGRAVANTE DA ALÍNEA H DO INCISO II DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. REGIME. RECURSO IMPROVIDO. Nos crimes contra a liberdade sexual, porque geralmente praticados às ocultas, há que atribuir relevante valor à palavra da vítima, sobretudo quando firme, coerente e harmônica com as demais provas dos autos. O fato de a vítima não poder consentir configura a violência presumida, não eliminando a consequência de ter sido o crime praticado contra criança, restando, assim, autorizada a aplicação da agravante genérica. Em se tratando de crime hediondo há impedimento legal de fixação do regime prisional mais benéfico. Recurso improvido." (Acórdão 568151, 20080310012269APR, Relator ESDRAS NEVES, 1ª Turma Criminal, julgado em 23/02/2012, DJ 05/03/2012 p. 166)

"PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MÉRITO. CONDENAÇÃO INAFASTÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há que falar em absolvição quando o conjunto probatório confirma a materialidade e a autoria do crime. 2. A palavra da vítima, em crimes contra a liberdade sexual, mesmo que seja criança ou adolescente, caracteriza relevante elemento probatório, ainda mais quando apresentada

de forma coerente com as demais provas presentes nos autos. Isto porque a maioria dos crimes desta espécie é praticada, como no caso em análise, às escondidas, de modo a facilitar a sua consumação e afastar a existência de testemunhas, visando à impunidade. 3. Nos crimes contra a liberdade sexual, a materialidade pode ser provada de variadas maneiras, não somente pelo laudo de exame de corpo de delito. 4. O delito de atentado violento ao pudor se consuma quando o agente, mediante violência (presumida quando a vítima for menor de 14 anos) ou grave ameaça, pratica qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, exigindo-se a presença de contato físico entre autor e ofendido, como ocorreu na espécie. 5. Restando comprovado que o delito ocorreu em mais de uma oportunidade, não há como afastar a continuidade delitativa. 6. Recurso desprovido.” (Acórdão 564419, 20070510000733APR, Relator SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 02/02/2012, DJ 13/02/2012 p. 283)

Outro não é o entendimento firmado pelo c. STJ, a conferir:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. EXAME DE CORPO DE DELITO. NÃO OBRIGATÓRIO. PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE E SEGURA, RELEVÂNCIA PARA A CONDENAÇÃO QUANDO EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS. MATÉRIA FÁTICA. INADEQUADO EXAME NA VIA ESPECIAL. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. CRIME HEDIONDO. PENA DE DOIS ANOS. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS DO RÉU. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. 1. A ausência de laudo pericial não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. 2. No caso, o Tribunal de origem, inclusive, determinou a condenação do ora agravado em razão da existência do depoimento de uma testemunha do crime. 3. O STJ entende que, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, os arts. 33; e 59, ambos do Código Penal. 4. O decisum exarado pelo Tribunal de origem, bem assim os argumentos da insurgência em exame, se firmaram em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a rele-

vância do laudo referente ao corpo de delito, ter-se-ia de reexaminar o acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor do Enunciado 7 da Súmula do STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1097183/SE, Rel. Min. CELSO LIMONGI, 6ª T., DJe 09/03/2011)

“HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 16 ANOS E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PALAVRA DA OFENDIDA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, TÃO SOMENTE PARA AFASTAR O ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO SÓ E APENAS, PARA FIXAR O REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. 1. A negativa de autoria é incompatível com a via do Habeas Corpus, porquanto a alegação depende de reexame aprofundado de fatos e provas. Precedentes do STJ. 2. A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ. 3. A Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), suprimiu a vedação de progressão de regime para condenados por crimes hediondos ou equiparados, proibição esta já declarada inconstitucional pelo colendo STF. 4. Ordem parcialmente concedida, em conformidade com o parecer ministerial, tão só e apenas, para fixar o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, afastando-se assim, o impedimento à progressão de regime.” (HC 100911/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª T., DJe 16/02/2009)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214 C/C ART. 224, ALÍNEA “A”, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. I – 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 tem testemunhas, ou deixam vestígios. (Precedentes). II – Para efeito de apreciação em sede de writ, a autoria e a materialidade do delito pelo qual o paciente restou condenado está suficientemente demonstrada com base nas provas produzidas. Entendimento diverso, no caso, demandaria ampla dilação probatória, o que não se coaduna com a via eleita. (Precedentes). III – A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. (Precedentes). IV – Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Precedentes). V – Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus. Writ denegado.” (HC 79622/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª T., DJ 12/11/2007)

No caso dos autos, além de coincidentes os depoimentos das vítimas, verifica-se que a prática dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal com ambas restou comprovada pelos laudos de exame de DNA que, a despeito da inexistência de espermatozoides (o que se encontra em conformidade à versão das vítimas no sentido de que não houve ejaculação), atestaram a presença de material genético do réu nas cavidades vaginais da vítima F.E.S.A. (fls. 38/41) e D.J.M. (fls. 119/122).

Observa-se, ainda, que os relatos concordes das vítimas quanto aos atos a que uma delas se sujeitou são corroborados pelo laudo de exame de lesões corporais de fls. 17/18 que atesta a existência de lesões condizentes com a dinâmica descrita.

De outro lado, além de não se coadunarem com os demais elementos de prova coligidos aos autos, constata-se na versão apresentada pelo réu – negando a prática dos atos delituosos –, inconsistências o bastante para desaboná-la, a conferir:

“que não são verdadeiros os fatos denunciados; que o interrogando conhece as duas supostas vítimas, inclusive já teve relação sexual com as duas, no mesmo dia; que o interrogando teve relação sexual, com penetração, em am-

bas; que as supostas vítimas são garotas de programa; que o interrogando as conhecia do CEM 02 (escola); que no dia dos fatos o interrogando pagou R\$ 40,00 para cada uma das vítimas; que teve relação com J. e E., isso no puteiro, no Pedregal, por volta das 22 horas; que por volta de 03 horas da manhã elas telefonaram para o interrogando, para buscá-las na 14ª DP, pois elas tinham sido estupradas; que o interrogando chegou inclusive a acompanhar os policiais na tentativa de localizar o estuprador, mas não o localizou; que já tem uma condenação por crime de roubo e seis outras por estupro; que não sabe dizer por que as vítimas disseram desconhecer o interrogando” (fl. 172)

Ainda que tenha admitido o contato sexual com as vítimas, veja-se que o réu negou a prática das condutas delitivas descritas na denúncia, afirmando que manteve relação sexual, com penetração em ambas, que seriam prostitutas, versão essa que diverge do laudo pericial que atesta a virgindade da vítima D.J.M. (fls. 21/22), e que consolida a versão das vítimas de que o réu não conseguiu penetrá-las.

Ademais, corroborando o julgador *a quo*, a versão do apelante de que os atos sexuais ocorreram no Pedregal não se sustenta diante da situação fática evidenciada da análise dos elementos de prova, pois os fatos criminosos foram, em curto espaço de tempo (fl. 9), comunicados à autoridade policial da 14ª Delegacia de Polícia do Gama, que tão logo encaminhou as vítimas ao IML para fins de exames periciais e ao HMIB para serem medicadas (fl. 11).

Assim, o detido cotejo do conjunto probatório constante nos autos revela seguramente que o réu constrangeu as vítimas, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, a com ele praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal (pois não conseguiu efetivar a penetração vaginal), para fins de satisfazer a própria lascívia.

Comprovadas a materialidade e autoria imputadas ao apelante quanto aos atos delitivos, correta é a sua condenação, por duas vezes, pela prática de atentado violento ao pudor, isto é, pela conduta de constranger as vítimas, mediante grave ameaça, a praticar com ele atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

De acordo com o julgador *a quo*, elucida-se que o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, se subsume no artigo 213 do Código Penal, e não mais no artigo 214 que,

revogado pela Lei 12.015/2009, foi incorporado pelo primeiro, sem que houvesse alteração legislativa da respectiva pena.

Contudo, a considerar que o artigo 213 do Código Penal, ao unir numa só figura típica o estupro e o atentado violento ao pudor, suprimiu o último como figura penal autônoma – inserindo-o na rubrica do estupro (que passa a abranger as condutas alternativas) –, e tendo em vista que a época do cometimento dos fatos a lei vigente fazia distinção das condutas delitivas, entende-se ser direito do réu ser condenado como incurso no artigo 214 do Código Penal (vigência anterior à Lei 12.015/2009 – atentado violento ao pudor).

Esclareça-se que eventual alteração na capitulação jurídica do fato – hipótese de *emendatio libelli* (artigo 383 do Código de Processo Penal), dispensa a adoção de quaisquer providências instrutórias, bastando que na sentença condenatória o julgador proceda ao juízo de adequação típica, classificando a conduta delitiva (descrita na denúncia e comprovada nos autos) no tipo penal que lhe parecer o mais adequado. Vez que o réu não se defende da capitulação, mas sim dos fatos que lhe são imputados, a nova definição jurídica não implica prejuízo à defesa, motivo pelo qual, ao contrário da *mutatio libelli*, pode ser adotada em qualquer grau de jurisdição.

Desse modo, as duas condutas delitivas imputadas ao réu devem ser desclassificadas para o crime capitulado no artigo 214 do Código Penal – (vigência anterior à Lei 12.015/2009) – atentado violento ao pudor.

No concernente à dosimetria, o apelante questiona a valoração negativa das circunstâncias judiciais e defende o reconhecimento da continuidade delitiva.

Quanto ao crime cometido em relação à vítima F.E.S.A., o julgador *a quo* valorou negativamente a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e as consequências do crime, exasperando a pena em 2 (dois) anos, de modo a fixar a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão, a conferir, *in verbis*:

“A culpabilidade merece enorme desvalor, na medida em que, manteve a vítima em seu poder por cerca de uma hora e meia. Obrigou a ofendida a o acompanhar por vários lugares, inclusive, em local distinto de onde praticou os fatos. Mandou também que deitasse no chão, depois mandava que se le-

vantasse. Do local onde abordou a vítima, Setor Central (lado oeste), e a quadra 40 do Setor Leste (onde praticou o fato), é bem distante, o que confirma que circulou com ela por considerável tempo. Consta, em sua FAP, quatro condenações transitadas em julgado. Em que pese tais anotações não servirem como antecedentes, por serem posteriores, são perfeitamente suficientes para demonstrar uma personalidade desajustada e voltada a prática criminosa. As circunstâncias são bastante desfavoráveis, pois abordou a vítima na saída de uma escola. Demonstrou enorme ousadia e destemor, uma vez que praticou os fatos em local público, sem qualquer receio de ser visto em ação. A vítima em nada contribuiu para o crime, sendo certo que demonstrou ter enorme trauma. Afirma ainda, que, em razão dos fatos teve que se mudar de escola e de cidade. É certo que as consequências são gravíssimas, Os traumas sofridos são extensos, pois comprometem a paz, a tranquilidade, bem como a saúde psíquica da ofendida, certamente comprometida, quiçá, para sempre. Impende salientar que a vítima era virgem, o que resulta em maior trauma, tendo em vista sua primeira experiência sexual ser em um estupro. Desse modo, em face das circunstâncias judiciais acima analisadas, fixo a reprimenda base em 08 (oito) anos de reclusão.” (fls. 199/200)

Em consonância ao julgador *a quo*, tem-se que o extenuante e prolongado desenrolar da dinâmica dos fatos evidencia o alto grau de reprovabilidade social da conduta do réu, merecedora de elevada censura, apta à valoração negativa da culpabilidade, e consequente exasperação da pena-base.

Sob outro prisma, consignada como desfavorável, a fundamentação da valoração negativa da personalidade foi calcada em condenações transitadas em julgado por fatos posteriores ao caso em apreciação (fls. 90/93).

Com efeito, a despeito da vasta folha penal do apelante (fls. 87/98), verifico inexistir condenações com trânsito em julgado decorrentes de fatos delitivos anteriores ao ora apurado, situação que encontra óbice no enunciado da Súmula 444 do colendo Superior Tribunal de Justiça para fins de valoração negativa da personalidade com agravamento da pena-base. É o que se confere nos seguintes excertos extraídos de ementas de julgados do c. STJ:

"(...) 2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado e condenações por fatos posteriores ao examinado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ. (...)" (HC 137851/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, 5ª T., DJe 03/06/2011)

"(...) No cálculo da pena-base, é impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, seja para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes. (...)" (HC 202176 / SP, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª T., DJe 13/12/2012)

Por conseguinte, tendo em vista que a personalidade foi considerada desfavorável com base em condenações que não se prestam para tanto, forçoso é o afastamento da valoração negativa dessa circunstância judicial.

Por sua vez, o contexto fático em que cometido o delito – abordagem da vítima na saída de escola – revela a maior gravidade da conduta e destemor do agente, constituindo fundamento idôneo à valoração negativa das circunstâncias do crime, encontrando amparo na jurisprudência deste eg. Tribunal, a saber:

"PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA. PRELIMINAR. ILICITUDE DO LAUDO PERICIAL DE EXAME DE DNA. AMOSTRA BIOLÓGICA DEVIDAMENTE AUTORIZADA. CONTRADITÓRIO OBSERVADO. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS CRIMES COMPROVADAS. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. AFASTADA A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA REDUZIDA. 1. Se a amostra biológica colhida foi devidamente autorizada por declaração de doação voluntária e foi oportunizado o contraditório às partes, não há falar em ilicitude do laudo pericial de exame de DNA, devendo ser rejeitada a preliminar suscitada. 2. Mantém-se a condenação do apelante pelos crimes de estupro e roubo circunstanciado se as declarações da ofendida são coerentes e harmônicas, especialmente quando corroboradas

pele laudo de exame de DNA e em consonância com os demais elementos do conjunto probatório. 3. Se o réu registra em sua folha de antecedentes penais três condenações com trânsito em julgado anterior ao caso em tela correta a utilização de uma delas para configurar reincidência na segunda fase de aplicação da pena e das outras duas para aumentar a pena-base pela circunstância judicial dos antecedentes. 4. O fato de o crime ter sido praticado próximo à saída de uma escola demonstra maior gravidade e periculosidade do autor do delito e autoriza a valoração desfavorável das circunstâncias do crime para agravar a pena-base. 5. Afasta-se a análise desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, personalidade e consequências do crime, quando a fundamentação é inidônea para justificar a majoração da pena-base. 6. Recurso conhecido, preliminar rejeitada e parcialmente provido para reduzir as penas do apelante.” (Acórdão 688819, 20100410087742APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 27/06/2013, Publicado no DJE: 22/07/2013. Pág.: 234) grifo nosso

Desse modo, mostra-se correta e devidamente fundamentada a valoração negativa das circunstâncias do crime.

Noutro turno, a traumatização da vítima que culminou com a sua mudança de escola, não pode ser considerada comum abalo psíquico intrínseco ao tipo, sendo idônea à valoração negativa das consequências do crime. Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. RÉU QUE APÓS OFERECER SERVIÇO CLANDESTINO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS SEGUE COM A VÍTIMA PARA LOCAL ERMO E COM ELA PRÁTICA CONJUNÇÃO CARNAL MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA POSTULANDO A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA NO CASO CONCRETO. PENA-BASE PROPORCIONAL AO DELITO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A circunstância judicial da culpabilidade deve ser analisada em relação ao caso concreto, observando-se o nível de reprovação da conduta do réu. Na hipótese dos autos, a avaliação negativa da culpabili-

dade encontra amparo nos autos, destacando o MM. Juiz que o réu praticou o crime de estupro contra uma jovem de apenas 16 anos de idade, na frente de uma prima da vítima, a qual trazia nos braços um bebê de apenas 04 meses, tratando-se de conduta com maior grau de reprovabilidade. 2. Devidamente justificada a valoração desfavorável das circunstâncias do crime, haja vista que o réu agiu dissimuladamente, oferecendo serviço de transporte clandestino de passageiros para atrair a vítima para o interior de seu veículo, local onde a vítima foi violentada. 03. Revelando os autos que a vítima sofreu trauma que extrapolou o resultado típico inerente ao crime de estupro, haja vista que deixou de frequentar escola e deixou de sair de casa, mantêm-se a avaliação negativa das consequências do crime. 04. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". (Súmula 231 do STJ). Não obstante exista corrente jurisprudencial defendendo a redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena, em caso de confissão espontânea ou de menoridade do réu, trata-se de entendimento minoritário. 05. Recurso conhecido e não provido para manter íntegra a sentença que condenou o recorrente nas penas do artigo 213, caput, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado." (Acórdão 407511, 20081010027903APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 11/02/2010, Publicado no DJE: 26/03/2010. Pág.: 282) grifo nosso.

Desse modo, excluída apenas a valoração negativa da personalidade (e mantidas a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime), reduz-se a pena-base para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornada definitiva face à ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição.

Quanto ao crime cometido em relação à vítima D.J.M., o julgador *a quo* valorou negativamente a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e as consequências do crime, exasperando a pena em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses, de modo a fixar a pena-base em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a conferir:

"A culpabilidade merece enorme desvalor, pois manteve a vítima em seu poder por considerável lapso de tempo – cerca de uma hora e meia. Obrigou a ofendida a o acompanhar por vários lugares, inclusive, em local distinto de onde

praticou os fatos. Mandou também que deitasse no chão, depois mandava que se levantasse. Do local onde abordou a vítima, Setor Central (lado oeste), e a quadra 40 do Setor Leste (onde praticou o fato), é bem distante, o que confirma que circulou com ela por considerável tempo. Consta, em sua FAP, quatro condenações transitadas em julgado. Em que pese tais anotações não servirem como antecedentes, por serem posteriores, são perfeitamente suficientes para demonstrar uma personalidade desajustada e voltada a prática criminosa. As circunstâncias são bastante desfavoráveis, pois abordou a vítima na saída de uma escola. Demonstrou enorme ousadia e destemor, uma vez que praticou os fatos em local público, sem qualquer receio de ser visto em ação. A vítima em nada contribuiu para o crime, sendo certo que demonstrou ter enorme trauma. Afirma ainda, que, em razão dos fatos teve que se mudar de escola e de cidade. É certo que as consequências são gravíssimas, Os traumas sofridos são extensos, pois comprometem a paz, a tranqüilidade, bem como a saúde psíquica da ofendida, certamente comprometida, quiçá, para sempre. Impende salientar que a vítima tinha apenas 17 anos de idade, e era virgem, o que resulta em dano ainda maior, tendo em vista sua primeira experiência sexual ser em um estupro. Desse modo, em face das circunstâncias judiciais acima analisadas, fixo a reprimenda base em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão. Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Por não haver causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas, estabilizo a reprimenda, por este delito, em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão. “ (fls. 100/201)

Com base nos mesmos os fundamentos já expendidos no exame da dosimetria do crime em relação à vítima anterior, deve ser afastada a valoração negativa da personalidade, e mantidas desfavoráveis a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime, ressaltando-se o *plus* da gravidade da última circunstância judicial, pois, além de ter que se mudar de casa e de escola, a vítima D.J.M. contava apenas com 17 (dezessete) anos de idade à data dos fatos, o que justifica a maior exasperação da pena-base em comparação a outra vítima.

Desse modo, excluída apenas a valoração negativa da personalidade (e mantidas a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime), reduz-se a pena-

base para 7 (sete) anos e 8 (oito) meses de reclusão, tornada definitiva face à ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição.

Na unificação das penas, o julgador *a quo* aplicou o concurso material, sob o fundamento de que “os atos de violência sexual contra as vítimas, decorreu de desígnios e ações distintas e autônomas, afinal de contas, violentou uma, fazendo com que a outra esperasse, para depois violentá-la – primeiro uma depois a outra”.

Todavia, as condutas delitivas de atentado violento ao pudor, embora cometidas contra vítimas distintas, foram perpetrados em idênticas condições de tempo, lugar e *modus operandi*. Assim, o crime praticado em subsequência deve ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se ao caso a regra do artigo 71 do Código Penal, consoante entendimento firmado pelo colendo STJ, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. VÍTIMAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 59 DO CP. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DO ENUNCIADO 7 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Nos termos do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, desde que praticados dentro do mesmo contexto fático, devem ser entendidos como crime único a prática da conjunção carnal e de ato libidinoso diverso da cópula, ainda que perpetrados contra vítimas distintas. 2. A análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 não pode ser conhecida, por demandar reexame do contexto fático-probatório, incidindo, dessa forma, a Súmula 7 desta Corte. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1368446/DF, Ministro CAMPOS MARQUES, 5ª T., DJe 02/09/2013)

Diante, pois, da aplicação da regra do artigo 71 do Código Penal, a vista da prática de 2 (dois) crimes, aplica-se a pena mais gravosa, aumentada do critério de 1/6 (um sexto), ficando o réu definitivamente condenado a pena de 8 (oito) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

No mais, correto o regime fechado para o inicial cumprimento da pena (art. 33, § 2º, alínea “a”, e §3º, do Código Penal), restando inviabilizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como a suspensão da pena, pois não preenchidos os requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal.

Com essas considerações, rejeito as preliminares (ilicitude do exame pericial de DNA e ofensa à correlação entre denúncia e condenação), e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para desclassificar as condutas de atentado violento ao pudor, atribuídas ao apelante, para a prevista no artigo 214 do Código Penal (vigência anterior à Lei 12.015/2009), e para afastar a personalidade desfavorável e aplicar a continuidade delitiva, reduzindo a pena aplicada na instância de origem para 8 (oito) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Mantenho, no mais, a r. sentença impugnada.

Por se tratar de decisão condenatória exarada por órgão colegiado que implica inelegibilidade, nos termos da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, e em observância a Resolução 172 do CNJ, proceda-se a inclusão dos dados referentes à condenação de C. DE J.R., no sistema do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade – CNCIAI.

É como voto.

Desa. Nilsoni de Freitas (Revisora) – Com o Relator.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se parcial provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2012081001702-4

Relatora – Des. Sandra De Santis

Primeira Turma Criminal

EMENTA

Apelação Criminal. Parcelamento irregular do solo. Forma qualificada. Venda de lotes. Dano ambiental. Desmatamento. Área de proteção ambiental. Pena abaixo do mínimo legal. Suspensão condicional do processo. Sentença mantida.

- 1.** A confissão espontânea não repercute na dosimetria quando a pena-base é fixada do mínimo legal, consoante a Súmula 231/STJ.
- 2.** A suspensão condicional do processo é cabível após o oferecimento da denúncia ou em caso de desclassificação do crime, preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/1995.
- 3.** O concurso formal impede o benefício quando as penas ultrapassam um ano. Súmula 243 do STJ.
- 4.** Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sandra De Santis – Relatora, Romão C. Oliveira – Revisor, Mario Machado – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira, em proferir a seguinte decisão: desprover. Unânime. De acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Apelação interposta por E.T. DA C. contra sentença que o condenou a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, mais multa de 10 (dez) salários-mínimos, além do dever de indenizar o dano ambiental causado, como incurso nos artigos 50, parágrafo único, inciso I, da Lei 6.766/79 e 40, *caput*, c/c 40-A, §1º, ambos da Lei 9.605/98. A pena corporal foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos.

Segundo a denúncia, em data não anterior a setembro de 2011, o acusado e terceiro ainda não identificado promoveram o loteamento de área situada na Rodovia DF 130, quilômetro 32, Região Administrativa do Paranoá/DF, para fins urbanos, mediante divisão do terreno com piquetes de madeira, abertura de ruas e instalação de rede elétrica. A ação foi precedida da retirada da cobertura vegetal nativa, no total de 16.990m² (dezesesseis mil novecentos e noventa metros quadrados), em Área de Proteção Ambiental – APA do Rio São Bartolomeu, Unidade de Conservação Ambiental de Uso Sustentável.

Requer a pena mínima, o reconhecimento da confissão e a suspensão condicional do processo.

Contrarrazões às fls. 484/489.

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso (fls. 495/49).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Sandra De Santis (Relatora) – Recurso tempestivo, cabível e regularmente processado. Dele conheço.

Insurge-se E.T. DA C. contra sentença que o condenou a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, mais multa de 10 (dez) salários-mínimos, além da obrigação de indenizar os danos ambientais em R\$ 37.553,00 (trinta e sete mil,

quinhentos e cinquenta e três reais), pelos crimes do art. 50, parágrafo único, inciso I, da Lei 6.766/1979 e art. 40, *caput* e 40-A, §1º, ambos da Lei 9.605/1998.

Pede a pena mínima, o reconhecimento da confissão e a suspensão condicional do processo.

Materialidade e autoria incontestes. Estão comprovadas pelos autos de prisão em flagrante dos corréus C.R.R. DE A. e M. DOS S.L. (fls. 8/13) e de apresentação e apreensão (fl. 26), laudo de exame de local de parcelamento de solo e danos ao meio ambiente (fls. 96/121), bem como pela prova oral.

O réu confessou os fatos no interrogatório (fls. 399/400), versão corroborada pelos depoimentos testemunhais (fls. 289/290, 365 e 398).

Mantenho a condenação.

A dosimetria não merece reparo.

As penas-base foram fixadas no mínimo legal.

Embora respeitáveis as correntes que entendem viável o arbitramento da pena em patamar inferior ao mínimo previsto para o tipo penal, por força da aplicação das atenuantes, a elas não me filio. Considero que só as causas de diminuição podem rebaixar a pena aquém do piso. Assim, a confissão espontânea autoriza a redução até o limite do mínimo legal.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria com a edição da Súmula 231: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Esta Turma Criminal tem entendimento consolidado no sentido da aplicação da súmula.

Desnecessárias maiores considerações sobre o tema. Nada a corrigir.

Sem causas de diminuição ou aumento, as sanções foram estabilizadas em 1 (um) ano de reclusão para cada crime.

Aplicado o concurso formal, majorou-se corretamente a pena em 1/6 (um sexto). A reprimenda corporal ficou em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

O regime é o aberto.

A sanção privativa de liberdade foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos.

A multa foi fixada no piso legal, de acordo com o artigo 50, parágrafo único, inciso I, da Lei 6.766/1979.

A indenização pelos danos ambientais está de acordo com a novel redação do artigo 387, inciso IV, do CPP, e com o artigo 20, parágrafo único, da Lei 9.605/1998.

Incabível a suspensão condicional do processo. O benefício deve ser aplicado após o recebimento da denúncia ou na hipótese de o crime ser desclassificado para outro de médio potencial ofensivo pela sentença, atendidos, em quaisquer das hipóteses, os requisitos do artigo 89 da Lei 9.099/1995. Não é o caso.

Ademais, como destacou a Procuradoria de Justiça, a questão foi pacificada pelo enunciado 243 da Súmula do STJ:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

É o entendimento da Turma (APR 2012.05.1.001634-6, Rel. Des. Romão Oliveira, DJe 29/7/2013).

Nego provimento ao apelo.

Cadastrem-se os dados dos presentes autos conforme Resolução 172/2013 do Conselho Nacional de Justiça e Portaria Conjunta 60/2013 deste Tribunal.

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

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

DECISÃO

Desprover. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2013051006489-9

Relator – Des. João Batista Teixeira

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal e processo penal. Apelação criminal. Perigo de contágio de moléstia grave e ameaça. Materialidade e autoria comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. Dissimetria da pena. Existência de anotações distintas na folha penal. Análise desfavorável dos antecedentes. Reincidência. Personalidade e circunstâncias do crime. Fundamentação inidônea. Pena pecuniária. Proporcionalidade com pena corporal.

- 1.** Deve ser mantida a condenação do apelante pelo crime de perigo de contágio de moléstia grave quando, do conjunto probatório, constata-se que ele mordeu duas vítimas e cuspiu no olho de uma delas, com o intuito de transmitir-lhes moléstia grave com a qual está cominado, qual seja, HIV.
- 2.** Mantém-se a condenação pelo crime de ameaça quando restou provado que o apelante ameaçou, por palavras, de causar mal injusto e grave a duas pessoas distintas.
- 3.** Havendo mais de uma condenação transitada em julgado, na folha de antecedentes do réu, uma delas pode ser utilizada para agravar a pena-base como circunstância judicial dos antecedentes e a outra para exasperar a pena ambulatoria pela reincidência, não havendo que se falar em *bis in idem*.
- 4.** Exclui-se a valoração desfavorável da personalidade e das circunstâncias do crime quando os fundamentos forem insuficientes e inidôneos a justificar a majoração da pena-base.
- 5.** Reconhecido o concurso formal entre três delitos, aplica-se a fração de 1/5 de aumento da pena.

6. A pena de multa deve ser reduzida para guardar certa proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada.

7. Apelação parcialmente provida para reduzir as penas aplicadas.

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 do Senhor Desembargador João Batista Teixeira, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Deu-se parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 16 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

E. DA S.R. interpôs apelação criminal contra a sentença de fls. 204-214v, proferida pelo Juízo da Segunda Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Planaltina, que o condenou como incurso no art. 131, *caput*, (três vezes) e no art. 147, *caput*, (duas vezes), ambos do Código Penal, à pena de 1 ano, 9 meses e 2 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 168 dias multa, no mínimo legal, para o primeiro crime; e à pena de 2 meses e 16 dias de detenção, no regime inicial semiaberto, para o segundo crime.

Consta da denúncia que, no dia 28.05.2013, por volta das 10h30min, na Sala 21 da Administração Regional de Planaltina, Setor Administrativo, Planaltina, o apelante ameaçou, por palavras, S.B. dos S. de causar-lhe mal injusto e grave, qual seja, de transmitir-lhe moléstia grave, o vírus HIV de que está contaminado. Registra que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o apelante ofendeu a integridade corporal de J.M.J., com o intuito de contaminar-lhe de moléstia grave que está infectado, no caso, o vírus HIV. Relata, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o apelante tentou praticar ato capaz de produzir contágio de moléstia grave em desfavor de R.F.S. e M.V.D.M. Posteriormente, no interior

do Hospital Regional de Planaltina, o apelante ameaçou, por palavras, J.M.J., de causar-lhe mal injusto e grave, qual seja, matá-lo.

A defesa requer a reforma da sentença para absolver o apelante de ambos os crimes por insuficiência de provas, com fundamento no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal. Quanto ao delito descrito no art. 131 do Código Penal, sustenta que o apelante não agiu com o *animus* de transmitir a moléstia, bem como que as lesões por ele causadas não seriam aptas a transmitir o vírus. Alega que o crime de ameaça não restou configurado, por ausência de dolo específico, uma vez que as palavras foram proferidas em momento de descontrole emocional. Afirma que o crime de ameaça está absorvido pelo crime de perigo de contágio de moléstia grave. Subsidiariamente, pleiteia a fixação da pena-base de ambos os crimes no mínimo legal, com a exclusão da análise desfavorável dos antecedentes, personalidade e circunstâncias do crime, bem como a redução da pena de multa para guardar coerência lógica com a pena privativa de liberdade (fls. 236-243).

O Ministério Público manifestou-se pelo desprovemento do recurso nas contrarrazões (fls. 245-251), endossadas no parecer da Procuradoria de Justiça (fls. 256-262).

É o relatório.

VOTOS

Des. João Batista Teixeira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

a) Pedido de absolvição do crime previsto no do art. 131, *caput*, do Código Penal

Materialidade incontroversa

A materialidade dos crimes restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 8-13), pela Comunicação de Ocorrência Policial (fls. 14-15v), pelo Exame de HIV realizado no apelante, com resultado reagente (fls. 40), pelos Termos de Representação (fls. 88-97), bem como pelo Laudo de Lesões Corporais realizado no apelante, com conclusão: "compatíveis com lesões autoproduzidas" (fls. 141-143 e 148-150) e Laudo de Lesões Corporais realizado em J.M.J. (fls. 151-153).

Autoria sobejamente provada.

A autoria está suficientemente demonstrada nos autos.

A vítima J.M.J., em juízo, relatou que estava na Administração Regional de Planaltina quando o apelante chegou alterado. Em seguida, o apelante provocou lesões nele mesmo, cortando-se no pescoço e no braço direito. Ato contínuo, ele começou a gritar que tinha AIDS e que iria transmiti-la a todos. Afirmou que, logo em seguida, o apelante mordeu sua mão até sangrar, bem como mordeu a pessoa de R. Esclareceu que ficou todo sujo com o sangue do apelante, inclusive que seu machucado na mão, decorrente da mordida, foi contaminado pelo sangue dele. Disse, ainda, que o apelante cuspiu em seu olho e no olho de M. Assegurou que no hospital confirmaram que ele era portador do vírus HIV:

(...) que estava na Administração Regional de Planaltina/DF no dia dos fatos; a Assistente Social S. foi ao seu gabinete, juntamente com G., e lhe relatou que havia um senhor em sua sala exigindo vinte reais, com ameaça de bater nela; (...) o réu começou a ficar alterado, muito nervoso e dizia que não mexia com drogas e nem bebia (...) o réu pegou um óculos que estava na mesa, quebrou-o e, deu dois cortes no pescoço, além de ter cortado o braço direito, o réu começou a gritar que tinha AIDS e que iria passar AIDS para todo mundo e que iria matar todo mundo; o réu veio na direção do depoente e da assistente social com objeto cortante na mão; o depoente segurou a mão do réu que tinha o objeto cortante e o imobilizou virando de costas; G. veio ajudar o depoente porque o réu se debatia muito; outros vieram até a sala para ajudar a conter o réu, ou seja R., M. e J.E.; o réu mordeu a mão esquerda do depoente, na altura do dedão a ponto de sangrar; o réu cuspiu o tempo todo diretamente nos olhos das pessoas; cuspiu no olho do depoente e o depoente viu que ele cuspiu no olho de M.; mesmo após ser contido pelos policiais militares, o réu não parava de cuspir; o depoente tentou conter o réu, ficou todo ensanguentado pelo sangue do próprio réu, esse sangue era possível ver nos braços do depoente, na mão do depoente, onde havia a ferida e na roupa do depoente; R. também foi mordido na mão, pelo réu (...) confirmaram no hospital que o réu era soropositivo, ainda está fazendo exames para saber se contraiu alguma doença; fez um exame na última terça feira (sic), cujo resultado ainda não saiu e também terá que fazer exames por mais de um ano, além de HIV também tem que ser

certificado não (sic) contraiu sífilis, hepatite entre outros; ainda convive com a incerteza de ter ou não qualquer doença (...) (fls. 138) (grifou-se)

A vítima R.F.S., em juízo, declarou que, ao tentar imobilizar o apelante foi mordido na mão por ele. Afirmou que viu a mordida na mão de J.M.. Disse que o apelante sangrava muito, pois tinha cortado seu pescoço e seu braço e que todos que pegavam nele ficavam ensanguentados, motivo pelo qual assegura que o ferimento de J.M. teve contato com o sangue do apelante. Garante que o apelante ficava dizendo que ia passar HIV para todos. Declarou que tomou coquetel para evitar o contágio de HIV por 28 dias e que ainda está fazendo exames para saber se foi contaminado:

(...) que estava na administração regional, quando escutou um barulho de grito; ao entrar na sala deparou-se com o réu totalmente ensanguentado (...) ao tentar imobilizar o réu, este mordeu sua mão, mas não chegou a sangrar; não viu a hora que o réu mordeu a mão de M., mas viu que a mão dele tinha uma mordida perto do dedão; o réu cortou o pescoço e braço e sangrava muito; todo mundo que pegou no réu ficou ensanguentado e por isso pode afirmar que a ferida de J.M. teve contato com o sangue do réu; o réu falava que era soropositivo e ameaçava dizendo que ia passar HIV para todo mundo (...) viu o réu cuspir no rosto de J.M. (...) o depoente tomou o coquetel por vinte e oito dias e que ainda está fazendo exames para ver se foi contraído (sic) (...) (fls. 137) (grifou-se).

Em juízo, a vítima M.V.D.M. disse que o apelante começou um tumulto na sala de S., ficando nervoso e cortou os próprios pulsos e pescoço. Ato contínuo, o apelante agrediu J.M. e dizia que iria transmitir HIV para todos. Afirmou que viu o momento em que o apelante mordeu a mão de J.M., bem como assegurou que o ferimento de J.M. teve contato com o sangue do apelante. Disse que ele, também, mordeu R.. Informou que o apelante cuspiu em seu rosto e no rosto de J.M., bem como esclareceu que teve que tomar por 28 dias o coquetel para evitar o contágio de HIV e ainda está fazendo exames para saber se contraiu alguma doença.

(...) ouviu um tumulto na sala da S. e resolveu acompanhar para ver o que estava acontecendo; o réu exigia vinte reais, senão bateria em S. (...) S. saiu da sala e foi procurar ajuda, momento em que voltou com J.M. e G. (...) o réu começou a

ficar nervoso dizendo que não estava drogado e que tinha HIV (...) o réu então pegou seu próprio óculos, quebrou e se cortou; cortou os pulsos e o pescoço, o réu partiu para cima de M. e ameaçou que iria transmitir HIV para ele (...) o depoente viu o réu morder o dedão da mão de M.; a mordida de M. sangrou; o réu sangrava muito e por isso pode afirmar que o sangue do réu entrou em contato com a ferida aberta de M.; a mordida de R. não sangrou; o réu ameaçava o tempo todo que tinha AIDS, ia (sic) transmitir HIV para todo mundo e que iria matar M.; o réu cuspiu no rosto do depoente e o depoente viu o réu cuspir no rosto do M. (...) que teve que tomar coquetel por vinte e oito dias; está fazendo exames para ver se não foi contagiado por alguma doença e está convivendo com a respectiva incerteza (...) (fls. 139) (grifou-se).

A testemunha S.B. dos S.C., em juízo, afirmou que estava em sua sala tentando acalmar o apelante, que estava muito nervoso e dizia que ia passar HIV para todos. Relatou que ele quebrou os óculos e se cortou no pescoço e nos pulsos. Soube que o apelante mordeu J.M. e que ele teve contato com a saliva do apelante. Disse que viu a mordida na mão de J.M. e na mão de R.:

(...) o réu ficou mais de vinte minutos contando sua história de vida; o réu disse que era portador de HIV (...) conseguiu acalmar o réu, do nada, o réu mudou seu comportamento e transtornado, (...) o réu então disse que ia passar AIDS para todo mundo; o réu então pegou os seus óculos, quebrou e começou a se cortar; o réu cortou o seu próprio pescoço e os pulsos, os quais começaram a sangrar; a depoente viu quando M. tentou segurar o réu para evitar que ele se cortasse mais (...) a depoente não viu, mas M. lhe disse depois que o réu lhe mordeu na mão e que teve contato da (sic) saliva do réu; a depoente viu a forma de uma mordida na mão de M., bem como viu que a mesma sangrava (...) viu também uma mordida na mão de R. (...) (fls. 136) (grifou-se).

O apelante, em seu interrogatório, negou a autoria dos fatos, no entanto, confirmou ter se cortado com seus óculos e dito que tinha AIDS, bem como confessou ter mordido a mão de J.M.:

(...) não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia (...) o interrogando pego o (sic) óculos e se cortou e avisou que tinha AIDS (...) mordeu a mão de J.M. (...) (fls. 140) (grifou-se).

Assim, apesar da negativa de autoria do apelante, os depoimentos acima transcritos, não deixam dúvidas de que ele, com o fim de transmitir a J.M., R. e M. moléstia grave, qual seja o vírus HIV, praticou ato capaz de produzir o contágio.

Logo, correta a condenação do apelante como incurso no art. 131, *caput*, do Código Penal por três vezes.

b) Pedido de absolvição do crime previsto no do art. 147, *caput*, do Código Penal

Materialidade incontroversa

A materialidade dos crimes restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 8-13), pela Comunicação de Ocorrência Policial (fls. 14-15), pelo Exame de HIV realizado no apelante, com resultado reagente (fls. 40), pelos Termos de Representação (fls. 88-97) e pelo Laudo de Lesões Corporais realizado no apelante, com conclusão: "compatíveis com lesões autoproduzidas" (fls. 141-143 e 148-150).

Autoria sobejamente provada.

A autoria está suficientemente demonstrada nos autos.

A ofendida S.B. dos S.C., em juízo, afirmou que estava em sua sala tentando acalmar o apelante, que se encontrava muito nervoso. Informou que, inicialmente ele exigiu dinheiro, mas com sua negativa, ele passou a ameaçá-la, dizendo que iria contaminá-la com o vírus HIV, tendo, logo em seguida, se cortando no pescoço e no pulsos:

(...) o réu ficou mais de vinte minutos contando sua história de vida; o réu disse que era portador de HIV (...) conseguiu acalmar o réu, do nada, o réu mudou seu comportamento e transtornado, começou a exigir da depoente que ela lhe desse dinheiro, ou seja, vinte reais; nesse momento o réu já não chorava mais, o réu ameaçou a depoente da seguinte forma: "eu vou passar o vírus do HIV para você, se você não mede vinte reais, eu vou te cortar", (...) o réu então disse que ia passar AIDS para todo mundo; o réu então pegou os seus óculos, quebrou e começou a se cortar; o réu cortou o seu próprio pescoço e os pulsos, os quais começaram a sangrar; (...) (fls. 138) (grifou-se).

O ofendido J.M.J., em juízo, afirmou que quando estava no Hospital de Planaltina o apelante o ameaçou de morte:

(...) O réu e todas as vítimas foram levado (sic) para o hospital de Planaltina, na triagem, o depoente se encontrou com o réu e nesse momento ele gritou que iria matar o depoente; confirmaram no hospital que o réu era soropositivo, ainda está fazendo exames para saber se contraiu alguma doença; fez um exame na última terça feira (sic), cujo resultado ainda não saiu e também terá que fazer exames por mais de um ano, além de HIV também tem que ser certificado não (sic) contraiu sífilis, hepatite entre outros; ainda convive com a incerteza de ter ou não qualquer doença (...) (138) (grifou-se).

A testemunha M.V.D.M., em juízo, disse que o apelante começou um tumulto na sala de S. Assegurou que o apelante exigia dinheiro e dizia que, se não lhe fosse entregue a quantia de R\$ 20,00, agrediria S. Declarou, ainda, que no Hospital Regional de Planaltina o apelante ameaçou matar J.M.:

(...) ouviu um tumulto na sala da S. e resolveu acompanhar para ver o que estava acontecendo; o réu exigia vinte reais, senão bateria em S. (...) S. saiu da sala e foi procurar ajuda, momento em que voltou com J.M. e G. (...) o réu começou a ficar nervoso dizendo que não estava drogado e que tinha HIV (...) o réu então pegou seu próprio óculos, quebrou e se cortou; cortou os pulsos e o pescoço, o réu partiu para cima de M. e ameaçou que iria transmitir HIV para ele (...) no hospital regional, tiveram contato visual com o réu; o tempo todo o réu xingava e gritava que iria matar M. (...) (fls. 139) (grifou-se).

A testemunha R.F.S., em juízo, garantiu que ouviu o apelante, no Hospital de Planaltina, dizer que iria matar J.M.:

(...) foi para o hospital de Planaltina e, lá, o réu além de xingar o M., dizia que ia matá-lo (...) (fls. 137) (grifou-se).

Assim, apesar do apelante negar a autoria dos fatos, os depoimentos acima transcritos não deixam dúvidas de que ele ameaçou, por palavras, S. de causar-lhe mal injusto e grave, qual seja, transmitir-lhe o vírus HIV, bem como ameaçou, por palavras, J.M. de matar-lhe.

Não há que se falar em absorção dos crimes de ameaças praticados contra S. e J.M. e os crimes de perigo de contágio de moléstia grave praticados contra este, R. e M., como alega a defesa. Primeiramente, porque em relação à S., os sujeitos passivos de ambos os delitos são diferentes, o que impede, por óbvio, a aplicação do princípio da consunção. Ademais, em relação a J.M., as circunstâncias são diversas, uma vez que o perigo de contágio de moléstia grave se deu no âmbito da Administração Regional de Planaltina e a ameaça de morte ocorreu no interior do Hospital Regional de Planaltina.

Logo, correta a condenação do apelante como incurso no art. 147, *caput*, do Código Penal por duas vezes.

c) Pedido de redução da pena-base

No tocante à dosimetria da pena, insurge-se o apelante contra o aumento da pena-base com fundamento nos antecedentes, na personalidade e nas circunstâncias do crime, quanto ao delito de perigo de contágio de moléstia grave, e com fundamento nos antecedentes e na personalidade quanto ao crime de ameaça, pleiteando a redução para o mínimo legal para ambos os crimes.

Razão lhe assiste em parte.

O magistrado *a quo* considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos antecedentes, personalidade e circunstâncias para o crime descrito no art. 131, *caput*, do CP, e desfavoráveis os antecedentes e a personalidade para o crime do art. 147, *caput*, do CP, sob os seguintes fundamentos:

(...) Crime de Perigo de Contágio de Moléstia Grave (...)

O réu possui em sua folha penal que ensejam o reconhecimento de maus antecedentes, pois condenado definitivamente por duas vezes, ainda que se considere que uma delas, a certificada na fl. 130, será reconhecida apenas para demonstrar sua reincidência na segunda fase da dosimetria da pena. A folha penal do Réu, de toda sorte, revela que ele tem personalidade desvirtuada, corrompida, inclinada a práticas delitivas.

(...) No que diz respeito à análise das circunstâncias do fato, estas se mostram bastante relevantes, considerando que o réu se cortou e foi para cima da ví-

tima e a mordeu, se, contudo lhe causar lesão, com o intento de transmitir o vírus HIV (...)

Crime de ameaça (...)

O réu possui em sua folha penal que ensejam o reconhecimento de maus antecedentes, pois condenado definitivamente por duas vezes, ainda que se considere que uma delas, a certificada na fl. 130, será reconhecida apenas para demonstrar sua reincidência na segunda fase da dosimetria da pena. A folha penal do Réu, de toda sorte, revela que ele tem personalidade desvirtuada, corrompida, inclinada a práticas delitivas (...) (fls. 210-213)

Quanto aos antecedentes correta a análise desfavorável, uma vez que, quando houver mais de uma condenação na folha de antecedentes, com trânsito em julgado, uma pode ser utilizada para agravar a pena-base e outra exasperá-la, na segunda fase, pela reincidência, sendo acertadamente utilizadas às de fls. 130 e 132, as quais são hábeis para esses fins.

Nesse sentido é a jurisprudência pacífica deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES EM CONCURSO FORMAL DE CRIMES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUBTRAÇÃO DE DIVERSOS BENS DE QUATRO VÍTIMAS. RECURSO DA DEFESA. PENA-BASE. DUPLA VALORAÇÃO JURÍDICA DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL. AFASTAMENTO. SEGUNDA FASE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ACOLHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DIMINUIÇÃO DO PERCENTUAL DE ½ (METADE) FIXADO NA SENTENÇA PARA 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ARTIGO 580 DO CPP. EXTENSÃO AO CORRÉU NÃO APELANTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A existência de duas anotações penais diversas transitadas em julgado por fatos anteriores autoriza o reconhecimento da agravante da reincidência, assim como a valoração negativa dos antecedentes penais, haja vista a utilização de registros penais distintivos, razão pela qual não há falar em bis in idem. Todavia, diante da utilização das anotações penais para a valoração das refe-

ridas circunstâncias, há de se excluir a avaliação desfavorável da personalidade e da conduta social, sob pena de dupla valoração jurídica pelo mesmo fato.

(...) (Acórdão 634280, 20070111374096APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 08/11/2012, Publicado no DJE: 19/11/2012. Pág.: 312) (grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. DANO QUALIFICADO. QUEBRA DE SANITÁRIO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PATRIMÔNIO PÚBLICO. MATERIALIDADE. LAUDO PERICIAL. IMPRECISÃO. IRRELEVÂNCIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. ATENUANTE. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) IV – Ostentando o réu várias condenações penais transitadas em julgado em data anterior ao cometimento do delito, permite-se a utilização de uma delas na segunda fase de individualização da pena, como agravante da reincidência, e as demais na primeira fase da dosimetria, justificando a análise negativa dos antecedentes, sem que se configure bis in idem.

(...) (Acórdão 667776, 20121210021055APR, Relator: NILSONI DE FREITAS, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 04/04/2013, Publicado no DJE: 11/04/2013. Pág.: 211) (grifou-se).

Quanto à personalidade entendeu o juiz sentenciante ser ela censurável, nos seguintes termos: “A folha penal do Réu, de toda sorte, revela que tem personalidade desvirtuada, corrompida, inclinada a práticas delitivas”.

Ao que me parece, a simples afirmação de que o apelante é inclinado a práticas delitivas é fundamento insuficiente e inidôneo a justificar a elevação da pena-base, sobretudo porque não apontados elementos concretos em tal sentido.

Quanto às circunstâncias do crime foi considerada desfavorável sob a seguinte fundamentação:

No que diz respeito à análise das circunstâncias do fato, estas se mostram bastante relevantes, considerando que o réu se cortou e foi para cima da vítima e a mordeu, se, contudo lhe causar lesão, com o intento de transmitir o vírus HIV.

A meu ver, não há elementos suficientes que permitam a exacerbação da pena-base por essa circunstância, uma vez que a justificativa mostra-se inerente ao próprio tipo penal de perigo de contágio de moléstia grave.

Dessa forma, afasto a análise desfavorável da circunstância judicial da personalidade e das circunstâncias do crime e mantenho a dos antecedentes, em relação ao crime de perigo de contágio de moléstia grave, bem como afasto a análise desfavorável da personalidade e mantenho a dos antecedentes, em relação ao crime de ameaça.

d) Pedido de redução da pena de multa

Deixo para apreciar tal pleito após a dosimetria da pena.

■ **FIXAÇÃO DA PENA**

Reparo merece a sentença quanto à dosimetria da pena.

Crime de perigo de contágio de moléstia grave

Reconhecido o concurso formal (art. 70 do CP), entre os três crimes idênticos, passo à análise da dosimetria da pena em relação a um deles, aplicando, no momento oportuno, a fração de aumento.

■ **PRIMEIRA FASE – PENA-BASE**

A pena mínima prevista para o delito em espécie é de 12 meses de reclusão.

O Juiz sentenciante procedeu à valoração desfavorável dos antecedentes, da personalidade e das circunstâncias do crime, bem como agravou a pena-base em 3 meses de reclusão acima da mínima, o que corresponde a 1 mês para cada circunstância.

Assim, na primeira fase, afastada a valoração desfavorável da personalidade e das circunstâncias do crime e, mantida a dos antecedentes (fls. 132), conforme fundamentação acima, e observado o critério utilizado pelo juiz sentenciante, fixo a pena-base em 13 meses de reclusão.

SEGUNDA FASE – PENA AMBULATORIA

Na segunda fase, verifico a ausência de atenuantes e a presença da agravante da reincidência (inciso I do art. 61 do CP, fls. 130), motivo pelo qual aumento a pena em 1 mês, observando o critério utilizado pelo juiz sentenciante na primeira fase, totalizando a pena em 14 meses de reclusão.

TERCEIRA FASE – PENA DEFINITIVA

Na terceira fase, ante a ausência de causas de diminuição, mas presente o concurso formal de crimes (3 crimes), aumento a pena em 1/5 (2 meses e 24 dias), reformando, neste ponto, a r. sentença que fixou a fração de 1/4. Assim, torno a reprimenda definitiva em 16 meses e 24 dias, isto é 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão.

PENA PECUNIÁRIA

Reduzo a pena pecuniária para 45 dias-multa, no mínimo legal, porque são três as vítimas atingidas pela conduta do apelante, à luz do art. 72 do Código Penal, além de sua fixação decorrer da situação econômica do réu, da natureza do delito e para guardar certa proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada.

REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Mantenho o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, porque o apelante é reincidente, ainda que a pena aplicada seja inferior a 4 anos, à luz da alínea *b* do § 2º do art. 33 do Código Penal.

De igual modo, correta a vedação do benefício da substituição da pena corporal prevista no art. 44 do Código Penal, por não preencher o apelante os seus requisitos.

Crimes de ameaça

Inicialmente, verifico que, em tese, os fatos narrados acerca dos crimes de ameaça praticados em desfavor de J.M. e S. ocorreram em continuidade delitiva aos demais crimes acima citados, porém, em face da pena aplicada na sentença ser mais favorável ao réu, porque realizou os cálculos através de concurso material benéfico, irretocável a sentença nesse ponto.

Em relação ao ofendido J.M.

FIXAÇÃO DA PENA PRIMEIRA FASE – PENA-BASE

A pena mínima prevista para o delito em espécie é de 1 mês de detenção.

O Juiz sentenciante procedeu à valoração desfavorável dos antecedentes e da personalidade, bem como majorou a pena-base em 3 dias de detenção acima da mínima.

Assim, na primeira fase, afastada a valoração desfavorável da personalidade e mantida a dos antecedentes (fls. 132), conforme fundamentação acima e observado o critério utilizado pelo juiz sentenciante, fixo a pena-base em 31 dias de detenção.

SEGUNDA FASE – PENA AMBULATORIA

Na segunda fase, verifico a ausência de atenuantes e a presença da agravante da reincidência (inciso I do art. 61 do CP, fls. 130), motivo pelo qual aumento a pena em 1 dia, observando o critério utilizado pelo juiz sentenciante na primeira fase, totalizando a pena em 32 dias de detenção.

TERCEIRA FASE – PENA DEFINITIVA

Na terceira fase, ante a ausência de causas de diminuição e de aumento, a reprimenda fica estabilizada em 32 dias, isto é, 1 mês e 2 dias de detenção.

Em relação a ofendida S.B. dos S.C.

FIXAÇÃO DA PENA PRIMEIRA FASE – PENA-BASE

A pena mínima prevista para o delito em espécie é de 1 mês de detenção.

O Juiz sentenciante procedeu à valoração desfavorável dos antecedentes e da personalidade, bem como majorou a pena-base em 3 dias de detenção acima da mínima.

Assim, na primeira fase, afastada a valoração desfavorável da personalidade e mantida a dos antecedentes (fls. 132), conforme fundamentação acima e observado o critério utilizado pelo juiz sentenciante, fixo a pena-base em 31 dias de detenção.

SEGUNDA FASE – PENA AMBULATORIA

Na segunda fase, verifico a ausência de atenuantes e a presença da agravante da reincidência (inciso I do art. 61 do CP, fls. 130), motivo pelo qual aumento a pena em 1 dia, observando o critério utilizado pelo juiz sentenciante na primeira fase, totalizando a pena em 32 dias de detenção.

TERCEIRA FASE – PENA DEFINITIVA

Na terceira fase, ante a ausência de causas de diminuição e de aumento, a reprimenda fica estabilizada em 32 dias, isto é, 1 mês e 2 dias de detenção.

CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – AMEAÇA

Em vista do reconhecimento do concurso material de crimes (*caput* do art. 69 do CP), por ser mais benéfico ao réu, somam-se as penas impostas, o que totaliza reprimenda definitiva de 2 meses e 4 dias de detenção.

REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Mantenho o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, porque o apelante é reincidente, ainda que a pena aplicada seja inferior a 4 anos, à luz da alínea *b* do § 2º do art. 33 do Código Penal.

De igual modo, correta a vedação do benefício da substituição da pena corporal prevista no art. 44 do Código Penal, por não preencher o apelante os seus requisitos.

Posto isso, voto no sentido de se CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, a fim de reduzir as penas aplicadas ao apelante para 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão, bem como 45 dias-multa, no mínimo legal, pelo crime de perigo de contágio de moléstia grave; e para 2 meses e 4 dias de detenção pelo crime de ameaça, mantendo a r. sentença nos seus demais termos.

Proceda-se na forma da Resolução 172, de 8 de março de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.

É como voto.

Des. Jesuino Rissato (Revisor) – Com o Relator.

Des. José Guilherme (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se parcial provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2008031029100-5

Relator – Des. George Lopes Leite

Primeira Turma Criminal

EMENTA

Penal e processual. Advogado que retém indevidamente autos de processo. Esforço debalde para sua localização intimação. Tipo penal caracterizado – sonegação de autos. Sentença confirmada.

1. Réu condenado por infringir o artigo 356 do Código Penal, porque, atuando como advogado, retirou autos de processo do cartório e os manteve retidos durante mais de três anos, sendo debalde o esforço para localizá-la, pois nem mesmo a seccional local da Ordem dos Advogados do Brasil soube informar o seu endereço profissional.

2. A prévia intimação do advogado para restituir autos visa a impedir uma condenação fundada em simples descuido. Contudo, diante dos esforços suasórios empreendidos pelo Juiz para localizá-lo, e o fato de o processo sumir durante mais de três anos, até ser abandonado sobre o balcão da serventia judicial, evidencia a conduta dolosa e, conseqüentemente, o enquadramento no tipo do artigo 356 do Código Penal.

3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, George Lopes Leite – Relator, Romão C. Oliveira – Vogal, Gilberto Pereira de Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira, em proferir a seguinte decisão: desprover. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de março de 2014.

RELATÓRIO

B.M. dos S.L. recorre da sentença que o condenou a onze meses e sete dias de detenção no regime aberto, substituídos por uma restritiva de direitos, mais dezoito dias-multa à razão de um décimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por infringir o artigo 356 do Código Penal. Consta que no dia 01/12/2005, na função de advogado, o réu fez carga dos autos 2005.03.1.018194-3 na Terceira Vara de Família de Ceilândia e não os devolveu. Foram inúmeras as tentativas em localizá-lo, sem qualquer êxito. Apenas em meados de dezembro de 2008, pessoa não identificada devolveu os autos sem qualquer manifestação ou explicação. A defesa alega atipicidade do fato, pois o réu não chegou a ser intimado para que devolver os autos.

O Promotor Público não apresentou contrarrazões e a Procuradoria de Justiça opina pelo desprovemento do recurso no parecer de folhas 342/345.

É o relatório.

VOTOS

Des. George Lopes Leite (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Destaco inicialmente que não há prescrição, porque os autos ficaram em poder do réu de 01/12/2005 até meados de dezembro de 2008, quando findou o andamento do crime e foi deflagrado o prazo prescricional. A denúncia foi recebida em 03/04/2009 (folha 56), ensejando a primeira interrupção do prazo prescricional após quatro meses e três dias do seu início, tomando por base a data mais favorável ao réu, 01/12/2008. Recebida a denúncia, como o réu não foi localizado para citação, houve suspensão do prazo prescricional a partir do dia 12/08/2009 (folha 188) – após quatro meses e nove dias – até 23/12/2009, quando foi citado (folha 219). Com a citação, a contagem do prazo prescricional foi retomada e novamente suspensa em 02/02/2010 (folha 233), após um

mês e dez dias, em razão do *sursis processual*. Ocorre que o réu não cumpriu as obrigações estabelecidas, motivo pelo qual a suspensão condicional do processo foi revogada em 13/07/2011, dando continuidade à contagem da prescrição, que foi novamente interrompida apenas pela publicação da sentença condenatória em 05/11/2012, após um ano, três meses e vinte e três dias (folha 316). Assim, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença decorreu um ano, nove meses e doze dias, que não satisfaz o prazo de dois anos, como era estabelecido à época do crime pelo artigo 109, inciso VI, do Código Penal. Da mesma forma, desde a publicação da sentença até a presente data também não foi atingido o prazo prescricional. Passo ao exame do mérito.

Doutrina e jurisprudência indicam que a consumação do crime previsto no artigo 356 do Código Penal, no que se refere ao núcleo “deixar de restituir”, ocorre com a inércia do advogado após ser intimado para devolver os autos. Tal providência, conforme deixou assentado a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 29.172/BA, visa a impedir que o sujeito seja punido em razão de mera negligência ou culpa.

A situação dos autos, contudo, é bem diversa. Conforme se vê à folha 112, o réu retirou os autos em cartório no dia 01/12/2005, constando do termo que estes deveriam ser restituídos até o dia 05 daquele mês, o que não ocorreu. Em razão disso, foram feitas diversas diligências a fim de localizar o réu e os autos respectivos, inclusive com a expedição de mandados de busca e apreensão (folhas 22, 25, 32 e 41), os quais retornaram sem o devido cumprimento ante a impossibilidade de localizar B. nos endereços fornecidos. Até mesmo a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil contribuiu com as tentativas de localização do réu, fornecendo o endereço registrado naquela entidade e ressaltando que ele havia sido excluído dos quadros da OAB/DF em 03/05/2007. Não obstante os hercúleos esforços do Poder Judiciário, nem o réu tampouco o processo foram localizados. Cerca de três anos depois desse sumiço, os autos foram deixados em cima do balcão do Cartório da Terceira Vara de Família de Ceilândia, sem qualquer justificativa.

Assim, ficou evidente a intenção do réu de efetivamente não restituir os autos que lhe foram confiados, ensejando condenação por infringir o artigo 356 do Código Penal. Acrescento que a pena foi estabelecida de forma razoável,

resultando onze meses e sete dias de detenção, no regime inicial aberto, ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente as consequências do crime. No fim, foi substituída por uma restritiva de direitos, sendo a pena acessória multa proporcional à pena principal e com a situação econômica do réu.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

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

Des. Gilberto Pereira de Oliveira (Vogal) – Preliminarmente, verifico que, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Passo a analisar o mérito.

Às fls. 16, 18 e 19 constam ofícios oriundos da Vara de Família que teve os autos retirados e não devolvidos. Estes comprovam que a referida Vara não possuía o endereço atualizado do advogado a quem fez carga do processo.

As certidões de fls. 22, 25, 32 e 41 comprovam que o advogado não foi localizado nos endereços para onde os mandados de busca e apreensão foram enviados.

As correspondências com AR (aviso de recebimento) de fls. 29 e 26 regressaram com a assinatura de recebimento de outras pessoas, que não o apelante, ou seja, a intimação pessoal do apelante, necessária à consumação do delito de sonegação de autos, não se efetivou.

À fl. 54 e 64/65, há também notícia de que os autos foram devolvidos por pessoa "*não identificada*" (fl. 48).

Ora, como pode se perceber, a Vara de Família em epígrafe entregou os autos a advogado, do qual não possuía sequer o endereço atualizado, e, mesmo após diversos ofícios e mandados expedidos, não logrou êxito ao intimá-lo a devolver o processo.

Além disso, recebeu o feito de "*pessoa não identificada*" (fl. 48), ou seja, entregou e acolheu autos processuais em cartório sem tomar as providências mais básicas.

Na presente ação penal, já em trâmite na Segunda Vara Criminal de Ceilândia, as tentativas de localização e intimação pessoal do apelante continuaram infrutíferas.

Às fls. 174/175, consta mandado de citação e sua respectiva certidão da não localização do citando.

A tentativa de citação por edital (publicado em 18/06/2009 – fl. 182) tampouco foi bem sucedida.

Por fim, outra tentativa de citação foi determinada pelo Juízo *a quo* (fl. 199), a qual somente ocorreu em 23/12/2009 (fl. 219).

Assim, a única comunicação com o advogado aconteceu apenas no momento da citação, instante em que não se poderia confundir com o da intimação a devolver os autos, pois neste é que se configuraria a consumação do delito.

Sobre o momento da consumação do delito de sonegação de autos, eis alguns julgados de e. Tribunais Regionais Federais, *in verbis*:

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. SONEGAÇÃO DE AUTOS. CRIME FORMAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. 1. Trata-se o crime previsto no artigo 356 do Código Penal de delito formal, cujo bem jurídico tutelado é a administração da justiça e que se consuma com a simples omissão consciente do advogado em não restituir os autos do processo. 2. Materialidade e autoria delitivas comprovadas pelas provas dos autos, especialmente pela prova testemunhal, onde os serventuários da justiça confirmam os sucessivos contatos e postergações injustificadas, a inovada versão final de posse do processo com terceiro (antes jamais mencionada) e as circunstâncias detalhadas pelas certidões do processo, tudo demonstrando suficientemente a consciente conduta de não restituir autos do processo, o que somente meses após deixou de perdurar pelo cumprimento forçado de mandado de busca e apreensão.

*TRF-4 – APELAÇÃO CRIMINAL ACR 1551 SC 2007.72.07.001551-0 (TRF-4);
Data de publicação: 18/03/2010.*

Ementa: PENAL. SONEGAÇÃO DE AUTOS. CP, ART. 356. DOLO. COMPROVAÇÃO. RESTITUIÇÃO DO OBJETO MATERIAL. 1. O advogado que deixa de restituir os autos retirados em carga no prazo legalmente fixado pratica o delito de sonegação de papel ou objeto de valor probatório. 2. O crime capitulado no art. 356 do CP requer, para sua configuração, o dolo genérico, que se caracteriza no instante em que, intimado por determinação judicial a fazer a devolução,

deixa o advogado, deliberadamente, de restituir o processo no prazo legal. Não se exigindo do agente um especial fim de agir, são indiferentes ao tipo penal a ocorrência, ou não, de prejuízo ou de vantagem – de qualquer natureza –, bem como os motivos que deram ensejo à prática delitativa. [...]

TRF-4 – APELAÇÃO CRIMINAL ACR 7100 RS 0009645-28.2009.404.7100 (TRF-4); Data de publicação: 31/08/2010.

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. SONEGAÇÃO DE AUTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CRIME CONTINUADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA – NÃO SUSTENTAÇÃO DE FORMA LÓGICA. I – A consumação do crime previsto no art. 356 do CP se dá com a inobservância da intimação para devolução dos autos e, por se tratar de crime permanente, a conduta se protraí até a devolução. II – Materialidade e autoria comprovadas. Comprovada documentalmente a retirada dos autos, bem como o decurso do prazo da intimação para devolvê-los. O acusado foi quem assinou a carga dos autos. III – Não procede, a tese de atuação com negligência e não dolo. Considerando o reiterado não atendimento das intimações para devolução dos autos, ficou caracterizado o dolo do acusado em não restituí-los. IV – Pena base que se reduz para manter a proporcionalidade entre a circunstância judicial desfavorável e os parâmetros da escala penal cominada. V – Pressupostos e circunstâncias que autorizaram a decretação da prisão preventiva do apelado, reincidente, que persistiram durante o processo mas que, em razão da pena ora aplicada, logicamente não tem mais suporte. VI – Recurso parcialmente provido. [grifo nosso]

TRF-2 – APELAÇÃO CRIMINAL ACR 200550010104324 RJ 2005.50.01.010432-4 (TRF-2); Data de publicação: 07/12/2009.

Entendimento contrário, de que a intimação a devolver os autos e a correspondente citação a responder o processo criminal poderiam se dar no mesmo instante, levaria a deduzir que os delitos poderiam se consumir nas citações. Ressalto que a citação é um direito constitucional do réu, de que deve sempre ter total ciência do que está sendo acusado, em respeito à ampla defesa e ao contraditório.

Ainda mais, caso se adotasse o entendimento supra esposado, tanto o prazo a devolver os autos voluntariamente seria suprimido ao autor do delito quanto

se conceberia que a persecução penal pudesse se iniciar antes mesmo do cometimento do delito por ele.

De maneira alguma, deve-se exaltar a conduta praticada pelo apelante *in casu*. A retenção ou sonegação injustificada e demorada de autos é prática considerada ilegal em nosso ordenamento, apta a causar prejuízos incomensuráveis aos tutelados e à administração da justiça.

O que se está defendendo é o devido processo legal, o qual não fora respeitado de forma a ensejar a condenação criminal que se pretendia, eis que a mera conduta negligente do apelante não se amoldou à tipificada no artigo 356 do Código Penal.

Aqui, julgado em caso análogo do e. TJMG, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS — RETENÇÃO DE AUTOS POR ADVOGADO (CP, ART. 356) — PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL — DOLO NÃO CARACTERIZADO — FALTA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO — MERA CONDUTA NEGLIGENTE — ATIPICIDADE — ORDEM CONCEDIDA. O tipo inscrito no art. 356 do Código Penal consoma-se com a recusa do agente em restituir os autos, depois de intimado a devolvê-los na forma prevista na legislação processual. Patente, assim, a necessidade de que haja a vontade consciente de deixar de restituir os autos, e que o elemento subjetivo do tipo é o dolo e que não se pune a forma culposa. Colhendo-se das informações que a devolução dos autos se deu espontaneamente, independentemente de qualquer providência judicial, houve, no máximo, conduta negligente, consubstanciada em atraso ou retardamento na devolução do feito em cartório, que porém não constitui crime.[grifo nosso]

HABEAS CORPUS 1.0000.08.468665-8/000 — COMARCA DE PARÁ DE MINAS — PACIENTE(S): V.B. DE F. — AUTORID COATORA: JD 1 V CR INF JUV COMARCA PARA MINAS — RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. MARIA CELESTE PORTO.

Também, no mesmo sentido, o e. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. 'HABEAS-CORPUS'. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE RETENÇÃO DE AUTOS (CP, ART. 356). DOLO GENÉRICO. PRÉVIA INTIMAÇÃO. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO. O crime de retenção de autos, previsto no art. 356, do Código Penal, cuja objetividade jurídica é a Tutela da Administração da Justiça, exige, para sua caracterização, a vontade deliberada e consciente de

sonegar ou inutilizar autos, documentos ou objetos de valor probante, sendo descabida a incriminação de mera conduta negligente, consubstanciada em atraso ou retardamento na devolução dos autos em cartório. Recurso provido. Habeas Corpus concedido" [grifo nosso]

STJ – RHC 4794/RS – Ministro VICENTE LEAL – 6ª Turma – Julg. 24/10/1995 – Publ. 'DJ' 18/12/1995 – p. 44624 – RCJ 71/181 – REVJUR 225/104.

Diante do exposto, conheço e dou total provimento ao presente apelo, reformando a r. sentença para absolver B.M. DOS S.L., com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal).

É como voto.

DECISÃO

Desprover. Maioria.

APELAÇÃO CRIMINAL

2010071000419-5

Relator – Des. Romão C. Oliveira

Primeira Turma Criminal

EMENTA

Penal. Art. 304 c/c o art. 297, ambos do Código Penal. Absolvição. Impossibilidade. Recurso não provido.

Se a prova dos autos indica que o réu fez uso efetivo de atestado médico falso, com o fito de justificar falta no trabalho, configurado está o crime descrito no art. 304 do Código Penal.

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 da Desembargadora Sandra De Santis, em negar provimento, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Senhora Presidenta, cuida-se de apelação interposta por E.S. de M. contra a r. sentença de fls. 148/151, que o condenou como incurso no art. 304 c/c o art. 297, ambos do Código Penal, a cumprir 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e a pagar 10 (dez) dias-multa, à razão mínima. A pena corporal foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos a ser estabelecida pela VEPEMA.

Com as razões de fls. 159/162, a nobre Defesa requer a absolvição quanto ao crime tipificado no art. 304 do CP, alegando que não realizou a suposta falsificação do atestado médico.

Contrarrazões juntadas às fls. 166/168.

A douta Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 172/174).

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) — Senhora Presidenta, o recurso interposto preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece.

Narra a denúncia que o ora apelante, entre os dias 16 e 27.7.2009, adquiriu e fez uso de documento público falso, consistente em apresentar um atestado médico ideológica e materialmente falso junto ao seu empregador, Supermercado Comper, a fim de justificar sua ausência do trabalho. Conta ainda que comprou dois atestados médicos de pessoa desconhecida no centro de Taguatinga/DF, por R\$ 10,00 (dez reais) cada exemplar, sendo certo que um dos documentos estava totalmente preenchido e outro constando apenas o carimbo e o nome do médico.

Como visto no relatório, a insurgência da nobre Defesa, cinge-se na absolvição do apelante quanto ao crime tipificado no art. 304 do Código Penal, ao argumento de que o réu não realizou a suposta falsificação dos atestados médicos, mas apenas fez uso de um dos documentos.

A materialidade restou sobejamente demonstrada por intermédio dos seguintes documentos: Portaria de Instauração de Inquérito Policial (fls. 6/7); Ocorrência Policial (fls. 08/09); Autos de Apresentação e Apreensão (fls. 12/16, 19/22 e 25); Atestados Médicos juntados aos autos (fls. 74/75); Laudo de Exame Documentoscópico (fls. 92/97); tudo aliado à prova oral carreada para os autos.

No que tange a autoria, verifica-se nos autos que o ora recorrente confessou, parcialmente, a prática criminosa que se lhe imputa. Confira-se:

(...) que os fatos descritos na denúncia são parcialmente verdadeiros; que o interrogando comprou o atestado médico descrito na denúncia pelo valor de R\$ 10,00; que o interrogando não preencheu o atestado; que o interrogando havia adquirido um outro atestado, o qual também foi comprado pelo mesmo valor e entregue na delegacia de polícia. (...) que o interrogando entregou o atestado que comprou na empresa Sandel, para fins de homologação; que referido atestado foi adquirido e não foi preenchido pelo interrogando; que o atestado constando carimbo e assinatura foi entregue na delegacia. (...) que o interrogando é solteiro e reside com sua genitora; que não tem filhos; que apresentou referido atestado, a fim de não ficar com falta, pois naquela ocasião o interrogando estava acompanhando sua esposa, a qual havia perdido o filho (fls. 139/140).

Confira-se, a propósito a análise pontual que a Doutora Juíza fez a respeito da prova angariada, *verbis*:

(...) E com relação à autoria, há prova suficiente para ensejar a condenação do réu, pois o próprio acusado E. confessou ter feito uso do atestado médico que havia adquirido de pessoa desconhecida, a fim de justificar falta ao trabalho, o que foi corroborado pelos demais elementos de prova produzidos, tais como os depoimentos prestados pelas testemunhas e a prova documental juntada ao processo, que confirmam a falsidade do carimbo e da assinatura.

O réu, ao ser interrogado em Juízo, afirmou o seguinte: (...).

O médico F.F. dos S. relatou em juízo o seguinte: "que os fatos descritos na denúncia chegaram ao conhecimento do depoente, por meio de sua chefia; que foi indagado ao depoente se o mesmo teria fornecido um atestado médico, cuja cópia lhe foi apresentada; que o depoente não reconheceu a letra e nem o carimbo apostos no referido atestado, ocasião em que registrou ocorrência policial do ocorrido; que o depoente atende na clínica médica e não na especialidade de ortopedia; que mostrado a ele o documento constante às fls. 16, o depoente reconheceu como sendo a cópia do atestado que lhe foi apresentado; que o depoente informou à empresa Sandel que tanto o carimbo como a assinatura aposta no referido atestado eram falsos. (fl. 137).

No mesmo sentido, a testemunha A.M.B.:

que o depoente presta assessoria na parte de medicina do trabalho; que ao analisar o atestado apresentado pelo acusado, constatou-se inúmeras irregularidades, tais como: "o Cid constante no atestado não correspondia a problema ortopédico e o atestado pertencia a problema ortopédico, o nome do médico constante do atestado não era de médico ortopedista"; que após a resposta apresentada pelo médico, cuja assinatura constava no atestado, foi comunicado o fato ao supermercado Comper. Dada a palavra à Defesa do réu, às suas perguntas, respondeu: que o acusado conversou com um outro médico, antes de o depoente apresentar o atestado, cujas colocações não "batiam" com as informações descritas no atestado; que o depoente chamou o acusado para conversar, o qual não compareceu. (fl. 138).

Ante a prova produzida em Juízo, não há dúvida de que o réu apresentou atestado médico falsificado ao seu empregador.

Não se diga que há falsificação grosseira, pois o laudo pericial de fls. 92/95 nada indica a esse respeito.

Por se tratar o atestado médico de servidor do HRT um documento público, impõe-se a penalidade inserida no art. 297 do Código Penal.

Os fatos são típicos, ilícitos e culpáveis, não incidindo excludente de crime.

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão punitiva para CONDENAR o réu E.S. de M. como incurso nas penas do art. 304, c/c o art. 297, ambos do Código Penal (fls. 149/150).

Bem se vê, pois, que a MM. Juíza desincumbiu-se do seu mister com a devida acuidade, apreciando a prova com percuciência.

A análise da prova angariada converge a um juízo de certeza da acusação, quanto aos fatos narrados na exordial acusatória, máxime, quando se verifica que o ora apelante confirmou em juízo que fez uso de um dos atestados médicos falsos para desculpar falta ao trabalho perante o empregador.

De igual forma, a má-fé do recorrente na aquisição dos atestados médicos está evidente, na forma como foi realizada, ou seja, sem fazer qualquer consulta médica ou apresentar-se com enfermidade ortopédica.

Equivoca-se a nobre Defesa ao sustentar que o apelante deve ser absolvido do art. 304 do CP, porque não falsificou o documento. É que o referido tipo é norma penal em branco e imperfeita, pois além de seu preceito primário remeter o intérprete a outros tipos penais, a fim de saber quais são os papéis falsificados ou alterados, também encaminha o exegeta a outro tipo penal com o escopo de apurar as penas cominas em seu preceito secundário.

Assim, o apelante ao entregar o atestado médico na empresa empregadora, para fins de homologação, fez uso efetivo do documento público, incorrendo na conduta descrita no art. 304 do CP.

Neste contexto, a manutenção do decreto condenatório, nos moldes traçados na r. sentença, é medida que se impõe.

Quanto à dosimetria da pena, verifica-se que as sanções foram bem fixadas no mínimo, tendo ocorrido a substituição da pena por 2 (duas) restritivas de direitos a ser estabelecidas pela VEPEMA.

Nada a prover em sede de apelação.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

É o voto.

Des. Gilberto Pereira de Oliveira (Revisor) – Com o Relator.

Des Mario Machado (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL

2011011152146-6

Relator – Des. Jesuino Rissato

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Penal e processual penal. Venda de produtos terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada e sem registro na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Preceito secundário da norma penal. Afastamento e emprego de analogia *in bonam partem*. Inviabilidade. Sentença mantida.

1. Não compete ao Poder Judiciário afastar o preceito secundário de norma penal, ainda sob o fundamento de que o legislador deixou de observar a proporcionalidade entre a conduta proibida e a sanção imposta a quem infringir tal vedação legal, sob pena de invadir a função estatal destinada precipuamente ao Poder Legislativo. Precedentes do Conselho Especial desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Jesuino Rissato – Relator, José Guilherme – Revisor, Nilsoni de Freitas – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Batista Teixeira, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Negou-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

G.C.C. DE P. apela da sentença que o condenou a cumprir 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagar 10 (dez) dias-multa, à razão mínima legal, por vender, expor à venda em “blog” na internet e ter em depósito em sua residência, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (esteroides anabolizantes sintéticos derivados da testosterona), porém de procedência ignorada e sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, incorrendo, assim, no delito previsto no art. 273, §1º-B, §2º, inciso I e V, do Código Penal (fls. 306/317).

Em suas razões recursais, o réu pede a readequação de sua pena, para que seja imposta, por analogia *in bonam partem*, em conformidade com a reprimenda corporal abstratamente cominada para a conduta tipificada no art. 33 da Lei 11.343/2006 ou para os artigos 124 ou 273, ambos do Código Penal, esse último com redação anterior à alteração legislativa introduzida pela Lei 9.677/96, declarando-se ou não para tanto a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, §1º-B, do Código Penal (fls. 350/364).

A acusação preferiu não apresentar contrarrazões formais, limitando-se a aguardar a análise pela Procuradoria de Justiça (fl. 366).

O parecer do Órgão Ministerial pugna pelo improvimento do recurso (fls. 368/374).

É o relatório.

VOTOS

Des. Jesuino Rissato (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Alegando, em suma, ofensa ao princípio da proporcionalidade, o réu pede a redução de sua reprimenda, mediante o reconhecimento ou não da inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, do Código Penal, para que lhe seja aplicada, por analogia *in bonam partem*, sanções previstas em outros dispositivos penais que elenca.

No entanto, não assiste razão ao recorrente.

Embora de fato seja desproporcional a reprimenda corporal abstratamente cominada para a conduta típica do artigo 273, §1º-B, do Código Penal, especialmente se comparada com as estipuladas para delitos muito mais graves, como homicídio doloso, roubo com emprego de arma, estupro, extorsão mediante sequestro, e até haja entendimento em outros Tribunais, inclusive no STJ, acolhendo a tese ventilada pela defesa do réu, o tema já foi objeto de apreciação pelo excelso Supremo Tribunal Federal, que decidiu não competir ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade de preceito secundário dos tipos penais. Veja-se:

"DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO. 1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. 2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica. 3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. A ideia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infraestrutura que lhe favorece. 4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta. 5. Não há proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida. 6. Inocorrência de violação

aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma. 7. Recurso extraordinário improvido.” (RE 443388/SP, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, julgado em 18/08/2009, Segunda Turma, publicado no DJe de 10/09/2009). Sem grifos no original.

E o entendimento do Conselho Especial deste Tribunal, proferido 01 (um) ano depois, segue exatamente no mesmo sentido. Confira-se:

“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. PENA EM ABSTRATO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. OPÇÃO LEGISLATIVA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. O Poder Judiciário não tem competência para apreciar a inconstitucionalidade de pena em abstrato fixada pelo Poder Legislativo, pois incorreria em ofensa ao princípio da separação de poderes. Além disso, o reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito secundário de norma penal incriminadora representaria verdadeira abolição criminis, tendo em vista ser absoluto, no Direito Penal, o princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Reconhecer a inconstitucionalidade de pena abstratamente prevista para determinada conduta criminosa seria permitir que o Judiciário fixasse penas aleatórias, ofendendo, além do princípio da legalidade, o princípio da isonomia. (20100020084354ARI, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, julgado em 10/08/2010, DJ 13/09/2010 p. 41).

Assim, ainda que se alegue que o questionamento da conformidade da norma penal incriminadora com os princípios constitucionais seja matéria de ordem pública e que parte da norma penal incriminadora é incompatível com os preceitos constitucionais, contaminando todo o tipo, é vedado ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade de penas abstratamente cominadas para crimes, sob pena de afronta à própria ordem democrática do Estado Brasileiro, por violação ao

princípio democrático da separação dos poderes, uma vez que estaria o Poder Judiciário a legislar sobre matéria penal, invadindo, assim, função estatal destinada precipuamente ao Poder Legislativo.

Dessarte, não compete ao julgador afastar o preceito secundário de norma penal, ainda que a fundamento de que o legislador deixou de observar a proporcionalidade entre a conduta proibida e a sanção imposta àquele que infringir tal proibição. Embora se constate a desproporção entre a conduta e a pena, não cabe ao magistrado promover a cisão dos preceitos primário e secundário da norma incriminadora, afastando ocasionalmente do mundo jurídico parte da norma em questão.

É de observar que, não obstante tal desproporcionalidade, se a conduta perpetrada pelo réu foi apenada com tamanha reprimenda é porque foi considerada pelo Legislador, representante da sociedade, como de elevado grau de censurabilidade, tanto que foi equiparado aos crimes considerados hediondos, definidos pela Lei 8.072/1990. Afinal, não se pode olvidar que o crime pelo qual o réu foi condenado é grave, com efeitos deletérios à saúde pública por demais conhecidos, a reclamar, portanto, das autoridades envolvidas no seu combate, uma atuação eficaz na prevenção e repressão dessas espécies de delito, com o fito de resguardar a saúde pública.

Por fim, destaco que a pena cominada ao réu foi fixada no patamar mínimo (10 anos) e o regime para seu cumprimento (fechado) foi imposto seguindo os ditames da alínea "a" do §2º do art. 33 do Código Penal. O mesmo se diga quanto à inviabilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, uma vez negada a teor do que dispõe o art. 44 do Diploma Repressivo.

Não há, portanto, reparos a serem feitos na sentença nem mesmo quanto à dosimetria da pena aplicada.

Nesses termos, nego provimento ao recurso.

Comunique-se na forma da Resolução 172, de 08 de março de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.

É como voto.

Des. José Guilherme (Revisor) – Com o Relator.

Desa. Nilsoni de Freitas (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento. Unânime.

EMENTA

Processual civil. Ação rescisória. Preliminar de inépcia da inicial. Inocorrência. Mérito. Art. 485, V, CPC. Militares do Distrito Federal. Revisão geral de vencimentos. Leis 8.662/93 e 8.627/93. Reajuste de 28,86%. Extensão. Violação literal à disposição dos arts. 67 e 68 da MP 2.218/2001. Improcedência do pedido rescisório.

1. Inocorre a inépcia da inicial, se o pedido rescisório está devidamente embasado em violação literal de dispositivo infraconstitucional, em razão de que requer a limitação do pagamento do reajuste dos autores até setembro de 2000, e, portanto, tal questão refere-se, na verdade, ao mérito, motivo pelo qual deve ser admitida.

2. Os servidores militares do Distrito Federal são organizados e mantidos pela União, a quem compete, privativamente, legislar sobre sua estrutura administrativa, o regime jurídico e a remuneração de seus servidores. O colendo Supremo Tribunal Federal, apreciando a revisão geral de vencimentos aos servidores públicos, da ordem de 28,86% (Leis 8.662/93 e 8.627/93), nos termos do inciso X, do art. 37, da Constituição Federal – com a redação anterior à Emenda Constitucional 19/98 –, entendeu que a citada revisão, sendo geral, na forma do dispositivo constitucional em apreço (cuja redação originária não comportava distinção entre civis e militares), é devida, por igual, aos servidores militares. Precedentes.

3. Incabível em ação rescisória reintegrar o acórdão rescindendo, sob o argumento de que deve ser limitado o reajuste concedido aos militares à data da vigência da MP 2.180/2001, ainda mais porque tal matéria sequer foi objeto de exame. Impondo a que se julgue improcedente o pedido.

4. Preliminar rejeitada. Pedido rescisório julgado improcedente. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romeu Gonzaga Neiva – Relator, Mário-Zam Belmiro – Revisor, Luciano Moreira Vasconcellos – Vogal, Otávio Augusto – Vogal, Alfeu Machado – Vogal, Sebastião Coelho – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Flavio Rostirola, em proferir a seguinte decisão: conhecida. Preliminar rejeitada. Julgada improcedente. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

Adoto o relatório constante do Parecer do Ministério Público acostado às fls. 376/381, *verbis*:

“Trata-se de ação rescisória contra acórdão desse Tribunal de Justiça, transitado em julgado perante o Supremo Tribunal Federal em 09 de dezembro de 2010 (fl. 240). A inicial foi distribuída em 06 de dezembro de 2012, estando, portanto, dentro do prazo decadencial de dois anos.

De acordo com os autos, os oito réus, consistentes em sete Bombeiros Militares do DF e um Policial Militar do DF, propuseram ação ordinária em desfavor do Distrito Federal (autos 2003.01.1.114998-3), para que lhes fosse garantido reajuste salarial de 28,86%, concedido aos integrantes das Forças Armadas por meio das Leis Federais 8.622/93 e 8.627/93.

O pedido baseou-se no disposto no artigo 2º da Lei 7.961/89, que equiparava e vinculava os vencimentos percebidos pelos militares do Distrito Federal aos dos militares da União.

A ação foi distribuída para a 7ª Vara de Fazenda Pública do DF, que julgou o pedido improcedente por entender que as leis invocadas seriam aplicáveis somente aos militares integrantes das Forças Armadas (fls. 104-105).

A sentença, contudo, foi cassada em segunda instância. O acórdão ficou assim redigido.

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – REAJUSTE DE 28,86% CONCEDIDO AOS SERVIDORES MILITARES DA UNIÃO. MANUTENÇÃO DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO DISTRITO FEDERAL PELA UNIÃO. REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 37, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DO STF. EXTENSÃO DO REAJUSTE AOS SERVIDORES MILITARES DO DISTRITO FEDERAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

I – Sendo certo que, nos termos da Constituição Federal, art. 21, XIV, a polícia militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal são mantidos pela União, os 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) concedidos aos servidores militares da União pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, que consistiram de fato em revisão geral de remuneração (CF, art. 37, X, texto original) conforme pacificou o STF, os servidores militares do Distrito Federal fazem jus a esse reajuste em sua integralidade, e não de forma escalonada como lhes foi concedido pela Administração local. II – A extensão posterior, por meio da Medida Provisória 1.704/98, dos 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) aos servidores civis da União não autoriza a conclusão pelo afastamento da prescrição quinquenal (Acórdão 216017, 20030111149983APC, Relator: NATANAEL CAETANO, Revisor: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/04/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 07/06/2005. Pág.: 180).

A decisão foi mantida em embargos infringentes (fls. 130-137). O Distrito Federal interpôs recurso especial (fls. 139-156) e recurso extraordinário (fls. 157-177), cujos processamentos foram indeferidos no juízo de admissibilidade.

Interpostos agravos de instrumento, os recursos subiram para os respectivos Tribunais. O STJ desproveu o recurso especial por entender que a matéria versada teria natureza constitucional (fls. 210-217). O STF, por sua vez, negou provimento ao recurso extraordinário tendo em vista que o conteúdo do acórdão impugnado estaria em consonância com a sua jurisprudência (fls. 238-239).

Passados dois anos do trânsito em julgado dessa decisão, o autor ingressou com ação rescisória sob o argumento de que o acórdão proferido nos autos da ação 2003.01.1.114998-3 teria violado frontalmente os artigos 67 e 68 da Medida Provisória 2.218/2001, que reestruturou a remuneração dos militares do DF, revogando as disposições anteriores.

Requeru, dessa forma, novo julgamento da causa para que seja incluído no novo acórdão dispositivo de limitação temporal do pagamento das diferenças devidas aos réus, correspondente ao mês de setembro de 2001, em razão da vigência da Medida Provisória 2.218/2001, ocorrida em 1º de outubro de 2001.

Distribuída a ação rescisória, o Relator determinou ao autor que emendasse a inicial, sob pena de indeferimento (fls. 50-51). O autor juntou documentos às fls. 52-241, sendo recebida a emenda (fl. 243).

Contestações às fls. 261-267 (J.W.F.); às fls. 292-298 (J.A.B. da C.); às fls. 321-328 (J.R. de O.); às fls. 343-350 (J.B.A. dos S.) e às 359-365 (L.C. de L.F.).

Apesar de citados via AR (fls. 277-287), M.J.C. de A. e C., ambos militares da reserva, não apresentaram contestação. Registre-se que os endereços constantes nas correspondências encaminhadas pelo Tribunal são os mesmos informados à fl. 290 pela Diretora de Gestão de Pessoal do Corpo de Bombeiros do DF.

O Distrito Federal manifestou-se às fls. 371-372, a respeito da preliminar de inépcia da inicial levantada pelos réus.

Os autos vieram ao Ministério Público para manifestação”.

Acrescento que houve contestação do réu Z.V.R., às fls. 333/339, cujo conteúdo é similar às demais, em que, em preliminar, arguem a inépcia da inicial, sob o argumento de que não preencheu o requisito legal de cabimento, conforme art. 485, inc. V do CPC, pretendendo a parte, apenas rediscutir matéria já decidida pela Corte.

O ilustre representante do Ministério Público, Dr. Diaulas Costa Ribeiro, oficiou pela admissibilidade da ação e improcedência do pedido, por ausência de violação à literal disposição de lei.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) – Sustenta o Distrito Federal o cabimento da presente ação rescisória pelo artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, consubstanciado em violação a literal disposição do artigo 37, X e XIII, da Constituição Federal.

Alega em síntese, que o acórdão proferido na referida ação ordinária violou frontalmente os artigos 67 e 68 da Medida Provisória 2.218/2001, que reestruturou a remuneração dos militares do DF, revogando as disposições anteriores.

Postulou, assim, novo julgamento da causa para que seja incluído no novo acórdão dispositivo de limitação temporal do pagamento das diferenças devidas aos réus, correspondente ao mês de setembro de 2001, em razão da vigência da Medida Provisória 2.218/2001, ocorrida em 1º de outubro de 2001.

Aduzem os réus, preliminarmente, a inadequação da via eleita, ao argumento de que o autor da ação pretende rediscutir matéria já apreciada por esta Corte de Justiça.

Com efeito, o pedido rescisório está embasado em violação literal de dispositivo infraconstitucional, em razão de que requer a limitação do pagamento do reajuste dos autores até setembro de 2000, e, portanto, tal questão refere-se, na verdade, ao mérito, motivo pelo qual deve ser admitida.

Dito isso, e da análise dos autos, tenho que não ocorreu, no caso presente, qualquer afronta a texto legal ou constitucional aplicável à hipótese vertente.

Na verdade, o v. acórdão rescindendo deu boa interpretação aos incisos do artigo 37 da Constituição Federal.

De se ver que o autor, em momento algum, no transcurso da ação ordinária, levantou a matéria que agora procura ver enfrentada, apesar de transitado em julgado o feito em dezembro de 2010, isto é, nove anos após a edição da Medida Provisória 2.218/2001.

Ora, o colendo Supremo Tribunal Federal, através de inúmeros precedentes, já decidiu que os servidores militares do Distrito Federal são organizados e mantidos pela União, a quem compete, privativamente, legislar sobre sua estrutura administrativa, o regime jurídico e a remuneração de seus servidores.

Nesse sentido, o julgado seguinte:

“COMPETÊNCIA NORMATIVA – POLÍCIA MILITAR E CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. Cumpre à União organizar e manter a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, surgindo a inconstitucionalidade de diploma local versando a matéria.” (ADI 1045, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-01 PP-00001)

Especificamente sobre a matéria versada na presente ação rescisória – reajuste de 28,86% aos servidores militares do Distrito Federal – o colendo Supremo Tribunal Federal assim já se posicionou:

“MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. REAJUSTE DE 28,86%. EXTENSÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O reajuste de 28,86% também se estende aos policiais militares do Distrito Federal contemplados com índices inferiores pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, porquanto se trata de revisão geral do funcionalismo, respeitadas as compensações dos reajustes concedidos por essas leis. Precedentes. II – Agravo regimental improvido.” (AI 685840 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-08 PP-01623)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISTRITO FEDERAL. SERVIDORES MILITARES. REAJUSTE DE 28,86%. EXTENSÃO. 1. Os servidores militares do Distrito Federal fazem jus ao reajuste de 28,86% concedido pelas Leis 8.662/93 e 8.627/93 aos servidores do Ministério da Previdência Social e estendido a todos os servidores civis por este Tribunal. Este reajuste deve ser compensado com os acréscimos decorrentes do reposicionamento concedido pela Lei 8.627/93 a determinadas categorias. Precedentes. 2. A Polícia Militar do Distrito Federal é organizada e mantida pela União, a quem compete, privativamente, legislar sobre sua estrutura administrativa, o regime jurídico e a

remuneração de seus servidores. Precedentes. 3. Os vencimentos dos servidores militares são regulados por lei federal, em razão do disposto no artigo 21, XIV, da Constituição do Brasil. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 549031 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-06 PP-01310)

“1. Revisão de vencimentos (CF, art. 37, X): extensão aos servidores civis e militares do reajuste de 28,86% concedido pelas leis 8.622/93 e 8.627/93 aos servidores militares, subtraído o percentual já concedido pela própria L. 8.627/93 incidência da Súmula 672. 2. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da questão relativa à limitação temporal da condenação: incidência das Súmulas 282 e 356.” (RE 479456 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/12/2006, DJ 16-02-2007 PP-00042 EMENT VOL-02264-08 PP-01672)

“SERVIDORES MILITARES. INCISO X DO ART. 37 DA LEI DAS LEIS (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 19/98). DIREITO À REVISÃO GERAL DE 28,86%, DECORRENTE DAS LEIS 8.622/93 E 8.627/93. COMPENSAÇÃO DOS ÍNDICES JÁ CONCEDIDOS PELA PRÓPRIA LEI 8.627/93. INTERPRETAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ao julgar o RMS 22.307, o Plenário desta Corte decidiu, por maioria, que as Leis 8.622/93 e 8.627/93 concederam revisão geral de vencimentos aos servidores públicos, da ordem de 28,86%, nos termos do inciso X do art. 37 da Carta de Outubro (redação anterior à EC 19/98). Posteriormente, ao apreciar os embargos de declaração opostos (RMS 22.307-ED), entendeu, também por maioria, que deveriam ser compensados, em cada caso, os índices eventualmente concedidos pela própria Lei 8.627/93. Tal decisão autoriza concluir que a citada revisão, sendo geral, na forma do dispositivo constitucional em apreço (cuja redação originária não comportava distinção entre civis e militares), é devida, por igual, aos servidores militares, também com a mencionada compensação. Precedentes: REs 303.376-AgR, 398.778-AgR, 403.395-AgR, 405.082-AgR, 407.645-AgR e 427.004-AgR, entre outros, Relator Ministro Carlos Britto; RE 401.467-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; RE 419.075, Relator Ministro Marco Aurélio; RE 438.985-AgR, Relator Ministro Celso de Mello; e RE 436.266-AgR, Relator Ministro Carlos Vello-

so. Agravo regimental desprovido.” (AI 523105 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2005, DJ 09-12-2005 PP-00009 EMENT VOL-02217-05 PP-00942).

Inclusive, consta dos autos que o Excelso Pretório, ao julgar o RE interposto pelo autor Distrito Federal, negou-lhe provimento de forma monocrática, ante a harmonia de entendimento existente naquela Corte sobre tal matéria.

Destaco que, da mesma forma, o tema não é novo neste Tribunal.

De efeito, o v. acórdão rescindendo não divergiu da jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, sendo certo que a existência de controvérsia jurisprudencial sobre a matéria não conduz a que se tenha por violados frontalmente os arts. 67 e 68 da MP 2.180/2001, ao contrário do afirmado pelo Distrito Federal.

Nessa linha, cito jurisprudências desta eg. Corte de Justiça, *verbis*:

“AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO DE VENCIMENTOS. SERVIDORES DISTRITAIS. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. INOCORRÊNCIA. I – A interpretação do texto legal, ainda que controvertida ou equivocada, não é causa de procedência da ação rescisória, para qual é necessária a ofensa à literal disposição de lei, a teor do art. 485, inc. V, do CPC. II – Ação rescisória julgada improcedente.” (20060020124057ARC, Relator VERA ANDRIGHI, 1ª Câmara Cível, julgado em 11/02/2008, DJ 07/05/2008 p. 17).

“PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. REAJUSTE DE 28,86%. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. EXTENSÃO AOS MILITARES DO DISTRITO FEDERAL E PENSIONISTAS DESTES. ANÁLISE DA QUESTÃO QUE DEVE SE DAR EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DA CONCESSÃO DO REAJUSTE. LEI 7.961/89. ART. 42 DA CF, ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 18/98. REAJUSTE GERAL DE VENCIMENTOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. OBSERVÂNCIA DA PREJUDICIAL DE MÉRITO (PRESCRIÇÃO) E DA LIMITAÇÃO TEMPORAL IMPOSTA PELA MP 2218/01, CONVOLADA NA LEI 10.486/02. A questão da extensão do reajuste de 28,86%, concedido aos militares do Poder Executivo Federal pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, deve ser à luz da legislação de regência aplicada à

espécie, vigente à época da concessão do reajuste e, em decorrência, considerando os termos da Lei 7.691/89 e do art. 42 da Constituição Federal, antes da vigência da EC 18/98, que asseguravam aos Militares do Distrito Federal que a revisão de sua remuneração fosse realizada na mesma proporção e na mesma data em que fosse modificada a remuneração dos servidores militares da União, ou seja, havia uma isonomia entre os militares da União e os do Distrito Federal quanto à revisão geral de seus soldos, impõe-se a extensão pretendida, sob pena de afronta ao princípio da isonomia. (...) (20040110090965EIC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 2ª Câmara Cível, julgado em 18/08/2008, DJ 25/06/2009 p. 62).

“EMBARGOS INFRINGENTES. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. EXTENSÃO DO REAJUSTE DE 28,86% CONCEDIDO AOS SERVIDORES FEDERAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. LEIS 8.622/93 e 8.627/93. LIMITAÇÃO DO DIREITO AO ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.281/2001. (...) 2. A Constituição da República reservou ao Distrito Federal, com base na autonomia dos entes federados, a prerrogativa de dispor, em legislação própria, sobre o regime jurídico de seus servidores. Contudo, essa regra é excepcionada em relação aos policiais militares e civis, pois com pertinências a estes incumbe à União dispor sobre a organização e manutenção, incluindo-se os vencimentos. 3. Aos militares do Distrito Federal são devidos os aumentos previstos nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, porquanto o artigo 2º da Lei Federal 7.961/89 lhes assegurava a revisão remuneratória, nos mesmos moldes dos reajustes concedidos aos integrantes das Forças Armadas da União. Esse direito, contudo, encontra limite temporal na Medida Provisória 2.281, de 01 de outubro de 2001, que reestruturou a remuneração dos militares distritais, recompondo eventuais perdas. (...)” (20050111182007EIC, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Câmara Cível, julgado em 11/02/2008, DJ 16/05/2008 p. 28).

Ademais, conforme bem exposto pelo i. Procurador de Justiça, “o STJ em hipótese semelhante entendeu não ser possível conceder a limitação temporal requerida em sede de ação rescisória, por impropriedade da via, uma vez que a pretensão do autor não se restringiria a desconstituir a coisa julgada, objeto da ação rescisória, mas sim de reintegrar o acórdão impugnado.” (fl. 378).

Ora, o acórdão rescindendo não examina efetivamente a questão do limite temporal, de sorte que não é possível concluir pela violação a literal disposição de lei federal, no caso de medida provisória.

Eis a ementa do acórdão do c. STJ, a respeito do tema:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. MILITAR. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. PRETENSÃO DE REINTEGRAÇÃO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE.

1. Em sede ação rescisória, é manifestamente improcedente a pretensão de reintegração do julgado, já que aludido procedimento é destinado, justamente, a desconstituição da res iudicata.

2. No caso sub examine, a autora pretende a rescisão de julgado que assegurou, a militares, o reajuste de 28,86%, para que, em novo julgamento, passe a constar a limitação temporal instituída pela edição da Medida Provisória 2.121, de 28 de dezembro de 2000 (atual MP 2.215-10, de 1 de setembro de 2001) e seja, de forma consectária, decretada a prescrição de fundo de direito, já que o processo ab origine tão somente foi ajuizado em janeiro de 2006.

Logo, ressoa evidente que pretensão da autora resulta de uma providência não tomada no curso da ação ab origine, máxime porque o julgamento do decisum rescindendo data de 19 de fevereiro de 2009 (fl. 149), ou seja, depois de mais de 8 anos da edição da MP 2.121/2000.” (AgRg na AR 4.624/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 13/09/2012).

Destaco que o meu entendimento a respeito do tema é no mesmo sentido, considerando que, em sede de ação rescisória, é incabível a reintegração do acórdão rescindendo, de sorte que a limitação do reajuste, conforme pretendido pelo autor, é inapropriada.

Além disso, evidente a não violação do dispositivo mencionado, conforme já referenciado.

Forte nestas considerações, rejeito a preliminar e julgo improcedente a pretensão deduzida nesta ação rescisória. Isento o autor do pagamento de custas processuais, por determinação legal, e condeno-o ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono dos réus que, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, arbitro em R\$ 1.000,00.

É como voto.

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

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

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

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

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Conhecida. Preliminar rejeitada. Julgada improcedente. Unânime.

EMBARGOS INFRINGENTES CÍVEIS NA APELAÇÃO CÍVEL

2011011110657-8

Relator – Des. Otávio Augusto

Primeira Câmara Cível

EMENTA

Processual civil e civil. Embargos infringentes em apelação cível. Indenização por danos materiais e morais. Cirurgia de extração total dos dentes. Erro médico. Desnecessidade da medida. Não comprovação. Responsabilidade civil objetiva do estado. Não configuração. Ausência do nexo de causalidade.

Uma vez adotada, no tocante às entidades de Direito Público, a teoria da responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, exige-se, para a responsabilização civil do Estado, apenas a prova, por parte do autor, da prática do ato do agente no exercício de suas atribuições, a comprovação do dano e o nexo causal, sendo despicienda a comprovação do dolo ou culpa do agente no evento lesivo. A ausência de qualquer um dos elementos acima impede a responsabilização do Estado tanto material quanto moralmente.

Embargos desprovidos. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Otávio Augusto, Alfeu Machado, Sebastião Coelho, Flavio Rostirola, Angelo Canducci Passareli, João Egmont, Luciano Moreira Vasconcellos, Teófilo Caetano e Simone Lucindo, sob a presidência do Desembargador Mário-Zam Belmiro, em conhecer e negar provimento por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2013.

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

Adota-se o relatório proferido às fls. 622/623, que ora se transcreve:

“Cuida-se de embargos infringentes opostos por R.C.P.D. rep. por M.P.D. contra o v. acórdão de fls. 561/578, proferido em sede de apelação cível em ação de rito ordinário ajuizada em desfavor do Distrito Federal, assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO ADMINISTRATIVO – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – EXTRAÇÃO DE TODOS OS DENTES – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – NÃO CONFIGURAÇÃO – DANO NÃO CONFIGURADO.

Não há cerceamento de defesa no indeferimento de outras provas, quando existem nos autos documentos suficientes à elucidação da questão e formação da convicção do magistrado.

A responsabilidade do Distrito Federal por suposto erro médico é objetiva (CF art. 37, §6º), cabendo ao autor demonstrar a ocorrência do fato administrativo, do dano e do nexo de causalidade.

A extração de todos os dentes do autor, portador de doença mental severa, foi medida pleiteada por sua genitora e com o objetivo de assegurar sua melhor saúde bucal, não se configurando o dano necessário para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado.

Rejeitou-se a preliminar de cerceamento de defesa e, deu-se provimento ao apelo do réu.” (Relator Des. SÉRGIO ROCHA).

Postula o embargante a prevalência do voto minoritário, da lavra da Desembargadora Carmelita Brasil, no sentido de manter intacta a r. sentença de Primeira Instância. Para tanto, sustenta que restou configurada a responsabilidade do Estado em indenizar o ora embargante, porquanto houve erro médico, uma vez que a cirurgia de extração total dos dentes não era necessária. Tece comentários acerca da independência entre as esferas cíveis, administrativas e penais, afirmando que a absolvição criminal só afasta as responsabilidades cível e administrativa quando restar demonstrado a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Acrescenta que a genitora do autor não tinha conheci-

mento de que todos os dentes de seu filho seriam extraídos, bem como não sabia do teor da decisão que assinou, pois, além de ser analfabeta, o documento assinado não tinha o timbre da administração. Sustenta que a própria perícia produzida nos autos não foi conclusiva no sentido de afirmar que a extração de todos os dentes era medida necessária para a própria saúde do autor, assim como o exame de corpo de delito juntado aos autos. Por fim, assevera que mesmo que a genitora do autor quisesse a aludida extração total dos dentes, certo é que sua vontade não poderia influenciar na decisão dos odontólogos, por se tratar de uma medida tão drástica.

Instado a se manifestar, o embargado apresentou contrarrazões às fls. 611/613, requerendo o desprovimento do recurso”.

Acrescenta-se que, às fls. 626/629, o ilustre Procurador de Justiça oficiou pelo conhecimento e provimento dos presentes embargos infringentes.

É o relatório.

VOTOS

Des. Otávio Augusto (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade do presente recurso, dele se conhece.

Cuida-se de embargos infringentes opostos por R.C.P.D. rep. por M.P.D. contra o v. acórdão de fls. 561/578, proferido em sede de apelação cível em ação de rito ordinário ajuizada em desfavor do Distrito Federal.

Postula o embargante a prevalência do voto minoritário, da lavra da Desembargadora Carmelita Brasil, no sentido de manter intacta a r. sentença de primeira instância. Para tanto, sustenta que restou configurada a responsabilidade do Estado em indenizar o ora embargante, porquanto houve erro médico, uma vez que a cirurgia de extração total dos dentes não era necessária. Tece comentários acerca da independência entre as esferas cíveis, administrativas e penais, afirmando que a absolvição criminal só afasta as responsabilidades cível e administrativa quando restar demonstrado a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Acrescenta que a genitora do autor não tinha conhecimento de que todos os dentes de seu filho

seriam extraídos, bem como não sabia do teor da decisão que assinou, pois, além de ser analfabeta, o documento assinado não tinha o timbre da administração. Sustenta que a própria perícia produzida nos autos não foi conclusiva no sentido de afirmar que a extração de todos os dentes era medida necessária para a própria saúde do autor, assim como o exame de corpo de delito juntado aos autos. Por fim, assevera que, mesmo que a genitora do autor quisesse a aludida extração total dos dentes, certo é que sua vontade não poderia influenciar na decisão dos odontólogos por se tratar de uma medida tão drástica.

Inicialmente, vale ressaltar que não se discute nos autos a independência entre as esferas civis, administrativas e penais nem o fato de a esfera criminal apenas interferir nas demais quando restar cabalmente demonstrada a inexistência do fato ou a negativa de autoria, pois, *in casu*, o médico em questão teve seu inquérito policial arquivado. Dessa maneira, tem-se que tal fato não influencia em nada a presente decisão.

A hipótese em comento refere-se aos limites da responsabilidade objetiva do Estado. E, segundo estabelece o 6º do artigo 37 da Constituição Federal, quem responde pelos danos causados por seus agentes a terceiros são as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, sendo-lhes assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa do agente.

Com efeito, uma vez adotada, no tocante às entidades de Direito Público, a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco administrativo, exige-se apenas a prova da prática do ato do agente no exercício de suas atribuições, a comprovação do dano e a relação de causalidade, sendo despicienda a comprovação do seu dolo ou culpa para que seja responsabilizada a Administração.

Portanto o quanto foi instruído nos autos, pode-se observar que restou incontroverso a conduta do agente estatal, consistente na cirurgia de extração total dos dentes do ora embargante, assim como o dano causado ao paciente, que teve sua função mastigatória comprometida, além da deformidade permanente. Entretanto, não restou devidamente comprovado aos autos que a cirurgia realizada não era necessária para a saúde bucal do embargante, ou seja, não ficou provado o erro

médico, de forma hábil a formar o nexo causal exigido para a responsabilização civil do Estado. Explica-se.

Sobre o tema, insta registrar que o nexo causal é a ligação ou relação de causa e efeito entre um determinado comportamento e um evento. Dessa forma, com embasamento nas leis naturais, é possível aferir se a ação ou omissão do agente foi ou não indevida e se tal fato ocasionou um dano desnecessário ao paciente. Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade constitui elemento indispensável para a responsabilidade civil.

Nesse sentido, colaciona-se o julgado abaixo:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. REAÇÃO ALÉRGICA. MEDICAMENTO MINISTRADO EM HOSPITAL PÚBLICO. AUSÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. EVASÃO DA VÍTIMA DO NOSOCÔMIO.

1. Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se isenta de responder, se não existir o nexo de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano produzido.

2. O nexo de causalidade constitui elemento indispensável para a responsabilidade civil. Assim, seja qual for a teoria adotada no caso concreto, subjetiva (da culpa) ou objetiva (do risco), salvo em circunstâncias especialíssimas, não haverá responsabilidade sem o nexo causal.

Omissis.

6. Negou-se provimento ao apelo”.

(Acórdão 570892, 20080110266937APC, Relator SILVA LEMOS, 1ª Turma Cível, julgado em 29/02/2012, DJ 14/03/2012 p. 20 – grifou-se).

Nesse passo, para haver direito à indenização por danos materiais/morais em decorrência de erro médico é indispensável a demonstração de nexo de causalidade entre o suposto comportamento indevido do agente do Estado e o dano suportado pela vítima.

Do cotejo dos autos, pode-se concluir que a extração de todos os dentes era medida necessária para a própria saúde do autor e tal medida foi autorizada pela genitora, conforme pode ser observado abaixo.

Sobre a necessidade da realização da indigitada cirurgia, importante se faz reproduzir alguns trechos de depoimentos, que atestam a situação precária dos dentes do ora embargante, *in verbis*:

*“QUE sobre os fatos noticiados nestes autos, o depoente foi o cirurgião-dentista responsável pela Solicitação do pedido de internação e marcação de cirurgia do paciente R.C.P.D., anotando o diagnóstico provisório de Cáries Múltiplas – exodontia múltiplas; QUE o depoente esclarece que as cáries no paciente R. eram “avançadas”, ou seja, os alguns dentes estavam bem estragados, enquanto outros estavam acometidos de periodontite (infecção na gengiva); [...] QUE durante a intervenção o depoente visualizou a facilidade do DR. W. em retirar os dentes, a exemplo: **“os dentes cediam sob a mínima pressão da alavanca e dos forceps (buticão)”**; QUE o Dr. W. retirava os dentes, as vezes dois de cada vez, os quais saíam inteiros; [...] QUE o depoente estava no campo cirúrgico e pode visualizar que a dentição do paciente, a qual se apresentava muitíssimo comprometida (cáries em estágio avançado, presença de cálculos salivares abundantes, mobilidade avançada, um quadro clássico de periodontite crônica avançada); [...] Que o Dr. W. não consultou o depoente, contudo, se tivesse feito, a decisão seria a mesma, ou seja, extração total dos dentes”.* (Termo de Depoimento de E.C. de V.L. – cirurgião-dentista – prestado na 5ª Delegacia de Polícia Civil do DF, p. 98/100 – grifou-se).

“Com relação a higienização bucal de R., a depoente informa que ele não a fazia e não deixava ninguém escovar seus dentes, sendo que sua mãe sempre procurava tratamento odontológico, tendo em vista o estado preocupante de seus dentes e por vezes ela comentava com os funcionários da AMPARE, inclusive com a própria depoente que as vezes até “pus” saía de sua gengiva. Segundo a genitora dele, R. sentia muitas dores de dentes”. (Termo de Depoimento de G.G. de O.A. – Coordenadora Geral da AMPARE – prestado na 5ª Delegacia de Polícia Civil do DF, p. 110 – grifou-se).

“Não foram encontrados vestígios que confirmassem ou negassem a necessidade de extração de todos os elementos dentários” (Laudo do IML, p. 139).

“[...] pois seu filho precisava muito fazer a cirurgia e não estava se alimentando direito em decorrência do sangramento, da dor e da infecção em sua boca; [...] QUE quando participava do atendimento ambulatorial prestado ao paciente R. sentia mau hálito, sangramento, visualizava restos de alimentos e muito târtaro” (Termo de Depoimento de M.J.C. de O. – odontóloga – prestado perante a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, p. 420 – grifou-se).

“O que se pode afirmar tendo como referência os documentos que constam nos autos, é que os dentes do paciente referido não eram hígidos. Pelo contrário, segundo prontuário preenchido por Dr^a. A., em 1995 ele apresentava manchas brancas em todos os dentes (lesões iniciais de cárie – sem cavitação), e mesmo após fase de tratamento intensivo – neste período a periodicidade de seu retorno ao ambulatório eram mensais. Em 1999 as manchas brancas haviam progredido para lesões cavitadas. Depois desta data há registros de várias restaurações, exodontias, endodontias o que nos leva a imaginar que houve piora progressiva no quadro das doenças cárie e periodontal. [...] ele já havia perdido 4 dentes em tratamentos anteriores. [...] Um outro fator importante que deve ser destacado é a agressividade das doenças cárie e periodontal neste indivíduo. [...] Há relatos em 2000 e 2001 de gengivite e do péssimo estado de conservação dos dentes presentes, inclusive, sugerindo a necessidade de radiografia da boca toda. Ou seja, **mesmo sob preventivo rigoroso suas doenças progrediam**. Possivelmente, por ter ficado sem tratamento de 2001 até 2009 ele tenha tido a sua condição bucal agravada de tal maneira (estava sem acompanhamento preventivo algum – pelo menos não há relatos nos autos) que a exodontia total tenha sido necessária. [...] Não se pode afirmar com certeza, mas lamentavelmente a sua condição bucal pode ter chegado a um estágio tão grave que, para proteger-lhe de agravos piores e devolver-lhe saúde bucal, a exodontia total tenha sido o único tratamento possível. Isto é, baseia-se no relato da mãe que “ele estava com muito mau hálito”, “babando” e “jogando os alimentos”, relatos comuns em casos de muita dor e condição periodontal precária” (Resposta aos Quesitos do Processo

Disciplinar 060.014.918/2009 – Dr^a. T.O.M.K. – Assistente Técnica nomeada pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, p. 441/443 – grifou-se).

Pelo acima narrado, restou claro que o estado dos dentes do ora embargante eram precários e que suas doenças bucais progrediam de forma muito acelerada devido, sobretudo, ao fato de sua higienização bucal ser deficitária. Nesse sentido, pode-se concluir que a cirurgia realizada foi necessária para a própria saúde do autor, ficando, assim, não comprovado o nexó de causalidade entre a desnecessidade da conduta realizada e o dano experimentado pelo autor.

In casu, competia ao autor demonstrar o nexó causal entre a suposta conduta exacerbada e o dano causado, e, pelas provas colacionadas/produzidas no processo, não restou demonstrado tal fato, pelo contrário, ficou comprovado que a cirurgia realizada era necessária para a própria saúde bucal do autor, a fim de evitar um dano futuro ainda maior.

Dessa maneira, não se revelou presente nos autos a comprovação da ocorrência de qualquer erro na prestação do serviço fornecido pelo médico, de forma que não há nexó causal entre a conduta perpetrada por aquele e o evento dano ocorrido, de forma hábil a sustentar uma responsabilização material ou moral do Estado.

Além do mais, a ciência da mãe quanto ao procedimento realizado em seu filho restou comprovada aos autos pela sua assinatura da autorização para a cirurgia e, em especial, pelos depoimentos prestados, que ora se transcreve:

“QUE a Dr^a K. comentou com o depoente que, em conversa com a genitora de R.C., no momento em que caminhava para a sala de Cirurgia, esta confirmou ter ciência de que todos os dentes de R.C. seriam extraídos”. (Termo de Depoimento de J.H.L.A. – médico anestesiológista – prestado na 5^a Delegacia de Polícia Civil do DF, p. 93 – grifou-se).

“[...] indo conversar com o paciente R. e sua mãe; QUE ambos receberam o depoente contentes e nada reclamaram sobre o procedimento, ou seja, a genitora do paciente R. em nenhum momento manifestou ter ficado contrariado ou insatisfeita com a extração de todos os dentes de seu filho, e tampouco questionou se realmente era necessário a extração de todos os dentes de R.” (Termo

de Depoimento de E.C. de V.L. – cirurgião-dentista – prestado na 5ª Delegacia de Polícia Civil do DF, p. 101 – grifou-se).

“QUE, ainda assim, a depoente indagou à mãe de R.C., senhora R., se ela tinha conhecimento de que todos os dentes de seu filho seriam extraídos, tendo a genitora do paciente confirmado saber da cirurgia de extração total” (Termo de Depoimento de K.A.L. – médica residente em anestesiologia – prestado na 5ª Delegacia de Polícia Civil do DF, p. 103 – grifou-se).

“QUE a depoente pode visualizar todos os dentes estragados de R. e desde àquela ocasião, dona R. manifestava o desejo de EXTRAIR TODOS os dentes de R., porque não conseguia fazer a higienização adequada, e nem o próprio em razão da sua deficiência, [...] QUE no início do ano de 2009 a dona R. retornou a AMPARE e novamente conversou com a depoente sobre a necessidade da extração de todos os dentes de R., QUE diante desta notícia dona R. demonstrou absoluta felicidade porque seu filho finalmente teria todos os dentes extraídos” (Termo de Depoimento de E.V. de M. – assistente social – prestado na 5ª Delegacia de Polícia Civil do DF, p. 105 – grifou-se).

“QUE antes da realização da intervenção cirúrgica em R. a mãe deste tinha conhecimento que todos os dentes seriam extraídos, inclusive, numa determinada ocasião, o depoente chegou a comentar a respeito do assunto, dizendo a mesma: “Dona R. não faz isso não, não tire os dentes dele não”; QUE nesta oportunidade uma colega também ouviu o diálogo, contudo, a dona R. estava certa de que iria extrair todos os dentes de seu filho R.; [...] todos os funcionários da escola AMPARE tinham conhecimento de que dona R. sabia e queria que todos os dentes de R. fossem extraídos” (Termo de Depoimento de F.L.G. – Funcionário da Escola AMPARE – prestado na 5ª Delegacia de Polícia Civil do DF, p. 108/109 – grifou-se).

“Que a depoente confirma que perguntou a senhora R. se estava ciente de que seriam extraídos todos os dentes de seu filho; QUE a Senhora R. respondeu: “Que sim”; Que logo após, a depoente solicitou a assinatura na autorização redigida pela Dr. W.; [...] Que a depoente confirma que a senhora R. sabia que seriam extraídos todos os dentes de seu filho; que em nenhum momento pairou qualquer dúvida sobre a necessidade da extração dos dentes do paciente

R.C.” (Termo de Depoimento de M.J.C. de O. – odontóloga – prestado perante a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, p. 419 – grifou-se).

Nesse descortino, pode-se concluir que, pelos depoimentos acima prestados, somados ao documento assinado pela genitora do autor, restou comprovado, a meu ver, que a mesma tinha total consciência de que a cirurgia visava à extração total dos dentes de seu filho.

Nesse passo, tem-se por descabida a alegação de que a mãe não sabia o que estava assinando, pois era analfabeta funcional, uma vez que a ciência da mesma restou demonstrada inequivocamente pelos depoimentos carregados aos autos.

Ante o exposto, acompanhando os eminentes prolores dos doutos votos majoritários, nega-se provimento aos presentes embargos infringentes, mantendo-se indene o v. acórdão proferido.

Des. Alfeu Machado (Revisor) – Acompanhamento o eminente Relator.

Des. Sebastião Coelho (Vogal) – Eminente Presidente, ouvi atentamente o voto do ilustre Relator. Como disse S. Ex.^a, o caso mereceu grande destaque na imprensa, e eu também o acompanhei.

Ao verificar o relatório do que se tratava, agora, nesta sessão – pedi os autos para exame, ele está aqui à minha frente –, inicialmente, eminente Presidente, pensei em pedir vista, mas entendo que, para a parte, o que importa é a decisão do julgador, e não o conhecimento jurídico ou intelectual que o mesmo possa colocar em sua decisão. Por essa razão, Senhor Presidente, resolvi proferir o meu voto agora.

Evidentemente, o rapaz, que é portador de deficiência mental, se submetia a tratamento por longo período, indo e voltando ao hospital. Enfim, do dia 26 para o dia 27, foi determinada essa internação, e, à fl. 61, está a autorização da sua genitora nos seguintes termos: “Autorização (em uma folha em branco): autorizo a extração total do meu filho R.P.D., portador de deficiência mental. A extração será sob anestesia geral. Para tanto, assino essa autorização, pela consequência a que foi orientada. Brasília, 27/8/09”. Segue-se a assinatura da Senhora R.P.D., que, inequivocamente, é uma pessoa analfabeta. Essa assinatura não pode expressar a vontade livre da pessoa e, mesmo que pudesse, o profissional – e faço um paralelo

com a advocacia, pois quantas vezes não aparecem clientes, no escritório de advocacia, dizendo: “Doutor, quero dar este ou aquele seguimento para minha causa.” – é quem tem o dever de dizer se aquele caminho é ou não o adequado.

Pergunto: se esse moço fosse um filho nosso, fosse um filho de classe média do Distrito Federal ou de qualquer lugar, quem, em sã consciência, poderia, de uma única vez, extrair todos os seus dentes? Qual de nós permitiria uma situação como essa? Essa é a primeira pergunta que coloco para encaminhar a minha decisão. Jamais! Nesse caso, essa senhora – li aqui, nos autos – é uma empregada doméstica analfabeta.

Lamento, mas toda explicação técnica por perito, por assistente técnico, por depoimentos em delegacias, acompanhados de advogados ou orientados, não é suficiente para me convencer, apesar do brilho, como sempre, do voto do Desembargador Otávio Augusto e do não menos brilhante voto do Desembargador Alfeu Machado, que o acompanhou.

Então, Senhor Presidente, a sentença retrata a causa. E mais, o que disse a Desembargadora Carmelita Brasil, ao pedir vista e ao confirmar a sentença, também retrata a inconsequência desse ato irreparável, porque, no momento em que se retiram todos os dentes de uma pessoa, pode-se fazer implante, pode-se colocar a “chapa” – como dizia lá na minha terra, no interior do nordeste –, pode-se colocar a “ponte”, mas não repara.

No caso, Senhor Presidente, coloco-me de acordo com a decisão dada pelo Juiz Álvaro Ciarlini e com o parecer do Ministério Público, que é pelo provimento destes embargos infringentes, e em conformidade como parecer anterior do Procurador Carlos Gomes, que foi pelo desprovimento da apelação do Distrito Federal.

Firmado no voto minoritário e pedindo as mais respeitosas vênias, dou provimento aos embargos infringentes.

Senhor Presidente, gostaria, ainda, de voltar a um caso que recentemente decidimos nesta Câmara, em que fui vencido – o voto de desempate foi de V. Ex.^a–, e de ressaltar que se tratava de autorização tácita por pessoa esclarecida e, ainda assim, o médico foi responsabilizado. Não consigo entender tamanha divergência no mesmo órgão; no caso, esta Primeira Câmara Cível.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) — Eminente Presidente, com a devida vênia à divergência, também participei deste caso no Conselho Especial e acompanhei, à época, o eminente Desembargador Getúlio Moraes Oliveira. Naquela oportunidade, tive a oportunidade de vislumbrar toda a prova técnica produzida. Inclusive, por curiosidade, até mesmo indaguei odontólogos deste Tribunal sobre o assunto.

Tecnicamente, é inquestionável que a conduta do profissional foi correta e exemplar. Inclusive, no processo administrativo que foi montado, a conclusão da comissão foi unânime, entendendo que, tecnicamente, ele agira corretamente, independentemente da questão da autorização ou não da mãe. O que se discute é se ela teria dado ou não a autorização que se alega, mas, independentemente disso, é incontroverso que a conduta dele foi absolutamente correta e que propiciou a solução definitiva ao caso desse menor.

Excelências, não tenho dificuldade nenhuma em acompanhar, *in totum*, o voto proferido pelo eminente Relator, que exauriu a matéria com muita propriedade.

Des. Angelo Passareli (Vogal) – Senhor Presidente, a questão suscitada pela divergência traz alguma reflexão, já respondida pelo voto do Desembargador Flavio Rostirola, referente ao fato de que, ainda que a mãe seja analfabeta e ainda que se possa ter alguma preocupação com o nível de conscientização das circunstâncias em que a autorização foi dada, todo o contexto probatório conduz ao entendimento de que o médico se viu na situação de agir para fazer a extirpação dos dentes.

Foi mencionado aqui até um período de abandono de vários anos, o que é indicador de agravamento de situação em uma pessoa que sofre de problemas psíquicos.

A dificuldade é imensa, Senhor Presidente, de alcançar a solução que todos nós gostaríamos, qual seja, recuperar as funções mastigatórias do indivíduo sem lesá-lo, mas, se a prova indica a irreversibilidade da doença, o médico tem por dever adotar a melhor solução disponível.

Então, Senhor Presidente, a possível falta de alfabetização de quem concedeu a autorização não me parece decisiva para a questão, porque os demais elementos probatórios conduzem para a correção da atividade do profissional.

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator, pedindo as mais respeitadas vênias.

Des. João Egmont (Vogal) – Senhor Presidente, também não tenho dúvida em acompanhar o eminente Relator diante do conjunto probatório produzido.

Primeiro, a prova pericial comprovou que a extração de dentes foi uma providência necessária. Segundo, houve instauração de inquérito policial, que, a pedido do Ministério Público, foi arquivado por atipicidade de conduta. Terceiro, houve, também, procedimento administrativo disciplinar, no qual foi produzida prova pericial que concluiu pela necessidade de extração dos dentes, sendo que a conclusão da perita é bastante elucidativa, razão pela qual não há como prosperar a alegação de que teria, supostamente, havido erro médico a ensejar indenização.

Senhor Presidente, recentemente tivemos, nesta Câmara, outro caso semelhante a este, sobre retirada de mama. Naquele caso, apesar do resultado – por um voto –, entenderam os expressivos julgadores desta Câmara que ali também se fazia necessária a retirada da mama, assim como aqui também se fez necessária a extração de dentes.

Com essas considerações, peço vênias à divergência para acompanhar, às inteiras, o eminente Relator.

Des. Luciano Vasconcellos (Vogal) – Senhor Presidente, com a devida vênias à divergência, estou absolutamente convencido de que a solução dada pelo Relator e pelo Revisor é a melhor que se tem. Por isso que estou a acompanhá-los.

Des. Teófilo Caetano (Vogal) – Senhor Presidente, acompanho os eminentes Relator e Revisor, desprovendo os embargos infringentes, com a devida vênias da divergência.

Desa. Simone Lucindo (Vogal) – Senhor Presidente, pedindo vênias à divergência, acompanho o eminente Relator.

DECISÃO

Conhecidos. Negou-se provimento, por maioria.

HABEAS CORPUS

2014002002998-0

Relator – Des. Souza e Avila

Segunda Turma Criminal

EMENTA

Habeas corpus. Estupro de vulnerável. Fato ocorrido no âmbito familiar e doméstico. Vítima é sobrinha do ofensor e possui deficiência mental. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Resguardo da integridade física e psíquica a ofendida.

A prática de crime de estupro da sobrinha, que tem deficiência mental e contava com quatorze anos de idade, em ambiente familiar e o risco de fuga iminente demonstram a necessidade de manutenção da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal e para resguardo da integridade física e psíquica da ofendida.

Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Souza e Avila – Relator, Cesar Laboissiere Loyola – Vogal, Roberval Casemiro Belinati – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Souza e Avila, em proferir a seguinte decisão: denegar a ordem. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

O relatório, em parte, é aquele contido na decisão de fl. 57 e verso, na qual foi indeferido o pedido de liminar:

E.C.A.S. impetrou este habeas corpus com pedido liminar em favor de A.M.J. contra a decisão do Juízo do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Circunscrição Judiciária do Paranoá/DF que, nos autos do processo omissis, decretou a prisão preventiva com apoio no artigo 312/CPP, como garantia da ordem pública, considerando presentes a materialidade e indícios suficientes de autoria e artigo 20 da Lei 11.340/06.

Alegou o impetrante, em síntese, que o paciente possui emprego e residência fixos, não havendo justificativa para a apreensão cautelar e pede a concessão da ordem, liminarmente, para que ele possa responder ao processo em liberdade.

A autoridade impetrada informou ter decretado a prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, mediante deferimento da representação da autoridade policial com manifestação favorável do Ministério Público. Além disso, mencionou ter aplicado medidas protetivas de urgência, consistentes na proibição de contato e de aproximação da vítima.

Ressaltou que a acusação consiste em estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), cuja vítima contava com quatorze anos de idade na data do fato e é portadora da Síndrome de Noonan, que lhe causou deficiência mental. Assentou que a ofendida foi submetida à cirurgia para interrupção da gravidez (fl. 69 e documentos de fls. 70/92).

Frisou que a ofendida engravidou em consequência do abuso sexual sofrido e que o paciente mantinha contato telefônico na residência dela mesmo após o fato.

A Procuradoria de Justiça oficiou pela denegação da ordem (fls. 94/95 e verso).

É o relatório.

VOTOS

Des. Souza e Avila (Relator) – Admito o *habeas corpus*, porquanto os pressupostos legais estão atendidos.

Ao paciente é imputada a prática de crime de estupro de sua sobrinha J.M.G., adolescente portadora de deficiência mental diagnosticada. Está incurso, segundo o indiciamento, na pena do artigo 217-A, § 1º do Código Penal.

A pena privativa de liberdade máxima cominada para esse delito é de 15 (quinze) anos de reclusão. Denota-se, portanto, o atendimento à exigência do inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal¹.

A prova da existência do crime e indícios de autoria são pressupostos para a decretação da prisão preventiva, seja para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, segundo o disposto no artigo 312, do Código de Processo Penal².

A Portaria de instauração do inquérito policial (fls. 25/26), a representação da autoridade policial pela prisão preventiva do paciente (fls. 21/24), o Registro da Comunicação de Ocorrência Policial (fls. 27/30), o Requerimento de Medidas Protetivas de Urgência (fls. 35/42) e o Laudo de Exame de Corpo de Delito (Atos Libidinosos e Lesão Corporal) de fl. 44 e verso, bem como a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente demonstram a presença de justa causa.

Razoavelmente, pode-se considerar que o crime imputado ao paciente ocorreu e que ele seja possivelmente o autor.

Presente está, portanto, o *fumus comissi delicti*.

1 Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

2 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

Não se pode ignorar que o fato ocorreu no âmbito doméstico e familiar contra a vítima, que é sobrinha do paciente e contava com quatorze anos de idade. Ela é portadora de deficiência mental e estava sozinha em casa, sob os cuidados do tio.

A autoridade policial, ao representar pela prisão preventiva do paciente, pontuou a necessidade nos termos seguintes (fls. 22/23):

Informou a vítima que no dia 19/12/2013 veio passar férias no Distrito Federal, ficando hospedada na residência de seus tios acima nominados, permanecendo até o dia 08/01/2014.

Asseverou a vítima que em determinado dia, sua tia L. estava com o filho dela (F.) internado no Hospital Regional do Paranoá, tendo a vítima permanecido em casa com o tio A.M.J.. Informou a vítima que no período da noite, após tomar banho e trocar de roupas para dormir, seu tio A. começou a tirar sua calcinha e passar a mão em suas partes íntimas. Após ficar excitado, A. introduziu o pênis em sua vagina, vindo a machucá-la ao forçar a relação sexual.

A vítima afirma ter sentido muita dor no momento em que estava sendo estuprada pelo autor, pois nunca tinha mantido relação sexual. Afirma a declarante ter pedido para o autor parar com os abusos, pois estava sentindo muitas dores, porém o autor segurou suas mãos e continuou a penetração.

Alguns dias depois, a genitora da declarante percebeu que seu ciclo menstrual estava atrasado e realizou um primeiro teste de gravidez, dando resultado positivo. Posteriormente, diante da perplexidade, sua genitora realizou um segundo teste de gravidez na declarante, dando novamente positivo.

Após os testes realizados, a declarante viu sua mãe chorando muito e resolveu contar quem havia lhe estuprado, afirmando ter sido seu tio A.

Por fim, a vítima disse que seu tio A. pediu para que não contasse o que havia acontecido para ninguém.

A vítima foi atendida pela rede pública de saúde, bem como pelo Instituto Médico Legal, tendo ambos os órgãos confirmado o fato criminoso, sendo comprovado a conjunção carnal e a gravidez da vítima, conforme laudos acostados à presente representação.

A genitora da vítima está muito preocupada, pois os tios (A. e L.) da vítima estão ligando para saber se aconteceu alguma coisa, indagando-a sobre as providências que estão adotando, acreditando a declarante que o autor possivelmente fuja do Distrito Federal.

(...)

Fundamenta-se a segregação preventiva do indiciado por garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, haja vista as circunstâncias do crime e os meios empregados para consumá-lo estarem a demonstrar que o indiciado praticou um crime repugnante e chocante, ao abusar sexualmente de uma adolescente de 14 anos de idade, portadora da Síndrome de Noonan, acometida de deficiência mental e física, causando-lhe uma gravidez indesejada, denotando, assim, ser o autor uma pessoa sem escrúpulos, devendo ser retirado do convívio das pessoas de bem.

A autoridade impetrada fundamentou a restrição cautelar à liberdade do paciente na necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Aduziu o seguinte: (fls. 50/51):

O fato criminoso foi registrado no boletim de ocorrência policialomissis e consta do documento policial que a vítima, no dia 19/12/2013, veio passar as férias no Distrito Federal e ficou hospedada na residência de seus tios L.M.M. e A.M.J., local em que permaneceu até o dia 08/01/2014.

Segundo declarou a vítima à autoridade policial, após ela ter tomado banho e ao vestir a roupa para dormir, seu tio A. começou a tirar-lhe a calcinha e passar a mão em suas partes íntimas. Após ficar excitado, A. introduziu o pênis na vagina da vítima, vindo a machucá-la ao forçar a relação sexual. Mesmo sentindo muitas dores e suplicando ao tio a fim de que cessasse o abuso, A. segurou-lhe as mãos e prosseguiu na penetração.

Notícia relevante é o fato de que a vítima é portadora da síndrome de Noonan e foi acometida por atos libidinosos diversos, inclusive com conjunção carnal comprovada por Laudo Pericial e teve como resultado uma gravidez atualmente de 01 (um) mês em razão dos abusos sofridos.

O Laudo de Atos Libidinosos às fls. 24/25 atestou que J. apresenta rotura hi-menal antiga, constando a ocorrência de conjunção carnal em data compatível com o evento em apuração, confirmado pela gravidez presente.

Consta dos autos que o autor vem efetuando diversas ligações telefônicas para a genitora da vítima para saber se algo ocorreu (fl. 04), o que indica a possibilidade de fuga do Distrito Federal, razão pela qual a sua prisão preventiva deve ser decretada também com fundamento na garantia de aplicação da lei penal.

Com efeito, verifico que se encontram presentes pelo menos dois requisitos que autorizam a prisão preventiva do acusado, enumerados no artigo 312 do CPP, quais sejam, a garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, as quais se encontram ameaçadas, face à gravidade do fato, do risco concreto iminente de novas práticas criminosas por parte do ofensor e, ainda, da possibilidade de fuga dele do distrito da culpa, o que torna imprescindível uma resposta efetiva, célere e contundente do Estado.

Insta sublinhar que as medidas protetivas já deferidas no bojo dos autosomissis não são suficientes para o atendimento do caso em evidência, haja vista a gravidade das circunstâncias em exame, a par de que há fortes indícios de fuga por parte do autor.

Oportuno é também mencionar a manifestação da Procuradoria de Justiça a respeito da necessidade de manter-se a prisão preventiva do paciente (fls. 94 verso e 95):

Com efeito ao periculum in libertatis, a autoridade impetrada decretou a prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública, porquanto o paciente teria abusado sexualmente de sua sobrinha, segundo as palavras desta, menor de idade e portadora de síndrome de Noonan. Para tanto, retirou a calcinha dela e introduziu o pênis, não parando com seu ato, conquanto a vítima pedisse.

Frise-se que, em decorrência do abuso, a vítima ficou grávida, inclusive, segundo informações de fls. 69, a autoridade impetrada determinou realização de exame de DNA, com urgência, dos restos fetais resultantes do aborto legalmente procedido pro médicos do Hospital HMIB.

Dessa forma, justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública, tanto para resguardo da integridade física e psicológica da vítima, quanto para assegurar a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, porque, segundo informações contidas na decisão objurgada, o paciente tem ligado para a genitora da vítima no intuito de obter informações sobre o que acontece com a menor, tudo indicando a necessidade de tal conhecimento para avaliar a hipótese de conveniência de fuga.

A necessidade de proteção integral à vítima, cuja palavra tem relevância nos crimes contra a dignidade sexual, em razão da clandestinidade na sua prática, faz com que o pedido de soltura do paciente seja considerado com prudência.

Deve-se atentar para a relação de parentesco do paciente com a vítima, a facilidade para localizá-la e com ela manter contato e a possibilidade de fuga como circunstâncias evidenciadoras da necessidade da prisão cautelar.

O fato de o paciente não ostentar condenação penal anterior ou antecedentes criminais, assim como a circunstância de ele ter residência fixa no distrito da culpa não viabilizam a revogação da prisão preventiva, quando sua necessidade e adequação se fazem presentes para resguardo da ordem pública e da aplicação da lei penal e para assegurar a integridade física e psíquica da vítima e de sua genitora, que demonstra abalo emocional em consequência do abuso sexual sofrido pela vítima.

Tem-se, em consequência, que nenhuma medida cautelar diversa da prisão seja suficiente e adequada para evitar a reiteração criminosa, a fuga ou a perturbação a vítima, nem mesmo as medidas protetivas de urgência que, por enquanto, estão com o cumprimento em suspenso.

A prisão preventiva, neste contexto, revela-se necessária, consoante se verifica de casos semelhantes já decididos por este Tribunal:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇAS E POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ABUSO COM O PRÓPRIO FILHO. PERICULOSIDADE CONCRETA. ORDEM DENEGADA.

1. Deve ser mantida a prisão preventiva do paciente quando a decisão que a decretou foi ancorada e fundamentada de forma suficiente e idônea, não havendo dúvidas de que presentes estão os requisitos insculpidos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. A presença da garantia de ordem pública pode ser entendida como a periculosidade do paciente, gravidade em concreto do paciente e repercussão social do fato.

3. A presença da conveniência da instrução criminal pode ser traduzida mediante ameaças concretas feitas às vítimas.

4. A primariedade e residência fixa não podem prevalecer sobre as circunstâncias da moldura fática descrita nos autos, que demonstrou à saciedade a necessidade de custódia cautelar.

5. Ordem denegada. (Acórdão 561429, 20120020002208HBC, Relator SILVA-NIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 19/01/2012, DJ 30/01/2012 p. 210)

HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. Deve ser mantida a custódia cautelar do paciente diante da presença de indícios de autoria e prova da materialidade do crime de estupro de vulnerável e do requisito de garantia da ordem pública, diante da gravidade em concreto da conduta.

2. A gravidade do crime de estupro extrapolou os limites do tipo penal, pois a vítima é uma criança de apenas 07 (sete) anos de idade e o crime foi praticado de modo audaz, uma vez que o fato de o pai e a mãe da vítima estarem no quarto ao lado não intimidou o paciente, que mesmo assim resolveu abusar da criança, valendo-se da circunstância de ter sido acolhido pela família da vítima em sua casa.

3. *Habeas corpus* admitido e ordem denegada para manter a decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva. (Acórdão 521940, 20110020120085HBC, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 21/07/2011, DJ 01/08/2011 p. 157)

É inviável a substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar menos severa. Isso pela evidente ineficácia da providência, consoante a fundamentação supra para manutenção da custódia cautelar do paciente.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

Des. Cesar Laboissiere Loyola (Vogal) – Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Denegar a ordem. Unânime.

HABEAS CORPUS

2014002005756-9

Relator – Des. Mario Machado

Primeira Turma Criminal

EMENTA

Habeas corpus. Sentença condenatória. Estupro de vulnerável. Violência doméstica. Presente os requisitos da prisão preventiva. Denegação da ordem.

O paciente foi condenado à pena de 30 anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, pela prática do crime do artigo 224, "a", II, e 226, II e 71, todos do Código Penal. O acusado, após ser cientificado do teor da sentença condenatória, procurou a vítima em sua residência a fim de concretizar a promessa feita anteriormente de que, caso fosse condenado, ceifaria sua vida. Além disso, há notícia nos autos de que a vítima e sua família já se mudaram várias vezes com medo do paciente. Evidente, portanto, a periculosidade do paciente. Nesse quadro, deve prevalecer sua constrição para proteção da ordem pública, da integridade física e psicológica da vítima.

Constrição fundada nos arts. 312 e 313, III, do CPP. Inadequação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e artigo 22 da Lei 11.340/2006.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mario Machado – Relator, George Lopes Leite – Vogal, Sandra De Santis – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira, em proferir a seguinte decisão: admitir e denegar a ordem. Unânime. de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório, alegando-se que o paciente, condenado à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, pela prática do crime do artigo 224, "a", II, e 226, II e 71, todos do Código Penal, sofre constrangimento ilegal decorrente da decisão que decretou a prisão preventiva. Aduz-se que o acusado não praticou os fatos narrados na ocorrência policial. Alega-se, também, que a prisão é ilegal, tendo em vista que a competência para decretar a segregação cautelar em razão do descumprimento das medidas protetivas passa a ser do Tribunal de Justiça, e não mais do Juízo de primeiro grau, uma vez que já exauriu a sua jurisdição ao prolatar a sentença. Pede-se a concessão da ordem para recorrer em liberdade. Instruem a inicial de fls. 02/06 os documentos de fls. 07/15.

Liminar indeferida, dispensadas as informações à fl. 21.

A Procuradoria de Justiça pronunciou-se pela denegação da ordem (fls. 238/240 e versos).

É o relatório.

VOTOS

Des. Mario Machado (Relator) – Rejeito a preliminar. A prisão preventiva foi decretada quando ainda em primeiro grau o processo, antes mesmo de recebido o recurso de apelação interposto. Nem haveria como se requerê-la em segundo grau.

Efetivamente, como se vê de fls. 9/11, por razões graves, a MM. Juíza decretou a preventiva para, ao fim, na mesma peça, receber a apelação e determinar sua remessa ao Tribunal

DO MÉRITO

Ao indeferir a liminar, o Desembargador Plantonista expendeu a seguinte fundamentação, que prevalece:

"A liminar em habeas corpus não tem previsão legal, sendo criação da jurisprudência para casos em que a urgência, necessidade e relevância da impetração se mostrem de forma indiscutível na própria inicial e nos elementos probatórios que a acompanhem. No caso, o alegado constrangimento não se revela com a nitidez que lhe colore a inicial. Na decisão, por cópia às fls. 09/11, em que decreta a prisão preventiva, enfatiza a MM. Juíza a necessidade da constrição do paciente, já que este, após prolatada sentença condenatória em seu desfavor, pela prática de estupro de vulnerável (enteada menor), "procurou a vítima em sua residência a fim de concretizar a promessa feita anteriormente de que, caso fosse condenado, ceifaria sua vida.", "...há notícia nos autos de que a vítima e sua família já se mudaram várias vezes, mas o réu sempre descobre o endereço seguindo a vítima B.R.T. a partir da escola e passa a rondar a residência. Tal conduta passou a se mostrar mais contundente após a instrução do presente processo e sua conclusão para sentença". Assim, "mostra-se imperiosa a segregação cautelar do réu a bem da garantia da ordem pública, assim como para preservar a integridade física e psicológica da vítima, nos termos do artigo 312 e 131, III, do Código de Processo Penal".

Recomendável, nesse contexto, decisão colegiada, após o pronunciamento do Ministério Público. Assim, indefiro a liminar.

Dispensar informações. Apenas se comunique ao Juízo.

Após, ao Ministério Público" (fl. 21).

Na espécie, adequada a decisão que decretou a prisão preventiva, pois a segregação cautelar está fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública. O paciente foi condenado à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, pela prática do crime do artigo 224, "a", II, e 226, II e 71, todos do Código Penal. E como bem enfatizado pela MM. Juíza às fls. 09/11:

"(...) Não obstante a credibilidade conferida ao réu durante o processo, a certidão de fls. 295/295v trouxe aos autos fatos relevantes que modificam o panorama acerca da sua liberdade.

Com efeito, a certidão de fls. 295/295v noticia que o réu, cientificado do teor da sentença condenatória, procurou a vítima em sua residência a fim de concretizar a promessa feita anteriormente de que, caso fosse condenado, ceifaria sua vida.

O fato é objeto do boletim de ocorrência policial 1941/2014-0, lavrado pela 21ª Delegacia de Polícia (fls. 293/294), cujo histórico corrobora o teor da certidão supramencionada.

Além disso, há notícia nos autos de que a vítima e sua família já se mudaram várias vezes, mas o réu sempre descobre o endereço seguindo a vítima B.R.T. a partir da escola e passa a rondar a residência. Tal conduta passou a se mostrar mais contundente após a instrução do presente processo e sua conclusão para sentença (...)"

Evidente, portanto, a periculosidade do paciente. Nesse quadro, deve prevalecer sua constrição para proteção da ordem pública, da integridade física e psicológica da vítima.

Bem fundamentou a Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls. 238/240 e versos:

"(...) A análise dos autos indica que, ao proferir sentença condenatória (27.01.2014), a Magistrada a quo conferiu ao denunciado o direito de recorrer em liberdade. No entanto, apesar da credibilidade conferida ao Paciente, A, após cientificado da sentença, procurou a vítima em sua residência a fim de concretizar uma promessa feita anteriormente de que, caso fosse condenado, ceifaria sua vida, o que ocasionou a decretação de sua prisão preventiva para proteção da ordem pública, da integridade física e psicológica da vítima.

(...)

Ainda, à fl. 12, constam informações fornecidas através de um telefonema do Sr. J.J. de P.J., que se identificou como ex-conselheiro tutelar de Águas Claras e

pastor da igreja frequentada pela vítima e sua genitora (S.T.), no sentido de que a mãe da vítima o procurou e solicitou ajuda, pois, desde meados de dezembro de 2013, o Sr. A. encontrava-se rondando a sua residência, tendo afirmado que se fosse condenado, na ação penal, mataria ela e sua filha (vítima).

Além disso, relatou que acompanhou a mãe da vítima para registrar a ocorrência policial e postular medidas protetivas de urgência, que deram origem ao processo 2014.07.1.004590-8, em trâmite na Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Taguatinga-DF.

Sendo assim, resta claro que a possibilidade, de aproximação do Paciente com a vítima representa risco iminente para a integridade física da mesma e que o Paciente teve a oportunidade de respeitar as medidas protetivas que lhe foram aplicadas, porém não o fez.

Dessa forma, resta clara a grave e potencial periculosidade adstrita ao comportamento delitivo do Paciente, tendente à perturbação da ordem pública e a integridade física e psicológica da vítima, razão pela qual a prisão cautelar não sinaliza qualquer ilegalidade.

Isto posto, inviável a revogação da prisão preventiva para que o Paciente recorra em liberdade, conforme o pedido da defesa. O crime praticado, além de grave, indica periculosidade do executor, que cumpriu promessa anteriormente realizada de que, "mataria" a vítima, caso fosse condenado (...).

Não há, portanto, qualquer ilegalidade na constrição imposta ao paciente.

Pelo exposto, denego a ordem.

É como voto.

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Com o Relator.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Admitir e denegar a ordem. Unânime.

EMENTA

Habeas corpus. Crime de dispensa irregular de licitação. Interceptação telefônica autorizada judicialmente. Preliminar de não conhecimento do *writ* arguida pelo Ministério Público. Valoração do conjunto probatório. Não caracterização. Mérito. Alegação de nulidade. Crime punido com pena de detenção. Investigação objetivando a apuração de outros delitos. Ausência de outras medidas investigativas prévias e de fundamentação da decisão que deferiu a interceptação. Não ocorrência. Investigação de autoridade com foro especial por prerrogativa de função. Nulidade que não favoreceria ao paciente. Cerceamento de defesa. Ausência de transcrição de todos os diálogos gravados durante a interceptação telefônica. Medida desnecessária. Ordem denegada.

- 1.** A pretensão de anular provas reputadas ilegais pelos impetrantes pode ser deduzida na via do *habeas corpus*, não se confundindo com a valoração das referidas provas, de competência do Juiz *a quo*.
- 2.** Embora o paciente tenha sido denunciado apenas pelo crime de dispensa irregular de licitação, punido com pena de detenção, os documentos carreados aos autos permitem concluir que as investigações tinham como objeto outros delitos, punidos com pena de reclusão, o que justificou o deferimento das interceptações telefônicas, em harmonia com o disposto no inciso III do artigo 2º da Lei 9.296/1996.
- 3.** A alegação dos impetrantes de que a interceptação telefônica foi a primeira medida investigativa não foi demonstrada nos autos, não sendo possível reconhecer a alegada nulidade, mesmo porque o Ministério Público e a Autoridade coatora mencionam a existência de outras providências com o intuito de angariar provas.

4. A decisão que deferiu a interceptação telefônica em relação ao paciente está suficientemente fundamentada nos indícios do seu envolvimento com esquema de desvio de dinheiro público no âmbito da FAP/DF e necessidade da medida, não ficando caracterizada a nulidade aventada pelos impetrantes.
5. Eventual nulidade da interceptação por indícios de envolvimento de autoridades com foro por prerrogativa de função aproveitaria apenas às referidas autoridades, não alcançando as provas dos demais investigados. Além disso, o encontro fortuito de provas que indicam o envolvimento de autoridades com foro especial por prerrogativa de função não torna nula a interceptação.
6. De acordo com a jurisprudência majoritária, não se mostra necessária a degravação de todos os diálogos captados durante a interceptação telefônica, bastando a transcrição dos trechos necessários para esclarecer os fatos em apuração, facultando-se às partes o acesso à gravação integral em mídia própria.
7. Ordem denegada para manter a decisão que rejeitou as teses de nulidade.

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 – Vogal, João Timóteo de Oliveira – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Souza e Avila, em proferir a seguinte decisão: rejeitar as preliminares. Denegar a ordem. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados D. L. S. e D. L. S. J., em favor de L. F. B. S., contra decisão do MM. Juiz de Direito da Terceira Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília, que rejeitou as teses de nulidade referente às provas colhidas durante as interceptações telefônicas, nos autos da ação penal 2012.01.1.138145-5.

Narra o impetrante que o paciente encontra-se denunciado pela suposta prática do delito previsto no artigo 89, *caput*¹, combinado com o artigo 84, § 2º, ambos da Lei 8.666/1993².

Sustenta que a interceptação telefônica autorizada judicialmente é nula, uma vez que a Autoridade Policial e o Ministério Público disfarçaram a existência de um suposto crime de quadrilha, punido com pena de reclusão, para justificar a medida contra os investigados, dentre eles o paciente, sendo que a investigação, de fato, referia-se a apenas um único delito de fraude à licitação, punido com pena de detenção, hipótese não prevista na lei que autoriza a interceptação telefônica. Destaca que a denúncia atribui ao paciente apenas o crime de fraude à licitação, corroborando a alegada burla à Lei 9.296/1996.

Alega também a nulidade das interceptações telefônicas em razão de que a Autoridade Policial, antes de adotar qualquer outra diligência investigativa, solicitou a violação das comunicações telefônicas dos investigados, o que contraria a Lei 9.296/1996, que autoriza a medida apenas se não houver outros meios de prova disponíveis.

Argui a ocorrência de cerceamento de defesa, de violação ao contraditório e de inobservância do artigo 6º da Lei 9.296/1996, em razão da não transcrição de todos os diálogos gravados durante a interceptação telefônica.

Argumenta que o Juízo *a quo*, no curso das investigações, passou a ser incompetente, haja vista o suposto envolvimento de autoridades com foro especial por prerrogativa de função, sendo eles um Secretário de Estado do Distrito Federal, hoje Deputado Distrital, e um Senador da República.

1 “Art. 89. Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

[...]

2 Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

[...]

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Afirma que as interceptações telefônicas também são nulas, em relação ao paciente, por ausência de fundamentação na representação da Autoridade Policial, na manifestação do Ministério Público e na decisão judicial que autorizou a diligência.

Pede o deferimento da liminar, a fim de determinar a suspensão do processo 2012.01.1.138145-5 até o julgamento do *writ* pelo colegiado, destacando que a audiência de instrução e julgamento está designada para o dia 12/12/2013.

No mérito, pede a concessão da ordem de *habeas corpus* para que se determine à autoridade coatora que desentranhe dos autos a prova produzida por meio de interceptação telefônica bem como, por conseguinte, as que dela derivaram.

O pedido de liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 613/615.

As informações foram prestadas às fls. 625/626, acompanhadas dos documentos de fls. 627/684.

A ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Juliana Poggiali Gasparoni e Oliveira, manifestou-se pela não admissibilidade do *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 686/695).

É o relatório.

VOTOS

Des. Roberval Casemiro Belinati (Relator) –

PRELIMINAR

Sustenta a Procuradoria de Justiça que os impetrantes pretendem a valoração do conjunto probatório, o que seria de competência do Juiz *a quo*.

Entretanto, não deve prosperar a arguição do *Parquet*.

Evidenciam os autos que a pretensão deduzida no *writ* é a anulação de provas reputadas ilegais pelos impetrantes, quais sejam, aquelas decorrentes das interceptações telefônicas, o que não corresponde à afirmativa do Ministério

Público de que os impetrantes pretendem a valoração antecipada das provas por órgão incompetente.

Assim, apresentando-se adequada a via do *habeas corpus*, admito a impetração diante da presença dos requisitos legais.

MÉRITO

■ **Nulidade da Intercepção Telefônica – Crime Punido com Pena de Detenção**

Sustentam os impetrantes que a interceptação telefônica é nula, uma vez que a investigação referia-se a apenas um único delito de fraude à licitação, punido com pena de detenção, hipótese não prevista na lei que autoriza a interceptação telefônica.

Dispõe a Lei 9.296/1996, em seu artigo 2º, inciso III, que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando o fato investigado for punido, no máximo, com pena de detenção³.

Contudo, observa-se dos documentos carreados aos autos que as investigações não vislumbravam única e exclusivamente o contrato noticiado pelos impetrantes e apenas a prática de crime punido com detenção.

Os documentos carreados aos autos não deixam dúvidas de que, além do crime de dispensa irregular de licitação (punido com pena de detenção), era investigada a existência de uma organização criminosa que agia na F. A. P. D. F. – FAP/DF, bem

3 Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

como a prática de vários outros delitos como corrupção ativa⁴, corrupção passiva⁵, peculato⁶ e lavagem de dinheiro⁷, todos punidos com pena de reclusão.

O fato de o paciente ter sido denunciado apenas por um delito de dispensa irregular de licitação, por si só, não acarreta a nulidade da prova, uma vez que no momento do deferimento da interceptação telefônica havia a suspeita da prática de outros delitos, além daquele que foi objeto de denúncia.

O Ministério Público, por outro lado, ao ser instado a se manifestar sobre a defesa preliminar, registrou que, embora tenha oferecido denúncia contra o paciente apenas pelo crime de dispensa irregular de licitação, está investigando a prática de outros delitos, já tendo como certo que, ao final da apuração, denunciará os envolvidos, inclusive o paciente, pelo crime de formação de quadrilha, uma vez que já está comprovada a materialidade e há indícios de autoria (fl. 664v.).

4 Corrupção ativa

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12.11.2003).

5 Corrupção passiva

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 10.763, de 12.11.2003).

6 Peculato

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

7 Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012).

Note-se, ainda, que foram atribuídos a corrêus, na denúncia (fls. 627/642), a prática de crime de falsidade ideológica⁸ e de supressão de documento⁹, ambos punidos com pena de reclusão.

Assim, deve ser rejeitada a alegação de nulidade.

■ Nulidade da Interceptação Telefônica – Primeira Medida Investigativa

Sustentam os impetrantes que a Autoridade Policial, antes de adotar qualquer diligência investigativa, postulou a violação das comunicações telefônicas, o que contraria a Lei 9.296/1996.

Entretanto, também não merece acolhida mencionada tese, diante da ausência de prova pré-constituída da alegação.

Com efeito, como destacado na decisão de indeferimento da liminar (fls. 613/615), os documentos carreados aos autos não permitem verificar se outras diligências investigativas foram realizadas pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, porquanto a petição do *habeas corpus* veio acompanhada apenas de cópia dos autos onde foi autorizada a interceptação telefônica. Além disso, ao rejeitar as teses defensivas, o Juiz *a quo* se alicerçou na existência de outras providências investigativas prévias.

Cabe destacar que o *Parquet*, manifestando-se sobre a defesa preliminar do paciente, afirma que documentos juntados nos autos do processo 2012.01.1.138143-9

8 Falsidade ideológica

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

9 Supressão de documento

Art. 305. Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é particular.

comprovam a realização de investigação prévia no âmbito do Ministério Público, inclusive o depoimento de alguns dos envolvidos, o que serviu de subsídio para o pedido de interceptação telefônica (fl. 664).

■ Nulidade da Interceptação Telefônica – Ausência de Fundamentação

A Defesa sustenta que a interceptação telefônica, em relação ao paciente, é nula por ausência de fundamentação.

Todavia, não merece acolhida a alegação dos impetrantes.

Com efeito, a Autoridade Policial relatou o surgimento do nome do paciente durante as investigações, bem como registrou na representação pela interceptação a suspeita do seu envolvimento com esquemas de desvio de dinheiro público, no âmbito da FAP/DF, onde exercia a função de assessor jurídico (fls. 323/335):

"[...] As interceptações demonstraram a necessidade de implementar tal medida em relação ao assessor jurídico da FAP, L. F. B. S., uma vez que há indícios de que ele teve conhecimento pleno das irregularidades cometidas no âmbito do Edital 09, mas até o presente momento, se quedou silente.

Assim, no dia 26/10/2012, às 09:22:34h, H. G. T. em conversa com um indivíduo identificado como A. e em alusão ao Edital 09, alegou que L. S. estaria 'sem coragem para levar a coisa adiante', ou seja, para atender aos reclamos dos investigados. Malgrado tal constatação, L. vem sendo assediado pelos integrantes da organização criminosa, notadamente a pessoa de H. T. para, nas palavras deste, 'abrir o jogo' ao novo Presidente da FAP, pois 'não dá para esconder aquele esquema ali'. Neste diálogo, H. T. deixa claro que houve irregularidades na seleção de bolsistas, levada a efeito pela investigada V. L., a mando do então Presidente R. C. R.

Nesse sentido, a interceptação do prefixo telefônico de A. A. M. se faz necessária, ante as evidências existentes no diálogo entre o investigado M. e o advogado C., ocorrido no dia 31/10/2012, às 13:02:16h, conforme fls. 02/04. Nele, A. M. é citado como um eventual colaborador do grupo criminoso e aliado a R. C.

Os investigadores da SI, em análise ao material produzido nos períodos das interceptações, observaram que no dia 25/10/2012, às 11:34:32h, A. oferece a R. uma vaga na Junta Comercial, bem como entabulam nomeações sob o manto do apadrinhamento político (fls. 04/05).

Pelo exposto, conclui-se que os investigados C., W., P. S., L. B. e A. M. são ligados a um grupo político responsável por articular, em tese, esquemas de desvio de dinheiro público, em prejuízo ao erário do Distrito Federal [...]”.

Referida representação foi acolhida pela Autoridade Judicial de primeiro grau, que em razão dos indícios de participação do paciente no grupo e de que se beneficiava das práticas ilícitas, deferiu a interceptação das ligações telefônicas realizadas pelo paciente:

“[...] A partir do aprofundamento das investigações, descobre-se que outras participam dos fatos e, desta vez, surgem os nomes de A. M. e L. S. Se não bastasse, novos envolvimento de pessoas monitoradas deixam vislumbrar que a atuação não seria pontual, havendo disputa interna em face do não atendimento de interesses. Mantém-se, pois, o interesse em continuar a interceptação dos terminais de W., C. e P. S..

Logicamente, como pontuado pela autoridade policial, a atuação não seria gratuita, mas pautada na obtenção de dinheiro público, direta ou indiretamente. Noticia-se também o favorecimento a empresas terceirizadas, indicando que a ramificação dos favorecidos e envolvidos não se resumiria às pessoas identificadas.

Percebe-se, ainda, que a autoridade policial vem selecionando os terminais que devem ser monitorados, reduzindo os terminais outrora monitorados e centrando, neste momento, a investigação, em setores que necessitam de maior aprofundamento.

A interceptação telefônica anteriormente deferida permitiu identificar vários diálogos em que os interceptados mencionam fatos criminosos envolvendo a fundação em comento. Neste passo, há necessidade de prorrogação das medidas para melhor apurar os fatos, assim como o monitoramento dos novos nomes descobertos na investigação, porquanto em tese também fazem parte

do grupo, ou de parte dele, beneficiando-se das práticas ilícitas até então noticiadas [...]” (fl. 440).

Cabe destacar que a jurisprudência admite a adoção de fundamentação sucinta, hipótese que não se confunde com a ausência de fundamentação. Confira-se:

“[...] 4. As decisões que deferiram as interceptações telefônicas, embora sucintas, foram fundamentadas dentro do contexto probatório contido nos autos, preservando a coerência que se espera de toda decisão judicial. Após investigações preliminares, o Juízo singular, atento à experiência comum (presumptiones hominis) de como geralmente atuam organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas e também aos razoáveis indícios de autoria delitiva trazidos pela autoridade policial, consignou a imprescindibilidade da medida para a apuração do crime, assim satisfazendo as exigências contidas no art. 93, inciso IX, da Constituição da República [...]” (HC 200.138/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013).

“[...] 2. Decisão que autoriza interceptação telefônica redigida de forma sucinta, mas que se reporta ao preenchimento dos requisitos dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 9.296/1996 e ao conteúdo da representação policial na qual os elementos probatórios existentes contra os investigados estavam relacionados. Desfecho das interceptações que confirma a fundada suspeita que as motivou, tendo sido apreendidas drogas e revelada a existência de grupo criminoso envolvido na atividade ilícita. Invalidez patente não reconhecida [...]” (HC 103817, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 28-05-2012 PUBLIC 29-05-2012).

“[...] INDIGITADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO JUDICIAL QUE AUTORIZOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 5º DA LEI 9.296/1996. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. No tocante à alegada ausência de fundamentação da decisão que permitiu a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do paciente, também não se constata a ocorrência de qualquer constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte Superior de Justiça, porquanto não se vislumbra o caráter genérico

do julgado, tampouco a ausência de motivação por parte do magistrado que decretou a medida.

2. Embora sucinta, a decisão do Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas reportou-se à representação da Polícia Federal – na qual se justificou o pedido de monitoramento telefônico do paciente ao argumento de que estaria envolvido no recebimento do dinheiro oriundo do esquema de fraude em licitação que estava sendo investigado –, consignando que não estariam presentes quaisquer das vedações constantes do artigo 2º da Lei 9.296/1996, além de a medida ser necessária para a obtenção de provas e continuidade das averiguações [...]” (HC 123.285/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 25/04/2011).

Nesses termos, não há que se falar em ausência de fundamentação da decisão que autorizou a interceptação telefônica em relação ao paciente, impondo-se a rejeição da tese.

Nulidade da Interceptação Telefônica – Investigação de Autoridades com Prerrogativa de Foro

Relativamente à alegação de que durante a investigação surgiram indícios de envolvimento de autoridades com foro especial por prerrogativa de função, observa-se que a argumentação dos impetrantes não guarda vínculo com a pretensão deduzida no *writ*, qual seja, o reconhecimento da nulidade da prova, uma vez que eventual irregularidade não alcançaria as provas desfavoráveis ao paciente, mas apenas aquelas envolvendo a autoridade com foro especial.

Ademais, conforme ensina o Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹⁰, do Supremo Tribunal Federal, o encontro fortuito de provas que indicam a participação de pessoas que gozariam de prerrogativa de foro não anula as provas decorrentes da interceptação telefônica, se o magistrado que deferiu a violação do sigilo era competente para determiná-la, de acordo com os crimes e com os investigados à época da decisão:

10 Mendes, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 611/612.

Na interceptação telefônica, pode verificar-se, fortuitamente, a identificação de outras práticas criminosas que não eram objetos da investigação original, constatação de fatos que, em razão da matéria, seriam de competência de outro juiz, ou a participação de pessoas que gozariam de prerrogativa de foro.

Em determinados casos, o encontro fortuito desses elementos será fundamental para definir ou afirmar a competência de determinado órgão judicial. De resto, questão relativa á competência para determinar a interceptação telefônica tem como ponto de partida o crime suspeitado, o que pode resultar num quadro de incompetência superveniente por ocasião da conclusão das investigações.

Quanto à competência do juiz para a interceptação telefônica, asseverou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 81.260, que "não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas."

Além disso, a decisão de fl. 607 indica que no processo 2013.01.1.007546-9, em que se vislumbrou o envolvimento de autoridade com foro especial por prerrogativa de função, o juízo *a quo* declinou da competência em favor do Conselho Especial desta Corte de Justiça.

Portanto, não deve prosperar a arguição de nulidade.

Cerceamento de Defesa – Ausência de Transcrição de Todos os Diálogos

■ Gravados Durante a Interceptação Telefônica

Os impetrantes alegam a ocorrência de cerceamento de defesa, de violação ao contraditório e de inobservância do artigo 6º da Lei 9.296/1996, em razão da não transcrição de todos os diálogos gravados durante a interceptação telefônica.

Contudo, de acordo com a jurisprudência majoritária sobre o tema, não há necessidade da transcrição integral dos diálogos captados no curso da

interceptação telefônica, bastando em relação aos trechos necessários para esclarecer os fatos em apuração.

Nesse sentido:

"[...] Prevalece a tese de que "o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub iudice." (STF. Inq 2.424/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. CEZAR PELUSO. DJe de 25/03/2010). No caso concreto, as escutas telefônicas compreendem período de aproximadamente seis meses. Foram denunciados 25 (vinte e cinco) réus. Há dezenas de interlocutores. Sequer se torna factível em tempo compatível com a duração razoável do processo a transcrição integral, que, repita-se é desnecessária. Assim, é bastante o acesso, tal como deferido, à totalidade da mídia. Ordem denegada.[...]" (Acórdão 662563, HBC 20130020048259, Relator: MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 14/03/2013, Publicado no DJE: 25/03/2013. Pág.: 324).

"[...] 3. A jurisprudência é no sentido de ser dispensável a degravação da interceptação telefônica, bastando o relatório policial com a explicação dos diálogos, inexistindo nulidade [...]"(Acórdão 557394, APR 20110110053103, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/11/2011, Publicado no DJE: 13/01/2012. Pág.: 140).

"[...] 4. A decisão judicial que autorizou a interceptação, por sua vez, segundo afirmado pelas instâncias ordinárias, está devidamente fundamentada, tendo sido validamente formalizada. As subsequentes prorrogações estão em consonância com o magistério jurisprudencial da Suprema Corte, consolidado no sentido da "possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem" (HC 102.601/MS, Primeira Turma, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 3/11/11). 5. Igualmente dispensável, na espécie, prévia instauração de inquérito para a autorização de interceptação e a respectiva transcrição da integralidade dos diálogos interceptados. Precedentes. [...]" (RHC 117467, Relator(a):

Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013) – grifo nosso.

“[...] INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA (Código Penal art. 317, § 1º). DENÚNCIA APTA. JUSTA CAUSA DEMONSTRADA. FATOS TÍPICOS EM TESE DESCRITOS. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. A utilização de prova emprestada legalmente produzida em outro processo de natureza criminal não ofende os princípios constitucionais do processo. 2. O amplo acesso à totalidade dos áudios captados realiza o princípio da ampla defesa. De posse da totalidade das escutas, o investigado não possui direito subjetivo à transcrição, pela Justiça, de todas as conversas interceptadas. Não há ofensa ao princípio da ampla defesa. Precedentes desta Corte. [...]” (Inq 2774, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-01 PP-00016).

“[...] ILEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL AUTORIZANDO A MEDIDA. FALTA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS MONITORADOS. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EIVA NÃO VERIFICADA.

[...]

4. Por outro lado, tanto este Sodalício quanto o Pretório Excelso entendem ser desnecessária a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, bastando que seja franqueado às partes acesso aos diálogos interceptados [...]” (HC 254.249/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).

[...]

8. Não configura cerceamento de defesa a falta de degravação de todas as conversas interceptadas, que é complementemente despicienda, especialmente se os diálogos em nada se referem aos fatos investigados. “O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja

relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub iudice.” (Inq 2.424/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, DJe de 25/03/2010).

9. Posterior declinação de competência para Vara Federal Criminal especializada não tem o condão de invalidar a prova colhida mediante interceptação telefônica, deferida por Autoridade Judicial competente até então, de maneira fundamentada e em observância às exigências legais.

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC 228.860/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 10/10/2013)

Destaque-se que o MM. Juiz *a quo* assegurou à Defesa o acesso a toda a prova decorrente da interceptação telefônica, conforme trecho da decisão de fls. 669/673:

“[...] Restou assegurado às defesas o acesso a todo acervo probatório produzido nos procedimentos alusivos às quebras de sigilo, seja por meio material, seja pelos CDs, o que foi ratificado através do despacho de fl. 845. Além do mais, é desnecessária a transcrição de diálogos [...]”

Portanto, a ausência de degravação integral dos diálogos não caracteriza o alegado cerceamento de Defesa.

Diante do exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) – Com o Relator.

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Rejeitar as preliminares. Denegar a ordem. Unânime.

MANDADO DE SEGURANÇA

2013002024879-6

Relator – Des. Jair Soares

Conselho Especial

EMENTA

Administrativo. Concurso público. Reposicionamento no final da lista de classificação.

A LC 840/11, ao assegurar que o candidato aprovado em concurso público pode requerer o reposicionamento para o final da lista, não limita a quantidade de vezes que esse pode requerer (art. 13, § 2º). E, onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Jair Soares – Relator, Mário-Zam Belmiro, George Lopes Leite, Waldir Leôncio Lopes Júnior, Luciano Moreira Vasconcellos, Nilsoni de Freitas, Otávio Augusto, Getúlio de Moraes Oliveira, Romão C. Oliveira, Mario Machado, Lecir Manoel da Luz, Romeu Gonzaga Neiva, Sandra De Santis e Flavio Rostirola – Vogais, sob a presidência do Desembargador Sérgio Bittencourt, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. por maioria, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 7 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

M.R.D. impetrou mandado de segurança em face de atos praticados pelo Governador do Distrito Federal e pelo Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Disse que, aprovada em concurso público para o cargo de médica da Secretaria de Saúde do DF, nomeada, pediu reposicionamento para o final da lista de classificação. Foi atendida. Mais uma vez nomeada, pediu novo reposicionamento, que foi indeferido.

Aduziu que, feita uma terceira nomeação, foi-lhe enviado telegrama para tomar posse. O ato, no entanto, foi tornado sem efeito.

Alega que não há limitação legal à quantidade de vezes que o candidato pode requerer o final de lista de classificação dos aprovados para tomar posse.

E ilegal e contrário ao interesse público o ato que tornou sem efeito a última nomeação.

Liminar deferida para suspender os efeitos do ato praticado, que tornou sem efeito a derradeira nomeação da impetrante (fls. 57/9).

Informações prestadas (fls. 68/73). Parecer da d. Procuradora de Justiça pela concessão da ordem (fls. 76/84).

VOTOS

Des. Jair Soares (Relator) – Ao deferir a liminar, consignei que a competência para processar e julgar o mandado de segurança quanto ao ato que indeferiu o pedido de reposicionamento da impetrante, praticado pela Subsecretária de Gestão do Trabalho e Educação em Saúde, era de uma das Varas da Fazenda Pública do DF.

Ocorre que, com o mandado de segurança, pretende a impetrante a anulação do ato que tornou sem efeito sua nomeação para cargo em que aprovada por concurso público. Para tanto, a impetrante impugna ato que indeferiu pedido de reposicionamento no final da fila de classificação.

Não obstante o pedido de reposicionamento tenha sido indeferido pela Subsecretária de Gestão do Trabalho e Educação em Saúde, a autoridade competente para nomear servidores públicos da Administração Pública direta é o Governador do Distrito Federal. E, assim, a competência é do Conselho Especial desta Corte.

A impetrante, aprovada em concurso para o cargo de médica da Secretaria de Saúde do DF na 21ª colocação, foi nomeada em 9.1.2013 (fls. 34/6). Como ainda não preenchia os requisitos para assumir o cargo, pediu reposicionamento para o final da lista de classificação, pedido deferido.

Novamente nomeada em 9.9.2013, uma vez mais pediu reposicionamento. Desta feita, o pedido foi indeferido (fls. 37 e 39).

No entanto, mais uma nomeação foi feita, em 26.9.2013, na qual constou novamente o nome da impetrante. E foi-lhe encaminhado telegrama, informando que dispunha de 30 dias para tomar posse, a contar da nomeação (fls. 46/7).

Ocorre que, em 11.10.2013, a derradeira nomeação, realizada no dia 26.9.2013, foi tornada sem efeito, pelo fato de ter ocorrido erro no envio para publicação e por já ter sido publicada anteriormente (fl. 51).

A LC 840/11 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Distrito Federal – estabelece que “o candidato aprovado em concurso público, no prazo de cinco dias contados da publicação do ato de nomeação, pode solicitar seu reposicionamento para o final da lista de classificação” (art. 13, § 2º).

E o edital do concurso dispôs:

De acordo com o § 2º do artigo 13, da Lei Complementar 840, de 23 de dezembro de 2011, o candidato poderá solicitar seu reposicionamento para o final da lista de classificação, no prazo de cinco dias contados da publicação do ato de sua nomeação.

O candidato reposicionado no final da lista de classificação comporá o final do cadastro-reserva de sua respectiva especialidade, conforme subitens 1.3 e 1.3.1 deste edital. (itens 11.9 e 11.9.1 – f. 25).

A lei não limita a quantidade de vezes que o candidato pode pedir reposicionamento no final da lista de classificação. E, onde a lei não restringe, não cabe à Administração restringir.

Ademais, o reposicionamento do candidato não prejudica a posição dos demais aprovados, nem causa qualquer prejuízo à Administração.

Nesse sentido o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE MÉDICO DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL. ESPECIALIDADE DE ANESTESIOLOGIA. CANDIDATO QUE NÃO CONCLUIU O CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO POR OCASIÃO DA NOMEAÇÃO. DECISÃO QUE ASSEGURA QUE O NOME DO CANDIDATO SEJA REPOSICIONADO PARA O FINAL DA LISTA DOS APROVADOS COMO INCLUSO NO CADASTRO RESERVA.

1. Se o candidato não possui os requisitos prescritos, em relação aos quais tomou ciência e se vinculou, premissa esta inafastável, não há como criar situação de exceção, sem lastro jurídico, consistente na prorrogação do ato da posse e exercício do cargo para quando da satisfação do requisito da especialização.

2. Entretanto, viável e razoável o propósito de reposicionamento do nome do candidato para o final da lista dos aprovados, pois não viola direito de terceiros e nem exige ônus algum para a Administração, com preservação da finalidade dos serviços públicos. E, ao passar a integrar o cadastro de reserva, poderá ser aproveitado, futuramente, pelo menos em cogitação hipotética, segundo juízo discricionário conferido, quanto aos motivos de conveniência e oportunidade.

3. Remessa oficial improvida. (Acórdão 631959, 20110111670932RMO, Relator: Arnaldo Camanho de Assis, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/10/2012, Publicado no DJE: 16/11/2012. Pág.: 120).

O segundo pedido de reposicionamento feito pela impetrante foi indeferido ao fundamento de que “a candidata teve a sua primeira nomeação publicada em 09/01/2013 e somente em 12/09/2013 solicitou reposicionamento para o final de lista de classificação” (f. 39).

O indeferimento baseou-se no parecer emitido pela Gerência de Regulação do Trabalho, procedimentos judiciais e normativos – GERT. O parecer, que não é claro quanto ao motivo do indeferimento, consignou:

Em análise ao enunciado normativo ora citado, verifica-se a obrigatoriedade da observância do prazo limite para a solicitação, qual seja, de cinco dias, fora dos quais surge a impossibilidade da concessão de reposicionamento.

Destaca-se que a requerente, ao ser nomeada em 09/01/2013, seguiu o procedimento correto, ao solicitar de forma tempestiva o reposicionamento para o final da fila, razão pela qual foi reposicionada conforme pleiteado.

Ocorre que, conforme esclarecimentos prestados pela Gerência de Planejamento, Seleção e Provimento (GEPSP/DIPDEMA/SUGETES/SES), a candidata fora nomeada novamente em 09/09/2013, vindo a solicitar um novo reposicionamento.

Ante ao exposto, esta Gerência pugna pelo indeferimento do pedido de M.R.D., por ausência de amparo legal, não se vislumbrando possibilidade outra de realocação da candidata para o final da fila. (f. 43).

Ocorre que o pedido de reposicionamento, feito pela impetrante em 12.9.13, referiu-se à segunda nomeação, ocorrida em 9.9.13, e não à primeira, de 9.1.13. Realizado, portanto, no prazo de cinco dias previsto no § 2º da LC 840/11.

Illegal, assim, o ato que indeferiu o segundo pedido de reposicionamento feito pela impetrante, vez que baseado em premissa equivocada, qual seja, a intempestividade do pedido.

A par dessa ilegalidade, após a impetrante solicitar o reposicionamento, mas antes que fosse indeferido, sobreveio terceira nomeação, em 26.9.2013, seguida da informação pessoal da impetrante para tomar posse em trinta dias (fls. 46/7).

A Administração, no entanto, tornou sem efeito a nomeação, em 11.10.2013, "por erro no envio para publicação e por já terem sido publicadas, as nomeações contidas no Decreto publicado no DODF 200, de 26 de setembro de 2013 (...)" (f. 51).

Embora possa a Administração rever seus atos, quando praticados por erro, a verdade é que, ao publicar nova nomeação da impetrante e encaminhar-lhe telegrama com informações adicionais sobre a nomeação, a Administração criou a expectativa de que a impetrante poderia se valer do prazo de 30 dias para tomar posse, a partir dessa nova nomeação. Haveria, assim, tempo para terminar o curso de graduação, com data prevista para 22.10.13.

Saliente-se que a terceira nomeação ocorreu enquanto a impetrante ainda aguardava resposta da Administração sobre o pedido de reposicionamento que havia feito. Notificada do indeferimento, em 3.10.13, confiante na derradeira nomeação, não recorreu administrativamente. E, em 11.10.13 foi surpreendida com o ato que tornou sem efeito a última nomeação.

Os princípios da confiança e da segurança jurídica impõem que os atos da Administração Pública sejam previsíveis, regulares e que garantam a estabilidade das relações jurídicas por eles criadas.

Não é permitido à Administração frustrar a confiança legítima que tenha gerado no administrado.

Nada justifica, pois, tratando-se de candidata regularmente aprovada em concurso público, a recusa de novo reposicionamento.

Concedo a ordem, declaro nulo o ato que tornou sem efeito a nomeação da impetrante.

Sem custas e sem honorários.

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

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Acompanhamento o Relator, Senhor Presidente.

Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior (Vogal) – Acompanhamento o eminente Relator, Senhor Presidente.

Des. Luciano Moreira Vasconcellos (Vogal) – Acompanhamento o Relator, Senhor Presidente.

Desa. Nilsoni de Freitas (Vogal) – Acompanhamento o Relator.

Des. Otávio Augusto (Vogal) – Senhor Presidente, pelo que pude perceber, nomeada para o cargo de médica em 9/1/13, a impetrante fez por solicitar reposicionamento para o final da lista de classificação e isso deve ter sido deferido à consideração de que, em 9/9/13, ocorreu uma segunda nomeação, cerca, portanto, de 8 (oito) meses após aquele primeiro pedido de reposicionamento.

Nesta oportunidade, requereu novamente reposicionamento, que veio a ser indeferido e, a meu sentir, indeferido com razão, porque não cabe e não é direito

da impetrante ficar indefinidamente reiterando pedido de reposicionamento, pois ela já foi reposicionada. Na verdade, o que se vislumbra, na hipótese, é que ela não possuía os devidos registros para fins de posse e o reposicionamento foi uma mera atuação repetitiva para, com o tempo, adquirir aqueles mesmos predicados que o edital de convocação determinava e, assim, conseguir lograr a pretendida posse.

Ora, o fato é que a Administração, não obstante tenha indeferido novo pedido de reposicionamento, fez publicar, mais uma vez e de forma equivocada, um novo ato de nomeação, repita-se, de forma equivocada, porque o pedido anterior de reposicionamento havia sido indeferido. De forma que essa terceira nomeação, ao ser tornada sem efeito, a Administração simplesmente atuou nos limites que lhe eram permitidos, já que não deveria ter sido realizada, e se foi realizada foi exatamente contrariando o posicionamento do indeferimento anterior.

Nessa conformidade, entende-se que nenhum direito líquido e certo assistiria à impetrante, mesmo porque a Administração pode, a qualquer momento, rever o seu posicionamento, mormente quando eivado de ilegalidade, tal como ocorreu no momento da terceira nomeação ao cargo público. Realmente entendo que direito líquido e certo não assiste à impetrante e, de mais a mais, não me parece que este procedimento de reiteradamente ir solicitando novos reposicionamentos até que venha a obter aquilo que não tinha quando a Administração determinou a posse, não me parece que seja moral, pelo contrário, é uma forma de burlar a lei, já que a candidata, sem o comprometimento com as exigências da posse, não poderia efetivamente ser empossada, e a Administração, nesse caso, tem todo o direito de ela mesma determinar o momento da posse, que não fica ao alvedrio da mesma candidata.

Com essas breves e singelas considerações, pedindo vênias ao eminente Relator, denego a ordem.

Custas *ex legis*.

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Vogal) – O tema possui alguns aspectos interessantes.

A leitura simples tanto da Lei 8.112/90 quanto da Lei 8.840 dá a entender que essa outorga à conveniência do nomeado se deveria dar uma única vez. Porém o Desembargador Jair Soares fundamentou o seu voto sob a seguinte ótica: Não há

na lei que outorga o direito uma limitação dizendo uma única vez. O legislador poderia ter dito: O candidato aprovado em concurso público, no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação do ato de nomeação, pode solicitar, por uma única vez, o seu reposicionamento para o final da lista, mas não consta.

Vejo algumas dificuldades, e uma delas o Desembargador Otávio Augusto já apontou.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Desembargador Getúlio Moraes Oliveira, V. Exa. me permite um aparte?

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Vogal) – Com a maior satisfação, Excelência.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Observem os eminentes Pares que final de lista só existe um. Quando ela pediu para entrar no final da lista, e foi deferido, não há uma segunda hipótese de ir para o final da lista, porque ela, na hora em que foi nomeada, era a única.

Des. Mario Machado (Vogal) – Desembargador Romão C. Oliveira, pelas informações dos autos, outros 50 candidatos foram nomeados. Então, havia uma lista de reserva maior. É que ela foi nomeada, em um primeiro momento, porque a Administração chamou um número menor de candidatos, e aí ela pediu para ir para o final da fila, que era maior do que aqueles candidatos chamados.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Quando ela foi nomeada, agora, ela era a última, porque ela estava no final da fila.

Des. Mario Machado (Vogal) – Penso que não, porque se, depois, na terceira nomeação, foram nomeados os 4 candidatos que haviam sido nomeados, mais 50 candidatos, ela não era a última, havia mais 50 candidatos. Na segunda nomeação foram chamados apenas 4 candidatos e nenhum desses 4 tomou posse. Veio uma terceira nomeação e foram nomeados 54 candidatos. Então, na segunda nomeação, quando ela pediu para ir para o final da fila, ela iria para trás desses 50 candidatos.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – E desse aí, se me permite, digo que houve preclusão, porque ela não recorreu da decisão que indeferiu.

Agradeço ao Desembargador Getúlio Moraes Oliveira.

Des. Jair Soares (Relator) – Continuo ainda com as dúvidas que tinha quanto à colação de grau, mas há declaração, nos autos, da faculdade em que ela estudava, Escola Superior de Ciências da Saúde do Distrito Federal, que diz o seguinte:

Declaramos que M.R.D., matrícula tal, é aluna regularmente matriculada no 6º ano do curso de Graduação em Medicina da Escola Superior de Ciências da Saúde.

Des. Otávio Augusto (Vogal) – Aí vem o porquê desse reposicionamento que se está a querer sacramentar.

Des. Jair Soares (Relator) – Desembargador Otávio Augusto, só concluindo: A aluna é provável formanda, com data de colação de grau de médica então prevista para 22 de outubro de 2013. A data da declaração é 4/10/2013.

Acredito que ela concluiu. Na narração, feita na inicial, confusa, diz-se que “com tais razões, requer a impetrante o provimento liminar para ter o seu pedido de reposicionamento no final da fila de classificação deferido e, portanto, utilizar o dia 26 de setembro de 2013 como data de nomeação efetiva, eis que foi o dia em que convocaram os últimos candidatos.”

Estão sendo convidados médicos de outros países para aqui trabalhar com o argumento de carência de médicos. Não se compreende a resistência em nomear a impetrante, candidata aprovada em concurso público em 21º lugar.

Não se justifica os obstáculos que estão sendo colocados. Se fosse ilegal, não concederia a segurança. Não o é. Não vislumbro a ilegalidade vislumbrada pela divergência.

Des. Otávio Augusto (Vogal) – Meu ilustre colega, pelo que consta, quando ela se inscreveu, sequer possuía habilitação legal para tal. Ela ficou protelando, tanto que, se tivesse, ela teria tomado posse imediatamente, mas ela ficou protelando no tempo.

Des. Jair Soares (Relator) – Desembargador Otávio Augusto, se V. Exa. me permite, o edital previa que ela poderia pedir final da lista, e ela pediu e foi deferido. No momento da posse é que era exigido o diploma.

E este Conselho já decidiu, por maioria, em caso envolvendo candidato aprovado em concurso para o cargo de juiz, em que prevaleceu a tese de que a comprovação dos requisitos exigidos deve ser feita no momento da posse.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Se V. Exa. me permite, declaração não é certificado nem diplomação. Não há prova nos autos de que ela tenha sequer formado no curso superior. A declaração não tem valor legal como instrumento de formação de médico, somente o certificado registrado. Aliás, a exigência do edital dispõe: certificado ou diploma.

Des. Jair Soares (Relator) – Desembargador Flavio Rostirola, isso não está em discussão. A discussão é outra – final de lista, e não se ela preenche os demais requisitos exigidos.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) – Desembargador Jair Soares, pelo que entendi, V. Exa. está determinando no seu douto voto que ela seja empossada?

Des. Jair Soares (Relator) – Concedo a ordem e declaro nulo o ato que tornou sem efeito a nomeação da impetrante.

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Vogal) – Agradeço os apartes esclarecedores.

A objeção que foi levantada pelo Desembargador Romão C. Oliveira é muito séria, mas hoje temos um cadastro dinâmico, chamado de cadastro-reserva, a lei diz o seguinte: O candidato reposicionado no final da lista de classificação comporá o final do cadastro-reserva de sua respectiva especialidade.

Então, esse cadastro não é fixo, é dinâmico. Hoje se tem quase que sacramentado o direito de candidatos serem nomeados caso surjam vagas e o concurso ainda esteja no prazo de validade. Esse cadastro pode ter sido alterado, de modo que não há uma objeção matemática, dizendo que, se já foi para o final da lista, acabou.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Desembargador Getúlio Moraes Oliveira, V. Exa. me permite um aparte mais uma vez?

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Vogal) – Com muito prazer, Desembargador Romão C. Oliveira.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Haveria direito líquido e certo se eu digo que pode ser alterado? Posso dizer que existe direito líquido e certo nesta situação hipotética? Se V. Exa. me afirmar isso, ficarei mais tranquilo para proferir meu voto.

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Vogal) – Creio que competiria à Administração trazer essa informação neste mandado de segurança. Se não trouxe, é porque o cadastro existe e é dinâmico. Ele anda, acrescenta e subtrai pessoas.

Des. Mario Machado (Vogal) – Se os Desembargadores Getúlio Moraes Oliveira e Romão C. Oliveira me permitirem, há uma informação importante, que consta do pronunciamento do Ministério Público. À fl. 37 está a evidência de que a segunda nomeação da impetrante foi feita junta com outros 4 candidatos. Já no dia 26 de setembro de 2013, ela e esses outros 4 candidatos foram nomeados novamente, juntamente com os demais candidatos, mais de 50 candidatos que haviam pedido fim de fila. Essa prova está à fl. 46.

Então, isso evidencia o dinamismo desse cadastro.

Agradeço.

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Vogal) – E, com relação aos fundamentos do voto do Desembargador Otávio Augusto, se me permite dizer, quando a lei diz “requisitos ao tempo da posse”, no momento da posse, esses requisitos não podem ser averiguados antecipadamente, e sim no momento da posse. Se a lei garante que o candidato protele a posse, significa que ele pode apresentar esses requisitos no momento da posse.

Então, não se poderia, ampliar uma restrição ao direito para dizer que se pode pedir desde que se preencha os requisitos na data do pedido, o que também não consta na lei.

A única objeção que eu veria era a questão da validade do concurso, porque o candidato pode manobrar com esse cadastro reserva e até ultrapassar a validade do concurso, o que não é o caso, conforme informado pelo eminente Relator.

Com essas considerações e incorporando ao meu voto os apartes que foram concedidos e pronunciados pelos Desembargadores que votam nesse mesmo sentido, acompanho o eminente Relator.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Senhor Presidente, comungo inteiramente do pronunciamento constante do voto do eminente Desembargador Otávio Augusto.

A meu sentir, final da fila, reposicionamento para a última colocação, nos termos da Lei de Regência, não resta dúvida, a candidata fez requerimento e obteve deferimento. Estava no final da fila, foi nomeada mais uma vez. Por certo nomearam todos até atingir o nome dela, e ela não atendeu, pediu mais uma vez reposicionamento para o final da fila. Aí, a lógica me diz que o final da fila para o último não existe mais, ele tem apresentar documentação naquele momento. Esse pedido não foi atendido. A Administração disse que o indeferia, porque o pleito já havia sido deferido anteriormente, para o final da fila, repita-se, para que não se tenha dúvidas de que a candidata estaria sendo sacrificada. Ela poderia ter recorrido dessa decisão para a tese jurídica que quer desenvolver de que a lei não estipula esse pedido como sendo único. Eu responderia que o legislador teria sido redundante se autorizou a ida para o final da fila e depois dissesse que só pode ser feito uma vez, porque o final da fila, por si só, já dita a posição onde ela estava. Já foi nomeada, não há mais fila alguma. O final da fila é para quem está no primeiro lugar, no segundo, no terceiro, no quarto. Quem é o último nunca pode fazer esse pedido. Se ele é o último, então ele tem de atender a um outro requisito, que é o de apresentar documentação no ato de chamada para a posse.

Tenho bastante dificuldade, portanto, de conceder essa segurança, pelo menos sob esse ângulo.

No outro ângulo, a Administração tem de prestigiar a segurança jurídica. Não poderia desfazer o ato? Ora, a Administração praticou um ato de nomeação de candidato inexistente. A candidata não existia, porque há oito meses foi dada uma decisão dizendo que não havia mais final de fila para ela. O que acontece com esse quadro? Precluiu, e ela não discutiu. Se ela tivesse aberto discussão, não haveria preclusão.

Des. Jair Soares (Relator) – Desembargador Romão C. Oliveira, lamentavelmente, não coloquei isso no relatório. Parece-me que está havendo equívoco. Ela foi para o final da lista e depois recebeu telegrama, informando que deveria tomar posse até determinada data. Ocorre que, depois, foi tornado sem efeito o ato de nomeação.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Primeiro, deve-se passar pela segunda oportunidade. Ela pediu final de fila uma segunda vez e a Administração negou. Esse é o obstáculo, a meu ver, quase intransponível, nos meus parcos conhecimentos jurídicos. Houve preclusão.

Des. Mario Machado (Vogal) – Mas essa preclusão, Desembargador Romão C. Oliveira, está muito duvidosa, porque essa segunda nomeação foi no dia 9 de setembro, cinco dias para pedir o reposicionamento – nove e cinco, quatorze. No dia 26 de setembro, ela foi nomeada uma terceira vez, e não consta que ela tenha sido intimada da decisão do indeferimento do segundo pedido de reposicionamento antes da terceira nomeação. Ela foi tomar posse, não tinha que recorrer mais. E mesmo que não tivesse recorrido, o certo é que não se pode excluir do Poder Judiciário apreciação de qualquer ato.

Des. Jair Soares (Relator) – A informação é de 3 de outubro.

Des. Mario Machado (Vogal) – Foi depois da terceira nomeação, no dia 26 de setembro.

Des. Jair Soares (Relator) – Ela não foi comunicada. Pelo menos não consta nos autos.

Des. Mario Machado (Vogal) – Ela justifica aqui, segundo consta do pronunciamento do Ministério Público, que não recorreu porque recebeu antes a notícia da terceira nomeação. E aí ela queria tomar posse.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Concluindo, Senhor Presidente, denego a ordem, adotando como razões de decidir o que consta do voto do eminente Desembargador Otávio Augusto.

Des. Mario Machado (Vogal) – Peço vênia à douda divergência para acompanhar o voto do eminente Relator, Senhor Presidente.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) – Senhor Presidente, também peço respeitosa vênia para acompanhar o eminente Relator.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) – Senhor Presidente, desde o início tive certa dificuldade, porquanto a impetrante não se insurgiu quanto ao indeferimento do segundo pedido de reposicionamento. Restaria a esclarecer apenas se a impetra-

ção deste mandado de segurança estaria dentro do prazo de 120 dias a contar desse indeferimento. Se isso acontecer, penso que poderíamos, por meio da petição inicial, discutir a legalidade do indeferimento do segundo pedido de reposicionamento, aproveitando o mandado de segurança, porque, na verdade, são dois pedidos.

Des. Getúlio de Moraes Oliveira (Vogal) – A Administração fez uma revisão desse indeferimento e nomeou-a pela terceira vez.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) – E depois anulou. A revisão que V. Exa. afirma deixou de existir a partir do momento em que anulou-se o ato da terceira nomeação. Então, não houve revisão. Manteve-se o indeferimento subsequente à segunda nomeação, de cujo indeferimento não houve qualquer recurso por parte da candidata.

Des. Mario Machado (Vogal) – Não houve porque ela recebeu a notícia do indeferimento depois de ter recebido a notícia da terceira nomeação. Então, ela disse: “Agora quero tomar posse, não preciso recorrer.”

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) – Não tenho essa informação aqui, V. Exa. está afirmando...

Des. Mario Machado (Vogal) – O Desembargador Jair Soares acabou de dizer que no dia 3 de outubro veio esse ato.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) – O Desembargador Jair Soares afirma que a impetração se deu no mês de outubro.

Des. Jair Soares (Relator) – No dia 15 de outubro de 2013. E ela recebeu a comunicação para tomar posse em setembro de 2013.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) – E o ato indeferitório é no mês de setembro também. Então, parece-me que a higidez desse ato de deferimento do reposicionamento pela segunda vez pode ser, sim, enfrentado e discutido neste mandado de segurança, porque estaria dentro do prazo. E, pelo que vejo do parecer ministerial, embora como já afirmado pelo eminente Relator, de forma até confusa, esse pedido é feito, porque o Ministério Público diz no seu parecer que há duas impetrantes, que o ato que indeferiu o seu reposicionamento é ilegal, porque não há

qualquer limitação à quantidade de vezes etc. Ou seja, ela pede que enfrentemos essa questão. Entendo que há um consenso de que, se a lei não impõe limite para o pedido, este pode ser feito por mais de uma vez.

Logo, embora não tenha exercitado o recurso administrativo desse segundo reposicionamento, a questão da higidez desse ato pode ser enfrentada no mandado de segurança.

Parece-me, então, que a sorte favorece a impetrante, porque realmente há uma ilegalidade por parte da Administração, quando indeferiu, sem contar que, ainda dentro de um possível prazo recursal administrativo desse deferimento, expediu um novo ato, qual seja, uma nova nomeação, que, ao que tudo indica, induziu a erro a candidata que fez com que ela não exercitasse.

Com essas considerações, penso que a posição adotada pelo eminente Relator deve ser respaldada, porque consulta ao interesse da impetrante, que realmente ficou prejudicada em relação ao segundo indeferimento, porque não havia, ou pelo menos não há esclarecimento, dos motivos legais que levaram a esse deferimento. Enfrentando-o agora, no bojo do mandado de segurança, penso que há uma ilegalidade no indeferimento, se for só porque seria o segundo pedido, até porque há certa dúvida quanto a que junto com ela, na terceira nomeação, havia pelo menos mais de 50 candidatos, então ela não seria a única a ser nomeada, ou seja, efetivamente a única do final da lista.

Assim, Senhor Presidente, peço vênias à divergência para acompanhar o eminente Relator.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) – Senhor Presidente, acolho o pedido sucessivo de nomeação.

Portanto, concedo a ordem.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Com a devida vênias do eminente Relator e daqueles que o acompanham, vou seguir o mesmo entendimento da divergência, entendendo que, ao ser reposicionada para o final da fila, não há mais que se conceder novo reposicionamento.

O fato de existirem outras nomeações, como mencionado aqui, podem ser em outras especialidades, e isso não está demonstrado de forma clara na medida mandamental.

Des. Mario Machado (Vogal) – Desembargador Flavio Rostirola, no parecer do Ministério Público, consta que é para a mesma especialidade. Aqui diz:

É importante mencionar que a impetrante foi nomeada no dia 09 de setembro de 2013 com outros quatro candidatos (fl. 37). No dia 26 de setembro de 2013, ela e esses mesmos candidatos foram nomeados novamente, juntamente com os demais candidatos, mais de 50, que haviam pedido fim de fila (fl. 46) todos para o mesmo cargo de médico e mesma especialidade de clínica médica.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Agradeço a V. Exa.

Mesmo assim, entendo que afronta a razoabilidade ficar a Administração Pública a mercê de sucessivos pedidos de reposicionamento, principalmente configurado, *in casu*, que, quando foi nomeada mais uma vez em setembro de 2013, sequer tinha formação acadêmica como médica, já que há uma mera declaração informal, dando a notícia de que ela provavelmente teria formação superior no mês de outubro daquele ano.

Por essas razões e mais as expendidas pelos Desembargadores Otávio Augusto e Romão C. de Oliveira, acompanho a divergência.

DECISÃO

Concedeu-se a ordem, nos termos do voto do Relator. Por maioria.

MANDADO DE SEGURANÇA

2013002019848-8

Relatora – Des. Carmelita Brasil

Conselho Especial

EMENTA

Mandado de segurança. Concurso para ingresso na carreira da magistratura do Distrito Federal. Comprovação do tempo mínimo de atividade jurídica na data da posse.

A comprovação do triênio de atividade constitucionalmente estabelecido (CF, art. 93, inciso I) deve ocorrer por ocasião da posse uma vez que tal critério é colocado como requisito para o ingresso na carreira e esse ingresso, como é cediço, se verifica com a investidura no cargo. A exigência de comprovação do exercício de atividade jurídica por ocasião da inscrição definitiva e, não, somente quando da posse do cargo, antes, portanto, de findas todas as etapas do certame, fere o princípio da razoabilidade.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial deste Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Carmelita Brasil, Relatora, Flávio Rostirola, Jair Soares, Ângelo Passareli, Vera Andrighi, Mário-Zam Belmiro, George Lopes Leite, J. J. Costa Carvalho, João Timóteo de Oliveira, Antoninho Lopes, João Egmont, Mario Machado, Lecir Manoel da Luz, Vogais e Romeu Gonzaga Neiva, Presidente e Vogal, em conceder a segurança. Maioria. De acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília, 19 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o do ilustrado Parecer Ministerial de fls. 130/142, que ora transcrevo, *in verbis*:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por S.A. contra ato atribuído ao Presidente da Comissão do Concurso para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal.

Narra, o Impetrante, que se inscreveu no concurso público para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, tendo logrado êxito nas primeiras etapas do certame.

Afirma, entretanto, que seu pedido de inscrição definitiva no certame foi indeferido, sob o argumento de que não preenchia os requisitos do edital, pois ainda não possuía os três anos de atividade jurídica na data da inscrição definitiva.

Alega que a imposição da prova do exercício de atividade jurídica por ocasião da inscrição definitiva é manifestamente inconstitucional. Além disso, assevera que a exigência constitucional de prévio exercício de atividade jurídica tem por fim evitar que bacharéis de direito, sem qualquer experiência, ingressem na carreira de Promotor de Justiça e de Magistrado. Destaca, entretanto, que não é o seu caso, uma vez que já exerce a função de Delegado de Polícia há 33 meses. Sustenta, ainda, que não é razoável que se admita cumprido e preenchido o requisito de quem faz prova de ter assinado somente cinco petições por ano e não se entenda que ele, apesar de sua já longa experiência profissional como Delegado de Polícia, não preenche o requisito de experiência.

Relata que concluiu o Curso de Direito em 22/10/2010, colou grau em 18/11/2010 e tomou posse no cargo de Delegado em 22/11/2010.

Argumenta que o texto constitucional estabelece como requisito para exercer o cargo de juiz a atividade jurídica, mas não fixa o marco inicial para sua contagem, nem o tempo para sua comprovação, o que só pode ser definido por lei complementar.

Pleiteia o deferimento de liminar para assegurar a realização da prova oral e apresentação de títulos. Ao final, requer a concessão da segurança para que seja reconhecido o direito de somente fazer prova do tempo de atividade jurídica na data da posse, considerando-se a conclusão do curso, a colação de grau ou a posse no cargo de Delegado de Polícia.

O processo foi instruído com os documentos de fls. 14/72.

Consoante decisão de fls. 77/79, a Desembargadora Carmelita Brasil indeferiu o pedido de liminar, decisão contra a qual a Impetrante interpôs agravo regimental (fls. 81/90).

As informações foram prestadas às fls. 106/109, nas quais a Autoridade Impetrada ressalta que não foi deferida a inscrição definitiva ao Impetrante, pelo fato de a Comissão do Concurso haver verificado a ausência do preenchimento do requisito de três anos de prática forense quando do encerramento das inscrições definitivas.

A II. Desembargadora Relatora proferiu a decisão de fls. 118/119, reconsiderando o indeferimento da liminar inicialmente realizado e autorizou o impetrante a realizar a prova oral do Concurso Público em análise.

O impetrante peticiona nos autos à fl. 125 e à fl. 127, noticiando o cumprimento da liminar e juntando os documentos de fls. 126 e 128, através dos quais demonstra que foi aprovado em primeiro lugar na prova oral e teve seus títulos submetidos a avaliação, encontrando-se habilitado e participando normalmente do certame.”

Acrescento que a d. Procuradoria de Justiça oficiou pela concessão da ordem, assegurando-se ao impetrante a comprovação dos três anos de atividade jurídica somente na data da posse, tendo por termo inicial a data em que ele tomou posse no cargo público de Delegado de Polícia.

Petição e documentos juntados pelo impetrante às fls. 144/145 e 146/155, noticiando que a integralização dos créditos do Curso de Direito do impetrante verificou-se em 16/10/2010.

Às fls. 157/158, o impetrante veiculou novo petitório, pugnando pela extensão da liminar concedida, a fim de garantir ao candidato a participação no Curso de Formação dos Magistrados, cujo início foi designado para o dia 21/10 próximo passado.

A d. Procuradoria de Justiça, na manifestação acostada às fls. 161/162, sustentou que a referida pretensão desborda dos limites estabelecidos pelos pedidos deduzidos na inicial do *mandamus*. Não obstante, na derradeira petição acostada às fls. 164/165, noticia o impetrante que foi convidado para frequentar o indigitado Curso de Formação.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Carmelita Brasil (Relatora) – Senhor Presidente, eminentes Pares, antes de passar à leitura do meu voto, pelo menos dos trechos principais, faço questão de cumprimentar o nobre Advogado pela sustentação, que certamente trouxe para todos nós luzes a respeito da questão a ser tratada.

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Samer Agi, contra ato do Presidente da Comissão do XXXIX Concurso para provimento de cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal, regido pelo Edital 1/2012, consubstanciado no indeferimento da inscrição definitiva do candidato, porquanto não comprovado, na data da referida inscrição, o exercício de atividade jurídica pelo período de mínimo de três anos, conforme exigido no mencionado Edital.

Conforme relatado, o impetrante, candidato ao provimento do cargo de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal, tendo logrado êxito no certame, requer lhe seja assegurada a comprovação do tempo mínimo de atividade jurídica na data da posse, e, não, na data da inscrição definitiva, a qual foi indeferida, justamente, porque não demonstrado o preenchimento do aludido requisito, na forma exigida no Edital.

Do exame dos elementos de informação reunidos verifica-se que o impetrante concluiu o Curso de Direito em 16/10/2010 e colou grau em 18/11/2010. Em 22/11/2010 tomou posse no cargo de Delegado de Polícia Civil do Estado de Goiás, estando a exercer, atualmente, as atribuições do referido cargo; instruiu o pedido de inscrição definitiva com certidão circunstanciada expedida pela Secretaria de Segurança Pública e Justiça de Goiás, a fim de comprovar o exercício de atividade jurídica.

Constata-se, pois, que, à data da inscrição definitiva, em agosto de 2013, o impetrante não preenchia os requisitos impostos pelo Edital relativos à experiência jurídica trienal, o qual foi elaborado em conformidade com o que consta da Resolução 75/2009 do CNJ, que preconiza, no art. 58, § 1º, alínea “b”, “que o pedido de inscrição definitiva deverá ser instruído pelo candidato, dentre outros documentos, com “certidão ou declaração idônea que comprove haver completado, à data da inscrição definitiva, 3 (três) anos de atividade jurídica, efetivo exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função, exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito.”

Contudo, como salientei ao reconsiderar a decisão por meio da qual havia indeferido a liminar, não obstante a disposição contida na Resolução 75 do CNJ, de 12 de maio de 2009, no sentido de que a comprovação do tempo mínimo de atividade jurídica deve ocorrer na data da inscrição definitiva e, não, na data da posse, certo é que a questão ainda não alcançou a almejada pacificação.

De fato, há precedente do c. STJ admitindo a data da posse como marco temporal para a comprovação dos três anos de atividade jurídica. O e. STF, no julgamento do MS 27608, em 15/10/2009, da Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, consignou que “O edital do concurso que estabelece a comprovação de três anos de atividade jurídica no ato da inscrição definitiva e não no momento da posse desarmoniza-se da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal”.

Ademais, o art. 93, I da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, tratando dos requisitos para ingresso na magistratura, ao exigir do Bacharel em Direito, 03 (três) anos, no mínimo, de atividade jurídica, assim dispõe:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;”

A melhor interpretação a ser dada ao aludido dispositivo, a meu sentir, é de que a comprovação do triênio de atividade jurídica, constitucionalmente estabelecido, deve, de fato, ocorrer por ocasião da posse uma vez que tal critério é colocado como requisito para o ingresso na carreira e esse ingresso, como é cediço, se verifica com a investidura no cargo.

A exigência de comprovação do exercício de atividade jurídica por ocasião da inscrição definitiva e, não, somente quando da posse do cargo, antes, portanto, de findas todas as etapas do certame, fere o princípio da razoabilidade, notadamente na hipótese ora sob apreciação, em que o candidato já ocupa o cargo de Delegado de Polícia há quase três anos, atendendo, portanto, ao fim último da exigência amalgamada no texto constitucional que, por óbvio, é prevenir que bacharéis em Direito totalmente inexperientes venham a integrar, de forma despreparada, a carreira da Magistratura.

Quanto ao particular, porque pertinentes, peço vênia para transcrever, também integrando-os às razões de decidir, os fundamentos expendidos pela d. Procuradoria de Justiça em seu ilustrado Parecer, *verbis*:

“Insurge-se, o Impetrante, contra o ato que indeferiu seu pedido de inscrição definitiva no concurso público para provimento de cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios, regido pelo Edital 01/2012.

O pedido foi indeferido sob o fundamento de que o Impetrante não teria comprovado, na data da inscrição definitiva no concurso, os três anos de atividade jurídica, exigidos pelo supracitado edital.

É certo que, com a Emenda Constitucional 45, de 31/12/04 (art. 5º, §2º)¹, o legislador constituinte derivado delegou ao Conselho Nacional de Justiça, ainda que precariamente, a tarefa de regulamentar o funcionamento do Estatuto da Magistratura, até que sobrevenha a lei complementar a que se refere o caput do art. 93 da Constituição Federal.

Sendo assim, o citado Conselho Nacional emitiu a Resolução 75, de 12 de maio de 2009, que, em seu art. 58², estabeleceu que a comprovação do exercício da atividade jurídica deve ser realizada no momento da inscrição definitiva no concurso. No mesmo sentido, dispôs o inciso II do item 11.1.1 do Edital 01/2012.

Note-se, contudo, que tal exigência contraria o disposto no art. 93, inciso I, da Constituição Federal, modificado pela mesma Emenda Constitucional 45/04, cujo teor, por oportuno, merece transcrição:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (grifo nosso)

Observa-se, da literalidade do mencionado dispositivo constitucional que a comprovação dos três anos de atividade jurídica deve ser feita quando do ingresso na carreira da Magistratura. O ingresso na carreira ocorre com a investidura no cargo, que, por sua vez, dá-se com a posse. Assim é por que o vínculo

1 § 2º Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução. Disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

2 Art. 58. Requerer-se-á a inscrição definitiva ao presidente da Comissão de Concurso, mediante preenchimento de formulário próprio, entregue na secretaria do concurso.

§ 1º O pedido de inscrição, assinado pelo candidato, será instruído com: (...)

b) certidão ou declaração idônea que comprove haver completado, à data da inscrição definitiva, 3 (três) anos de atividade jurídica, efetivo exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função, exercida após obtenção do grau de bacharel em Direito;

entre o nomeado e a Administração somente é aperfeiçoado no momento da posse.

Entendimento no sentido da exigência de tais requisitos no momento da inscrição no certame talvez merecesse acolhimento anteriormente à citada alteração no art. 93, inciso I, da Carta Magna, não mais após essa alteração.

Nesse sentido, o seguinte precedente desse egrégio Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. REQUISITO EXIGIDO PELO EDITAL PARA INSCRIÇÃO DEFINITIVA. NO MÍNIMO TRÊS ANOS DE BACHARELADO EM DIREITO E DE ATIVIDADE JURÍDICA. REQUISITOS NÃO SATISFEITOS. MOMENTO CERTO PARA COMPROVAÇÃO: O INGRESSO NA CARREIRA. INTELIGÊNCIA DO ART. 93, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45, DE 08/12/2004. SÚMULA 266 DO STF. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

A exigência da comprovação de três anos de bacharelado em Direito e de atividade jurídica para a inscrição no concurso para provimento de cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios, embora legítima, deve ser satisfeita por ocasião da posse no cargo.

Essa a interpretação mais escoreita a ser conferida ao art. 93, inciso I da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela EC 45, de 08/12/2004, que, em sua solar clareza, exige do candidato que tal requisito seja comprovado quando do ingresso na carreira. O ingresso na carreira, segundo a doutrina administrativista, se dá com a investidura no cargo e esta, por sua vez, se dá com a posse e não com a aprovação no concurso, daí se ter como desarrazoada a exigência no ato da inscrição do certame.

Segurança que se concede, a fim de se conferir ao impetrante o direito de prosseguir nas demais etapas do certame, caso aprovado na primeira.

(Acórdão 234505, 20050020069438MSG, Relator: NATANAEL CAETANO, Conselho Especial, Data de Julgamento: 18/10/2005. Publicado no DJU SECAO 3: 02/02/2006. Pág.: 82)

Aqui merece ser destacado que o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, revendo seu entendimento anterior editou a Resolução 87 de 27 de junho de 2012, na qual estabeleceu que “A comprovação do período de três anos de atividade jurídica deverá ser documentada e formalizada para o ato da posse do candidato aprovado em todas as fases do concurso público” (sem grifo no original).

A justificativa apresentada na mencionada Resolução 87/2012 para alterar a redação da Resolução CNMP 40/2009 foi exatamente aquela no sentido de que o texto da Constituição Federal define o ingresso na carreira como o momento para a comprovação de três anos de atividade jurídica; “e que essa expressão “ingresso” deve ser interpretada como sinônimo de investidura, que somente se efetivará com a posse no cargo, e não com o ato de mera inscrição definitiva no respectivo certame”.

Nota-se, assim, que a evolução da regulamentação do CNMP está em consonância com a norma constitucional. É de se prever que futuramente a Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça também venha a ser modificada para adequar-se à literalidade do dispositivo constitucional.

Portanto, pode-se afirmar que a exigência para ingresso na Magistratura de comprovação de três anos de atividade jurídica por ocasião da inscrição definitiva do certame infringe o disposto no art. 93, inciso I, da Constituição Federal, na medida em que impõe ao candidato a comprovação do requisito em momento anterior ao estabelecido constitucionalmente, inserindo um plus não existente na Constituição Federal.

Como é cediço, a interpretação das normas jurídicas não pode ser encarada de forma excessivamente rígida, a ponto de não atingir sua finalidade precípua. Da mesma forma, não se pode olvidar que o Administrador Público deve seguir os princípios basilares do direito, buscando uma perfeita adequação entre os fins almejados e os meios empregados para tanto.

Nesse passo, veja-se que o objetivo da Emenda Constitucional 45, ao estabelecer a exigência de três anos de atividade jurídica para o ingresso na carreira, certamente foi o de selecionar profissionais com a maturidade profissional

necessária ao desempenho de função de tão elevado munus público, como é o caso da magistratura.

In casu, da análise das informações e dos documentos constantes dos autos, verifica-se que o Impetrante iniciou suas atividades jurídicas em 22/11/2010 com a posse no cargo de Delegado de Polícia Civil do Estado de Goiás. Logo, em novembro próximo, o Impetrante já terá, na prática, superado a exigência editalícia de três anos de atividade jurídica e, portanto, reunido as condições necessárias ao alcance da finalidade almejada pela norma constitucional.

Há que se destacar que o item 16.8, do Edital de Abertura 1/2012, dispõe que “o candidato aprovado e convocado para manifestar-se acerca de sua nomeação poderá dela desistir ou renunciar à classificação. No caso de renúncia, o candidato será posicionado em último lugar na lista de aprovados e aguardará nova convocação, observada a validade do concurso” (sem grifo no original).

Dessa forma, é certo que o Impetrante na data da posse preencherá o requisito constitucional para ingressar na carreira da magistratura.

Sendo assim, conclui-se que o deferimento da inscrição definitiva do Impetrante não se distanciaria do objetivo da norma. Seu indeferimento, de outra parte, violaria claramente essa finalidade.

Assim é porque o Impetrante logrou êxito em todas as etapas do concurso público para o cargo de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios, cujo alto grau de dificuldade é notório, e, no qual, a quantidade de candidatos aprovados (vinte e três) foi muito aquém do número de vagas ofertadas pelo edital do certame (noventa e três).

Eliminar sumariamente o Impetrante do certame, sem considerar os argumentos por ele expostos, e que foram reiterados no presente mandamos, expressaria descon sideração aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quanto mais porque seu deferimento não causaria qualquer prejuízo à Administração.

Sobre o princípio da razoabilidade da administração, Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarece o seguinte:

Princípio da razoabilidade

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoado, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos. Certamente cabe advertir que, embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetable qual seria esta providência ideal. É exato, pois, que, existindo discricção, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada.”³

Já quanto ao princípio da proporcionalidade são precisos os esclarecimentos oferecidos pela Il. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Suzana de Toledo Barros⁴ nos seguintes termos:

*O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. **Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa li-***

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 66-67.

4 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade de Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 210-211.

mitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.

(...)

O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. É haurido principalmente da conjugação dos artigos 1º, III; 3º, I; 5º caput, II, XXXV, LIV e seus §§ 1º e 2º; 60, §4º, IV. Nesse sentido, complementa o princípio da reserva de lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional. **O legislador brasileiro deve, portanto, observá-lo na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo a unicamente restringi-los quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação com a consecução de fins constitucionalmente legítimos.** (trecho sublinhado não consta do original)

Ressalte-se, conforme exposto acima, que o princípio da proporcionalidade alberga, em seu conteúdo, o subprincípio da necessidade, que, segundo forte doutrina “diante de meios igualmente capazes de levar a um determinado fim, deve-se optar pelo menos gravoso (...). Dessa forma, o indivíduo teria direito à ‘menor desvantagem possível (...)’⁵. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade expressa a idéia de que o Administrador, nas palavras de Juarez Freitas, “está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”.⁶

Assim, diante das peculiaridades do caso concreto e com suporte no instrumental teórico acima referido e transcrito, entende este Órgão Ministerial que

5 Emília Simeão Albino Sako e Celismara Lima da Silva. *In* Revista dos Tribunais, v. 832, fev. 2005, p. 62.

6 Juarez Freitas. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 57.

o ato ora impugnado também ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por outro lado, convém ressaltar que não se pretende afirmar, com as idéias aqui defendidas, que a exigência da Resolução 75 do Conselho Nacional de Justiça, que serviu de base para a prática do ato impugnado, padeceria de inconstitucionalidade em tese. A hipótese em análise, então, reclama a incidência da técnica do duplo controle de proporcionalidade.

Trata-se, aliás, a técnica do duplo controle de proporcionalidade e controle da proporcionalidade in concreto, de uma peculiaridade de grande valor no reconhecimento do direito de acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

Sobre o tema Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, afirmam que o “fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional in concreto, à vista da situação submetida à exame”. Em outra oportunidade, Luís Roberto Barroso invocando exemplos, extraídos da jurisprudência assim se expressa:

Pode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza um resultado inconstitucional em uma determinada incidência. Por exemplo: o STF considerou constitucional a lei que impede a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (RTJ 169:383, ACD-MC 4, Rei. Min. Sydney Sanches), fato que, todavia, não impediu o Tribunal de Justiça de concedê-la, porque a abstenção importaria no sacrifício do direito à vida do requerente (AI 598.398.600, TJRS, 4ª CC, Rei. Des. Araken de Assis).

Também analisando a questão, Gilmar Ferreira Mendes⁸, após referir-se ao tratamento do tema no Direito Alemão⁹, aponta talvez o exemplo mais signi-

7 BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. *In: Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principlológicas da Constituição*. Organizador: George Salomão Lopes. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 133.

8 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 70-72.

9 “Richter e Schuppert analisam essa questão com base no chamado ‘caso Lebach’, no qual se discutiu a legitimidade de repetição de notícias sobre fato delituoso ocorrido já há algum tempo e que, por isso,

ficativo da abordagem do tema no Direito Brasileiro, verificado por ocasião da apreciação de pedido de liminar (Adin 233. Relator para o acórdão, Min. Sepúlveda Pertence, RTJ, 132, p. 571 e seguintes) contra a Medida Provisória 173, de 18/03/1990, através da qual se vedava a concessão de provimentos liminares ou cautelares contra as medidas provisórias 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 165 e 168 (Plano Collor). Diz o Autor que o “voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence revela a necessidade de um duplo juízo de proporcionalidade, em especial em face de normas restritivas abertas ou extremamente genéricas”.

Na mesma linha, diz, Lucas Rocha Furtado¹⁰, que o processo de interpretação e aplicação, que parte da norma em tese, e que resulta na construção da norma do caso, aquela que será aplicada à situação concreta e que apresenta a solução normativa a ser adotada, deve considerar todas as particularidades do caso que reclama solução.

E certo que a primazia do interesse público sobre o particular é princípio norteador da Administração Pública.

Assim, na hipótese concreta em análise, consolidou-se uma situação fática em favor do Impetrante, com os desdobramentos verificados desde a data da impetração (especificamente a sua continuidade no certame com a aprovação na prova oral para a Magistratura do Distrito Federal e a superação, na prática, da exigência editalícia – de três anos de atividade jurídica, a princípio não cumprida), cujo desfazimento resultaria em ofensa ao princípio da proteção do interesse público, o qual tem por finalidade exatamente a preservação de uma situação mais benéfica, não só ao próprio Impetrante, mas também à coletividade.

Assim, o acatamento do pedido inicial formulado pelo Impetrante satisfaria tanto o interesse pessoal do Impetrante, quanto o interesse da própria Administração, haja vista que não foram preenchidas todas as vagas disponibilizadas pelo edital do certame.

ameaçava afetar o processo de ressocialização de um dos envolvidos no crime. Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação in concreto das diversas normas”. Id. Ibid.. p. 70.

10 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 118.

Ademais, não se verificaria, também, a existência de ofensa aos princípios administrativos, muito menos à isonomia, já que não se poderia identificar quem fosse prejudicado com a eventual concessão da segurança.

No que se refere ao termo inicial da contagem do tempo de atividade jurídica, verifica-se que, no caso do impetrante, o único possível é a data da posse no cargo de Delegado, porquanto ele não demonstrou que tenha exercido qualquer outra atividade jurídica além dessa. Logo, na hipótese dos autos, não pode ser considerada a data da conclusão do curso ou da colação de grau, uma vez que o impetrante nessas datas não exercia atividade jurídica.”

E, como bem salientou a d. Procuradoria de Justiça, não se pode deixar de destacar que o item 16.8 do Edital em comento preconiza que “O candidato aprovado e convocado para manifestar-se acerca de sua nomeação poderá dela desistir ou renunciar à classificação. No caso de renúncia, o candidato será posicionado em último lugar da lista de aprovados e aguardará nova convocação, observada a validade do concurso.” (fl. 50), legitimando, assim, a existência de nova nomeação, enquanto perdurar a validade do concurso, o que, à toda evidência, poderá beneficiar o impetrante, que alcançará o triênio de prática jurídica constitucionalmente exigido, considerando-se como termo inicial a data da posse no cargo de Delegado de Polícia, no dia 22/11 vindouro.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA** para que o impetrante comprove a prática profissional de 03 (três) anos na data da posse no cargo Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal, considerando-se como termo inicial do triênio o dia em que tomou posse no cargo público de Delegado de Polícia, em 22/11/2010.

Custas pelo impetrante. Sem honorários advocatícios, nos termos da regra contida no art. 25, da Lei 12.016/2009.

É como voto.

Des. Flavio Rostirola (Vogal.) – Peço vista, Excelência.

Des. Jair Soares (Vogal.) – Senhor Presidente, aguardo.

Des. Angelo Passareli (Vogal) – Senhor Presidente, não posso deixar de me manifestar, porque a tese trazida no mandado de segurança significa a concessão de moratória *sine die* para todos que forem aprovados em concurso público. Então, a concessão da ordem significará o descumprimento do nosso edital, o descumprimento da resolução do CNJ e do próprio art. 93 da Constituição Federal.

A data da posse para esse candidato foi o dia em que os colegas aprovados imediatamente anterior e posterior a ele foram chamados para tomar posse. Caso venha a persistir a ideia de pedido de fim de lista, seria o dia seguinte à data que a turma basilar tomou posse, porque não se preencheram as vagas; portanto, não haveria outros candidatos para preencher todas as vagas para ele ficar aguardando.

Senhor Presidente, não posso concordar com a interpretação dada ao do art. 93, porque significaria fazer letra morta das exigências que são feitas para o ingresso na carreira. Significaria mora *sine die* para todo e qualquer um que fosse aprovado, até que completasse o requisito. Conforme eu disse, o fim de lista, para quando não se completou nem as exigências para tomar posse, nem há lista suficiente para o preenchimento, significa moratória *sine die*, ou seja, é letra morta à exigência.

Senhor Presidente, peço as mais respeitosas vênias à eminente Relatora e àqueles que pediram vista, para deixar esclarecido esse meu ponto de vista de que, fazermos a concessão de uma moratória *sine die* para todos que sejam aprovados é ir contra a disposição expressa da Constituição Federal.

Por isso, Senhor Presidente, denego a ordem.

Des. Jair Soares (Vogal) – Senhor Presidente, vou antecipar o meu voto, pedindo vênias ao eminente Desembargador Flavio Rostirola.

Concurso para juiz é composto de fases ou etapas. Uma das etapas é a da inscrição definitiva. A Resolução 75/2009 do egrégio CNJ dispõe expressamente, no art. 58, § 1º, letra “b”, que o candidato nessa fase, deverá apresentar certidão comprovando que conta com 3 (três) anos de experiência jurídica. Encerrada essa fase, o candidato não tem mais oportunidade para cumprir a exigência. Imagine se nessa fase ele deixasse de apresentar um dos documentos exigidos? Poderia ser postergado para outra fase? Não.

Chega o dia da posse, e todos estão se preparando para a posse, e então o candidato demonstra – acredito ao Presidente do Tribunal, porque a Comissão do concurso não mais existe – que ele atende o requisito? A fase já está superada. Não é mais possível.

De qualquer sorte, no tocante à exigência de 3 (três) anos no momento da inscrição definitiva, o tema não é tranquilo. Precedente lembrado pelo ilustre Vice-Presidente, do C. Supremo Tribunal Federal (STF), diz expressamente que os 3 (três) anos de atividade jurídica devem ser comprovados no momento da inscrição definitiva. Há também precedentes nesse sentido do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ). E o colendo STF reconheceu, sobre o tema, repercussão geral.

O direito não favorece o candidato, e se favorecesse seria em prejuízo da maioria que, quando leu o edital do concurso com a exigência dos 3 (três) anos de atividade jurídica, no momento da inscrição definitiva, deixou de fazer a inscrição, porque não atendiam ao requisito. Por que aquele que, sabendo que não atendia a esse requisito e ousando fazer o concurso, vai obter decisão judicial direito que não tem?

Denego a ordem.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) – Aguardo.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) – Senhor Presidente, peço vênia a quem está aguardando para adiantar o meu voto.

Realmente o candidato é estudioso, esforçou-se para este concurso e merece o reconhecimento do seu esforço. No entanto, a meu ver, não lhe socorre o bom direito, porque ele não preenche os requisitos. Aliás, não possuía na data da inscrição definitiva, como também na data em que os candidatos aprovados foram chamados para tomar posse.

De sorte que, até mesmo se se admitisse uma interpretação mais favorável, não lhe socorreria ao ensejo da data da posse dos demais concorrentes.

Portanto, tenho que ele não conseguiu preencher os requisitos.

Des. Flavio Rostrirola (Vogal) – Desembargador, permita-me um aparte?

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) – Pois não, Excelência, com muito prazer.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Obrigado, V. Ex.^a é muito gentil.

Veja bem, Desembargador Mário-Zam Belmiro, qual o espírito da norma, qual o escopo que ela nos traz ao estabelecer o regramento dos três anos? Será que a experiência que se acumula durante este período, nesse interregno de poucos dias faltantes, seria razoável para vedar o acesso? É só sobre isso que estou me questionando, pois estou refletindo sobre essa questão. Ainda não tomei a minha posição, por isso pedi vista.

Será que o espírito da norma estaria sendo atendido? Acredito que possa estar, mas vou me aprofundar, pois quero ver esses posicionamentos, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, que já se debruçou muito sobre essa matéria e que já teve o entendimento exatamente nos mesmos termos da Desembargadora Carmelita Brasil, em consonância com o princípio da razoabilidade.

Por isso pedi vista, porque estou com uma dúvida, tendo uma forte inclinação a superar essa questão.

Muito obrigado.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) – Obrigado pelos acréscimos e pelas ponderações, mas persisto no meu entendimento.

Creio que ao julgador não é dado, tratando-se de norma constitucional, entrar na conveniência ou não do constituinte, ou do poder constituinte derivado, não podendo haver alteração do intérprete quando a norma é clara.

Para mim, o princípio da razoabilidade deve ser analisado com cuidado, sob pena de ferir direitos de outras pessoas. Aliás, parece que esse princípio quase sempre é alegado quando a parte não dispõe do bom direito, porque não há necessidade de alegação, quando o direito está claro e evidente.

Assim, rogo vênias aos eminentes Pares e acompanho os votos dos Desembargadores Jair Soares e Angelo Passareli, denegando a segurança.

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Aguardo.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) – Aguardo.

Des. João Timóteo (Vogal) – Senhor Presidente, também vou aguardar, não obstante tenha voto escrito.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – Aguardo.

Des. João Egmont (Vogal) – Senhor Presidente, vou pedir vênia para antecipar o meu voto.

Inicialmente, destaco a sustentação oral do eminente Advogado e parabenizo o candidato pelo resultado alcançado neste e em outros certames. Acredito que o concurso para delegado de polícia do Estado de Goiás tenha apresentado também uma enorme dificuldade. Sabemos que, hoje, o ingresso no serviço público é o sonho de milhares de pessoas que se dedicam diuturnamente aos estudos.

Senhor Presidente, a concessão do *writ* está condicionada à presença do direito líquido e certo. E não vejo direito líquido e certo do candidato a ser nomeado e tomar posse no cargo de juiz de direito substituto do Distrito Federal, nada obstante a comprovação de seu elevado nível intelectual e do seu conhecimento.

Invoca-se hoje bastante o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, mas tenho dificuldade, às vezes, em entender o limite da aplicação desses princípios, porque inicialmente eles se contrapõem àquele brocardo latino *suma justicia, suma injusticia*.

Então, temos de encontrar o meio-termo, e aí entra Aristóteles quando dizia que a vida é um meio-termo: o meio-termo é o cumprimento da lei para todos de igual forma, isonomicamente. Todos os candidatos, ao se inscreverem neste concurso, tiveram conhecimento das normas do certame. E é elementar em Direito Administrativo que o edital é lei entre as partes.

O Edital 1/2012 no item 11.1.1 diz que:

11.1.1 O pedido de inscrição, assinado pelo candidato ou por procurador habilitado com poderes especiais e firma reconhecida, será instruído com:

I – cópia autenticada do diploma de bacharel em Direito, registrado pelo Ministério da Educação;

II – certidão ou declaração idônea que comprove haver completado, na data da inscrição definitiva, 3 (três) anos de atividade jurídica – efetivo exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função – exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito; (fls. 42).

No caso dos autos, isso ocorreu? Não. Então, por que excepcionar este candidato em prol de seu notável conhecimento precoce? Assim como ele, acredito que outros candidatos talvez não tão preparados quanto ele, mas também igualmente preparados, deixaram de participar do certame, em razão de não cumprirem a norma do edital na época da inscrição.

Então, Senhor Presidente, a ausência do preenchimento do requisito de 3 (três) anos da prática forense, quando encerram as inscrições, não pode ser removido.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) – Desembargador João Egmont, V. Ex.^a me concederia um pequeno aparte?

Des. João Egmont (Vogal) – Pois não.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) – No caso, ocorreu o seguinte: o candidato tinha até o momento do encerramento da inscrição definitiva, prazo para cumprir o requisito de 3 (três) anos de atividade jurídica. Pois bem, ele buscou a prestação jurisdicional, obteve a liminar, contra esta não houve recurso, que, assim, operou a preclusão. Por conta da liminar, o impetrante fez a prova oral e foi aprovado. Agradeço.

Des. João Egmont (Vogal) – Ele ficou em primeiro lugar na prova oral, salvo engano.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) – Então, para o candidato o concurso está encerrado, resta para ele, agora, a posse, e a posse ele pode tomar até o final da validade do concurso, com todas as vênias.

Agradeço, mais uma vez, a V. Ex.^a.

Des. Jair Soares (Vogal) – Desembargador J. J. Costa Carvalho, eu estava presente na sessão que seria para julgar o agravo regimental da decisão da eminente Desembargadora Carmelita Brasil, que havia indeferido a liminar, e depois S. Ex.^a reconsiderou. Ia eu deferir a liminar, apenas para ele fazer a prova – para tutelar situação provisória, e não para assegurar o direito para tomar posse.

O fato de ele ter obtido a liminar só serviu para ele fazer a prova oral, e não para tomar posse, porque ele não satisfaz os requisitos e, lamentavelmente, declarou, quando fez a inscrição, que atendia aos requisitos exigidos.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) – Agradeço, mas o fato hoje existe, ou seja, a liminar surtiu efeito, tanto que ele fez a prova oral.

Des. Jair Soares (Vogal) – Foi para assegurar situação transitória.

Des. João Egmont (Vogal) – Só para completar, estava afirmando que a ausência do preenchimento do requisito de 3 (três) anos de prática forense, por ocasião do encerramento das inscrições definitivas, constitui, sim, um óbice intransponível.

Os fatos, Senhor Presidente, são incontroversos e realmente impressionam. Ele concluiu o curso de Direito em 22 de outubro de 2010, colou grau em 18 de novembro de 2010 e tomou posse no cargo de Delegado de Polícia em Goiás em 22 de novembro de 2010. O que se pretende, e isso com a maestria e a inteligência do douto advogado, é que este prazo do edital de exigência de 3 (três) anos de exercício no cargo valha para o dia 22 de novembro de 2013, porque neste dia ele completaria três anos de efetivo exercício do cargo. É isso que está no pedido, e o pedido limita o acórdão, de forma que não podemos modular o pedido.

Senhor Presidente, peço respeitosa licença à eminente Relatora, Desembargadora a quem todos devemos todo o respeito – e principalmente eu, um novato –, e aos demais que a acompanharam, para acompanhar a divergência, denegando a ordem.

Des. Mario Machado (Vogal) – Senhor Presidente, primeiro peço licença para antecipar o meu voto, porque já estou convencido sobre o tema.

Inicialmente, o que se deve perquirir é com relação ao prazo de três anos. Qual é o marco para esse prazo? Diz o CNJ, por resolução, que é a data da inscrição definitiva. Se estivéssemos em sede administrativa, obrigados estaríamos a observar a norma do CNJ, mas aqui é sede jurisdicional, e é fácil verificar que essa norma regimental do CNJ se choca frontalmente com o inciso I do art. 93 da Constituição Federal.

Expressa a Constituição que os três anos de atividade jurídica devem observar o ingresso na carreira. O ingresso na carreira se dá com a investidura no cargo, que

ocorre com a posse. Então, tenho como certo que os três anos devem levar em conta a data da posse do impetrante no cargo. Se o impetrante estivesse obrigado a tomar posse na mesma data em que os outros colegas de concurso o fizeram, não teria dúvida de que, lamentavelmente, ele não teria o direito alegado. Sucede que o mesmo edital, que tanto se invocou, no caso, traz a regra de que o candidato poderá renunciar ou desistir da classificação, tomando posse depois, dentro do prazo de validade do certame. É o que diz o item 16.8:

16.8 O candidato aprovado e convocado para manifestar-se acerca de sua nomeação poderá dela desistir ou renunciar à classificação. No caso de renúncia, o candidato será posicionado em último lugar na lista de aprovados e aguardará nova convocação, observada a validade do concurso.

Então, tenho como certo que a posse do impetrante, obrigatoriamente, não é a mesma dos seus colegas de concurso, porque ele poderia, como pode, desistir da classificação ou renunciá-la, e nesse caso ele se posiciona em último na lista de aprovados, podendo tomar posse, desde que dentro da validade do concurso.

Ora, considerando que a sua posse como Delegado de Polícia Civil no Estado de Goiás ocorreu em 22 de novembro de 2010, é certo que no dia 22 deste mês ele já reunirá condições para, tomando posse, ter a comprovação dos três anos de atividade jurídica.

Assim, Senhor Presidente, no mais, reporto-me aos lúcidos fundamentos do voto da eminente Relatora, bem como àqueles constantes do douto parecer do Ministério Público, para conceder a segurança, pedindo vênias a quem votou de forma contrária.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) – Aguardo.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) – Aguardo.

DECISÃO

Após o voto da Relatora, concedendo parcialmente a segurança, no que foi acompanhada pelo Desembargador Mario Machado, e do voto do Desembargador Jair Soares, denegando a segurança, no que foi acompanhado por 3 (três)

desembargadores, pediu vista o Desembargador Flavio Rostirola. Os demais aguardam.

VOTO – VISTA

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – No caso em apreço, encontra-se em debate a seguinte norma do Edital 1/2012 do XXXIX Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal:

4 DOS REQUISITOS

4.1 São requisitos para o ingresso na carreira:

III – possuir 3 (três) anos de atividade jurídica até a data da inscrição definitiva, exercida a partir da conclusão do curso de Direito, na forma definida no art. 93, I, da Constituição Federal e na Resolução 75/CNJ, comprovada por intermédio de documentos e certidões;

Os marcos temporais são os seguintes:

A – O candidato colou grau no curso de bacharelado em Direito em: 18.11.2010 (diploma de fl. 20);

B – Tomou posse no cargo de Delegado de Polícia em: 22.11.2010.

C – Período para inscrição definitiva: 11 a 31.07.2013 (Edital 31/2013, de 09.07.2013).

Antes de passar ao voto, dois pressupostos se fazem necessários, quais sejam: (a) explicitar os direitos em conflito e (b) evitar uma suposta irracionalidade no sopesamento.

Em primeiro lugar, não há dúvida que a exigência prevista no ato restringe o amplo acesso dos cidadãos aos cargos da Administração Pública.

Nesse sentido, considerando o preceito do art. 37, I e II, da Constituição garantindo o amplo acesso dos brasileiros aos cargos da Administração Pública, a interpretação da norma em comento – ao impor restrições em razão da natureza e

da complexidade de determinados cargos deve, sempre e na medida do possível, prestigiar a ampla igualdade preconizada no texto constitucional.

De outro vértice, diante da argumentação principiológica inserta na inicial, convém me afastar das críticas doutrinárias contra decisões extravagantes ou emocionais com falta de critérios e de voluntarismos diversos.

No Acórdão 698927, por exemplo, mencionei o problema da hipertrofia dos princípios:

“O traço comum entre as críticas à argumentação principiológica é a referência a uma suposta subjetividade ou irracionalidade do sopesamento. Com efeito, as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista. Desde a Revolução Francesa, o Estado de Direito – visão mais ampla do princípio da Legalidade – é uma das bases estruturais de qualquer sistema normativo” (Acórdão 698927, 20130020022208AGI, de minha relatoria, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/07/2013.

A esse respeito, o professor Virgílio Afonso da Silva, em recente trabalho doutrinário, noticia que, especialmente na Alemanha, existe uma forte tendência a criticar *“uma hipertrofia dos princípios. Segundo essa vertente, os direitos fundamentais, compreendidos como princípios, valeriam para qualquer coisa e não teriam nenhum conteúdo determinado”* (SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *in*: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 363-380, 2011, p. 364).

O ilustre Constitucionalista afirma que *“...o principal traço comum entre essas críticas é a referência a uma suposta subjetividade e a uma suposta irracionalidade do sopesamento”* (*id. Ibid.*). Ele afirma que, para Böckenförde, *“o sopesamento é a saída fácil para se obter qualquer resposta que se queira”* (*id*, p. 365).

Somente com o intuito de demonstrar que o debate é muito atual, menciono também o professor Lenio Luiz Streck que questiona: por que deveríamos depender de juízos subjetivistas para a concretização da Constituição?: *“...quando crítico o ‘solipsismo judicial’ ou, o que é a mesma coisa, as ‘decisões conforme à*

consciência do julgador', tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista".

Neste mesmo sentido segue o professor Carlos Ari Sundfeld: "Vive-se hoje um ambiente de geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. (...) O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar vantagens e desvantagens. Do contrário, viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito".

No caso em apreço, diante do "dever analítico" pregado por Carlos Ari Sundfeld, entendo absolutamente pertinente um destaque à ênfase impressa na petição inicial quanto à aplicação do "*princípio*" da proporcionalidade para afastar a norma constitucional.

Uma nota conceitual se faz necessária.

Humberto Ávila menciona que "...as decisões dos Tribunais Superiores não possuem uniformidade terminológica, nem utilizam critérios expressos e claros de fundamentação dos postulados de proporcionalidade e razoabilidade" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 163).

Ocorre que a imprecisão conceitual não se limita ao debate jurisprudencial.

Passo a demonstrar.

De um lado, a doutrina especializada defende que a razoabilidade consiste no cotejo entre os fins almejados pelo legislador e os meios utilizados.

É o caso de Virgílio Afonso da Silva para quem a regra da proporcionalidade seria mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins: "Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e

proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários topoi dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos tribunais. São Paulo, v. 91, 798, p. 23-50, abr. 2002 – grifei).

Nesse mesmo sentido, a exigência de razoabilidade, para Luís Roberto Barroso, traduz-se na exigência de “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins” (BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 6, 23, p. 65-78, abr./jun. 1998, p. 66 – grifei).

De outro vértice, de acordo com a reconstrução proposta por Humberto Ávila, a razoabilidade “não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade” (ÁVILA, op. cit., p. 171 – grifei).

Ao que tudo indica, entretanto, a confusão não se limita à jurisprudência.

Feita essa advertência, análise, de forma teleológica, os dispositivos legais mencionados para a solução do caso.

DO COTEJO: MEIOS E FINS DA NORMA

Transcrevo o texto constitucional da regra citada:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

*I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, **exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica** e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004 – grifei)*

De forma analógica, destaco a interpretação realizada sobre o requisito imposto ao concurso do Ministério Público.

Ao analisar o requisito de três anos somente após a colação de grau previsto no artigo 7º, caput e parágrafo único, da Resolução 35/2002, com a redação dada pelo art. 1º da Resolução 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o STF entendeu que a norma teria atendido o objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 “de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes à carreira ministerial pública” – ADI 3460, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2006.

Para o caso da magistratura, igualmente, o objetivo da alteração da norma constitucional, ao exigir a comprovação de experiência profissional para o efetivo desempenho do cargo posto em competição pública, teve como objetivo aprimorar o nível técnico dos ingressantes nas carreiras jurídicas.

Com efeito, o preceito fixa a exigência temporal de três anos de bacharelado em Direito como requisito para ingresso no concurso não visou exclusivamente o aprimoramento profissional e preparo técnico para a solução de controvérsias processuais.

Em outros termos, a intenção não se limita ao conhecimento do direito posto.

Foi nesse sentido que a Ministra Cármen Lúcia se manifestou em seu voto proferido na ADI 3460 quando se discutia a exigência para o Ministério Público:

“...superar a denominada ‘juvenilização’ dos quadros do Ministério Público e das carreiras jurídicas públicas. Pessoas que jamais trabalharam viravam juízes no interior sem qualquer experiência que conduza ao necessário amadurecimento pelo desempenho. Conquanto o fator histórico não seja determinante da interpretação constitucional, não se há perder de vista o aspecto teleológico da norma” (fl. 266 da ADI 3460).

Nesse sentido, a mensagem do Poder Constituinte Derivado não prescinde do histórico deste requisito.

A criação da exigência temporal foi explicitamente evidenciado pela Deputada Zulaiê Cobra, relatora da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992:

“...o candidato a juiz deverá comprovar experiência de pelo menos três anos na área jurídica. Isto porque o despreparo dos juizes iniciantes é um fato hoje facilmente constatado e decorrente da proliferação desordenada de faculdades de direito por todo o País” (Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento. Terça-feira, 14 de dezembro de 1999, p. 00847).

O que fica claro, portanto, é que a formal obtenção de conhecimentos da grade curricular do curso superior de ciência jurídica encontra-se no núcleo da expressão “bacharel em direito”.

Além da desenvoltura jurídica, a novel – EC 45/2004 –, ao exigir, “no mínimo, três anos de atividade jurídica”, teve por finalidade exigir que os quadros da Magistratura sejam compostos por pessoas que, além de qualificações acadêmicas, sejam dotadas com o mínimo de maturidade física e psicológica.

Em conclusão, portanto, o dispositivo, ao vincular a necessidade da exigência de requisitos de qualificação para ser membro da Magistratura, não retrata qualquer incompatibilidade entre os fins almejados e o meio escolhido.

A RAZOABILIDADE COMO EQUIDADE

Nada obstante a mencionada divergência acerca dos conceitos razoabilidade/proporcionalidade, adoto aqui a tipologia proposta por Humberto Ávila segundo o qual, dentre as diversas acepções da razoabilidade, três se destacam: (a) razoabilidade como equidade; (b) razoabilidade como congruência; e (c) razoabilidade como equivalência.

Os dois últimos não interessam ao presente voto.

Analiso a primeira diretriz segundo a qual, em virtude de especificidades do caso concreto, a norma geral não pode ser aplicada. Cuida-se de uma forma de harmonizar o geral com o particular.

Nas palavras de Humberto Ávila:

*“Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra de satisfação das condições previstas em sua hipótese. **Uma re-***

gra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166/167 – grifei).

Aliás, essa visão moderna de Humberto Ávila resgata o pensamento de Luís Recaséns Siches para quem “os produtos humanos não pode ser equiparados com os meros fenômenos da natureza física ou biológica” (RECASENS SICHES, Luis. *Interpretación jurídica por médio del 'logos de lo humano' o de lo 'razonable'*. In: _____. *Antologia: 1922-1974*. México, DF: Fondo de Cultura Econômica, 1976, p. 194 – tradução livre).

O intelectual espanhol¹¹, ao defender a insuficiência da lógica tradicional para aplicação do Direito, assinala que se o emprego dessa lógica não é, simplesmente, inútil, mas pode também levar “**a resultados insensatos e monstruosos**”. Em seus termos, “*a lógica formal clássica, a moderna e a contemporânea, é dizer, a lógica do racional, a lógica que é chamada físico matemática, não é o instrumento apto nem para explicação nem para a solução dos problemas humanos práticos como são, por exemplo, os problemas políticos e jurídicos*” (RECASENS SICHES, Luis. *Bosquejo de la lógica de lo razonable*. In: _____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. Copiosamente Aum. Mexico: Porrúa, 1973, p. 278 – tradução livre).

O exame de tal raciocínio permite-me concluir que o impetrante tem razão quando suscita questão concernente à superação dos instrumentos da lógica tradicional para interpretar o direito.

Aliás, a própria banca examinadora tem ciência dessa modificação de paradigmas.

11 “...foi discípulo de renomados mestres, como Giorgio Del Vecchio, em Roma, Rudolf Stammler, Rudolf Smend e Hermann Heller em Berlim, Hans Kelsen, Felix Kaufmann e Fritz Schrgirer em Viena, que inegavelmente eram os maiores expoentes do pensamento jurídico da época, mas inegavelmente [sic] ainda hoje, direta ou indiretamente, continuam orientando as linhas mestras da Filosofia do Direito” (TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *A Lógica do Razoável* – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito. *Revista de Ciência Jurídicas e Sociais*. UNIPAR. Vol. 1, 1 jul./dez. 1998, pp. 124/125).

Na Prova Escrita Discursiva – 2ª Etapa – deste mesmo concurso, realizada no dia 03/02/2013, na parte de Noções Gerais de Direito e Formação Humanística, a questão 10 versou exatamente sobre essa matéria.

Transcrevo seu conteúdo:

“Explicar o que se entende por ‘Lógica do Razoável’, abordando, especificamente, os seguintes tópicos: a) Os principais elementos que a diferenciam da lógica formal ou matemática, aplicada ao direito; b) Qual a sua importância, se alguma, para o trabalho do Julgador?”

Uma tentativa de conferir uma resposta adequada à questão, destaco, nesse sentido, a lição hermenêutica de Carlos Ayres Brito:

“...a exigência dos três anos de atividade essencialmente jurídica, após a obtenção do título de bacharel, não quer dizer, necessariamente, o matemático perfazimento de 365 dias ‘vezes’ 3, segundo o calendário que é próprio do ano civil. Bem pode ser interpretado à luz de um peculiar ‘calendário forense’, de sorte a comportar o exercício profissional que se der em pelo menos três destacadas unidades de tal calendário. Quero dizer: o profissional do Direito que fizer a prova de regular atuação em três autonomizados ‘exercícios forenses’, no mínimo, ficará habilitado a prestar concurso para cargo integrante da carreira jurídica...” (fl. 247 da ADI 3460).

Em consonância ao expandido, impende colacionar entendimento jurisprudencial no mesmo sentido.

Em um primeiro precedente, restando dezenove dias para o candidato preencher o cartesiano requisito dos três anos, o STF concedeu a ordem no sentido de:

“MANDADO DE SEGURANÇA. 24º CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROCURADOR DA REPÚBLICA. TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA. §3º DO ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXERCÍCIO DE CARGO NÃO-PRIVATIVO DE BACHAREL EM DIREITO. PECULIARIDADES DO CASO. 1. No julgamento da ADI 3.460, o Supremo Tribunal Federal concluiu que: a) os três anos de atividade jurídica a que se refere o § 3º do art. 129 da Constituição Federal contam-se da data da conclusão do curso de Direito; b) o momento da comprovação desse requisito é a data da inscrição no concurso público. 2.

É de se computar, para fins de comprovação de atividade jurídica, o tempo de exercício de cargo não-privativo de bacharel em Direito, desde que, inexistindo dúvida acerca da natureza eminentemente jurídica das funções desempenhadas, o cargo seja incompatível com o exercício da advocacia. O mesmo se dá na hipótese de ser privativo de bacharel em Direito, em outras unidades da Federação, cargo com idênticas atribuições. Precedente: Rcl 4.906, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. 3. O termo inicial da atividade jurídica do impetrante como advogado é sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Faltaram-lhe 19 (dezenove) dias para o matemático preenchimento dos três anos. Período faltante que `corresponde ao prazo razoável para a expedição da carteira de advogado após o seu requerimento” MS 27604, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2010 – grifei.

Em um segundo aresto, colhe-se que o STF prescindiu de quarenta e cinco dias para o preenchimento do requisito exigido pelo §3º do art. 129 da Constituição Federal:

“1. A interpretação do art. 129, §3º, da Constituição foi claramente estabelecida pela Suprema Corte no julgamento da ADI 3.460, Relator o Ministro Carlos Britto (DJ 15/6/07), de acordo com o qual (i) os três anos de atividade jurídica pressupõem a conclusão do curso de bacharelado em Direito e (ii) a comprovação desse requisito deve ocorrer na data da inscrição no concurso e não em momento posterior. 2. O ato coator tomou como termo inicial da atividade jurídica do impetrante a sua inscrição na OAB, o que é correto, porque, na hipótese, o impetrante pretendeu comprovar a sua experiência com peças processuais por ele firmadas como advogado. Faltaram-lhe, conseqüentemente, 45 dias para que perfizesse os necessários três anos de advocacia, muito embora fosse bacharel em Direito há mais tempo. 3. O caso é peculiar, considerando que o período de 45 dias faltante corresponde ao prazo razoável para a expedição da carteira de advogado após o seu requerimento, de tal sorte que, aprovado no exame de ordem em dezembro de 2003, deve ser tido como preenchido o requisito exigido pelo §3º do art. 129 da Constituição Federal” – MS 26681, Relator: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008 – grifei.

No caso em apreço, o Primeiro Vice-Presidente, em 09.07.2013, determinou a publicação do Edital 31/2013 convocando os candidatos aprovados na Segunda Etapa do Concurso para a realização da inscrição definitiva que se realizou no período de 11 a 31.07.2013.

O impetrante colou grau no curso de bacharelado em Direito em: 18.11.2011 (diploma de fl. 20); tomou posse no cargo de Delegado de Polícia em: 22.11.2010.

Considerando que na próxima sexta-feira, dia 22.11.2013, o requisito meramente formal – temporal – se completa, TENHO COMO RAZOÁVEL A SOLUÇÃO EMPRESTADA PELA EMINENTE RELATORA.

Acrescento que o requisito material da norma, que intentava superar a denominada “juvenilização” da magistratura, encontra-se preenchido no caso.

Um mês após sua colação de grau, o impetrante tomou posse no cargo de delegado de polícia.

Nesse contexto, ninguém pode afirmar que o candidato não foi amadurecido pelo desempenho de uma função que, sabidamente, no seu dia a dia é carregado por agruras com o risco inerente à carreira e a extensa jornada de trabalho. Mormente em um estado da federação (Goiás) tão carente de recursos materiais destinados à segurança pública.

Considerando a maturidade psicológica do impetrante, acompanho, por mais esse argumento, o posicionamento da Eminente Relatora.

DAS ADVERTÊNCIAS REALIZADAS PELOS EMINENTES PARES

Um último ponto merece ser destacado.

Os nobres desembargadores que anteciparam o voto demonstraram justa preocupação com o que denominaram de *moratória sine die*.

O Ministro Joaquim Barbosa igualmente se preocupou com a matéria ao afirmar: “...entendo que, permitir que determinados candidatos possam comprovar os requisitos do concurso em uma data diferida, incerta, configuraria violação ao princípio da isonomia, já que alguns candidatos concorreriam em total consonância

com as determinações legais e outros, com a mera expectativa de vir a preencher os requisitos” (fl. 276 da ADI 3460).

No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia, ao retomar a já mencionada “juvenilização”, trata dos “treineiros”:

“Estes são os estudantes que fazem concurso, a partir do terceiro ano, para experimentar, para treinar no concurso. A palavra é exatamente por isso. Eles mesmos se autodenominam assim. Aquele que passava, se chegasse – como chegou, num caso que veio a este Supremo Tribunal Federal em 2001 – a se classificar quando ainda não tivesse formado, quando se aproximava da ordem de classificação, no momento da sua posse, pedia para passar para o último lugar e, se obtivesse uma liminar ou algo que o valha, então, recomeçava-se a chamada de novo. E, como disse bem o Procurador-Geral da República, o interesse público ficava sujeito ao interesse desse candidato aprovado” (fls. 259/260 da ADI 3460).

Existe, entretanto, uma peculiaridade no caso em apreço que foi muito bem destacado pelo Eminentíssimo Desembargador Mário Machado.

Com efeito, trata-se de um direito subjetivo que o candidato possui e previsto no próprio edital normativo do certame.

16.6 O candidato aprovado e convocado para manifestar-se acerca de sua nomeação poderá dela desistir ou renunciar à classificação. No caso de renúncia, o candidato será posicionado em último lugar na lista de aprovados e aguardará nova convocação, observada a validade do concurso.

Logo, por mais esse motivo, acompanho a Eminentíssima Relatora.

DO PODER NORMATIVO DO CNJ

Um último ponto merece destaque.

Versa o presente mandado de segurança sobre o ingresso na Magistratura.

O pressuposto de que se parte é que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o momento para a comprovação do exercício de três anos

de atividade jurídica se dá no ato da inscrição definitiva no concurso público – RE 630515 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012.

A matéria encontra disciplina, por força da CF, na LOMAN, de iniciativa do STF.

Está na CF, art. 93, I, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Muito embora, para o exercício do cargo, a Constituição exija certo tempo de atividade jurídica, não houve a definição da época adequada à comprovação.

O art. 58, §1º, b, da Resolução 75/CNJ assentou a possibilidade de ocorrer no momento imediatamente anterior à nomeação.

A norma ostenta o seguinte teor:

Art. 58. Requerer-se-á a inscrição definitiva ao presidente da Comissão de Concurso, mediante preenchimento de formulário próprio, entregue na secretaria do concurso.

§1º O pedido de inscrição, assinado pelo candidato, será instruído com:

(...)

b) certidão ou declaração idônea que comprove haver completado, à data da inscrição definitiva, 3 (três) anos de atividade jurídica, efetivo exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função, exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Ocorre que a LOMAN dispõe a respeito do tema, no art. 78:

Art. 78. O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em razão da controvérsia ser passível de repetir-se em inúmeros casos, o STF reconheceu a repercussão geral do tema, qual seja: há que se definir se o art. 58, §1º, b, da Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça desborda da competência normativa deste órgão, mormente em razão do art. 37, I, da Constituição (“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (...)”).

Transcrevo a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO. COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURÍDICA (PRÁTICA FORENSE) DE 3 (TRÊS) ANOS. MOMENTO DA EXIGÊNCIA DO PREENCHIMENTO DA CONDIÇÃO. EDITAL DO CONCURSO OMISSO QUANTO À DATA DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONCURSO SUSPENSO POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO. ATENDIMENTO SUPERVENIENTE DO REQUISITO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 655265 RG, Relator: Min. LUIZ FUX, julgado em 15/12/2011.

Nesse sentido, tratando-se de uma exigência sobre a qual existe discussão em sede de repercussão geral, em nome dos princípios da moralidade e da ampla participação, a restrição imposta pelo Eminentíssimo Primeiro-Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios não pode ser exigida pois restringe o direito de participar de um certame público.

Merece destaque a advertência feita pelo Ministro Carlos Britto na ADI 3460: “... esse ingresso que é sinônimo de investidura se dá com a posse no respectivo cargo, e não com o ato de mera inscrição no pertinente concurso” (fl. 248 na ADI 3460).

Por mais esse argumento, tenho que a segurança deve ser concedida nos termos do voto da Eminentíssima Relatora.

É o voto.

Des. Jair Soares (Vogal) – Senhor Presidente, peço a palavra, porque fui o primeiro a divergir da eminente Relatora, para dizer que – o eminente Desembargador Flavio Rostirola já mencionou – o colendo Supremo Tribunal Federal, no RE 655.265-DF, reconheceu repercussão geral da questão.

A ementa do julgado é a seguinte:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO. COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURÍDICA (PRÁTICA FORENSE) DE 3 (TRÊS) ANOS. MOMENTO DA EXIGÊNCIA DO PREENCHIMENTO DA CONDIÇÃO. EDITAL DO CONCURSO OMISSO QUANTO À DATA DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONCURSO SUSPENSO POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO. ATENDIMENTO SUPERVENIENTE DO REQUISITO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Claramente menciona: edital omissivo quanto à data. Não é o caso do edital do concurso que está sendo impugnado. O edital é claro em exigir que seja no momento da inscrição definitiva.

Des. Mario Machado (Vogal) – Desembargador Jair Soares, nem é essa a questão. O que entendi nesse acórdão é que não se sabe a data em que haverá inscrição definitiva. Aqui também não se sabia. Ela foi definida depois. Exigiu-se a comprovação no momento da inscrição definitiva, mas não se definiu o dia. É outra questão.

Des. Jair Soares (Vogal) – Mas era preciso atender aos requisitos. Foi mencionado no voto de V. Ex.^a que o candidato pode, valendo-se do edital, requerer para tomar posse depois, desde que, quando fosse fazer a inscrição definitiva, preenchesse os requisitos. Senão, como lembrou o Desembargador Angelo Passareli, seria adiar, *sine die*, a data de quando ele iria tomar posse. Pode-se, no primeiro dia da faculdade, inscrever-se no concurso para juiz.

Des. Mario Machado (Vogal) – Não é assim, Desembargador Jair Soares, porque há uma definição no tempo, isto é, observada a validade do concurso. Está no item 16.8 do edital.

Des. Jair Soares (Vogal) – O concurso tem validade de dois anos, prorrogado por mais dois anos, ainda assim estaria colocando data indefinida para a posse.

Des. Mario Machado (Vogal) – Desembargador Jair Soares, não há óbice algum quanto a isso. Veja bem, o concurso é realizado, define-se uma data, os candidatos que não desejarem tomar posse naquela data, renunciam à classificação para tomar posse depois, ainda na validade do concurso.

Des. Jair Soares (Vogal) – Desde que na data da inscrição definitiva possuam os requisitos.

Des. Mario Machado (Vogal) – Essa é a interpretação de V. Ex.^a, que diverge da nossa.

Des. Jair Soares (Vogal) – Não. Essa é a interpretação do Supremo também, que reconheceu a repercussão geral sobre o tema.

Des. Mario Machado (Vogal) – Então, é mais do que razoável a interpretação que foi dada pela eminente Relatora.

Des. Jair Soares (Vogal) – Razoável seria interpretação coerente com o edital.

Des. Mario Machado (Vogal) – Qual o prejuízo que existe no deferimento dessa segurança? Nenhum, absolutamente! O candidato passa para o último lugar na classificação, atendido o item 16.8 do edital.

Des. Jair Soares (Vogal) – Não há prejuízo algum, mas tem de se observar o edital.

Des. Mario Machado (Vogal) – O edital está sendo observado. O Item 16.8 do edital diz: o candidato poderá desistir da posse naquele dia e ser reposicionado em último lugar.

Des. Jair Soares (Vogal) – Desde que, quando fez a inscrição definitiva, tivesse os requisitos exigidos.

Des. Mario Machado (Vogal) – Essa é a condição que V. Ex.^a está colocando de acordo com o entendimento que V. Ex.^a tem, mas que não coincide com o nosso entendimento.

Des. Jair Soares (Vogal) – O tema não é tranquilo. Tanto que foi reconhecida repercussão geral.

Des. Mario Machado (Vogal) – Não estou dizendo que é tranquilo. Estou dizendo que a cláusula existe no edital. Se essa cláusula não existisse, concordaria com V. Ex.^a.

Des. Jair Soares (Vogal) – Existe para aqueles que concluíram o concurso fazendo a inscrição definitiva, comprovando que tinham os 3 anos naquela data.

Des. Mario Machado (Vogal) – Não está escrito isso no item 16.8.

Des. Jair Soares (Vogal) – Mas sempre foi assim. Agora é que está se inventando tal interpretação. O Tribunal exigia que se comprovassem os 3 anos no dia da inscrição definitiva. Nunca foi diferente.

Des. Mario Machado (Vogal) – O próprio Conselho Nacional do Ministério Público já modificou a sua resolução, passando a dispor que será no ato da posse.

Des. Jair Soares (Vogal) – Há resolução do CNJ que assim dispõe.

Des. Mario Machado (Vogal) – Essa posição conflita com o que estabelece a Constituição, no art. 93, inciso I, que diz que esses 3 (três) anos têm de ser na investidura no cargo.

Des. Jair Soares (Vogal) – Constituição não diz isso. É interpretação que está sendo feita.

Des. Mario Machado (Vogal) – É a melhor interpretação do art. 93, inciso I, que não exige a comprovação no ato da inscrição definitiva. Remete ao “ingresso na carreira”. E qual a perda que haverá no caso de concessão da segurança? O candidato passa a ser o último da lista, ele está se valendo de uma cláusula que lhe permite, observada a validade do concurso, tomar posse depois.

Des. Jair Soares (Vogal) – Poderia se, na data da inscrição definitiva, tivesse comprovados os três anos de atividade jurídica.

Des. Mario Machado (Vogal) – Essa é uma interpretação puramente literal do que diz o edital, Desembargador Jair Soares. Temos que observar os princípios que informam o concurso.

Des. Jair Soares (Vogal) – É a preocupação que tenho. Se tem texto expresso, interpreta-se o princípio de acordo com as conveniências momentâneas e que atendam a determinados interesses, que não é o interesse da administração.

Des. Mario Machado (Vogal) – Essa interpretação de V. Ex.^a é prejudicial até a própria administração, porque interessa à administração o provimento dos cargos.

Des. Jair Soares (Vogal) – Para a Administração tanto faz ter mais um ou menos um. É preciso que se observem os requisitos exigidos de todos os candidatos.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Desembargador Jair Soares. V. Ex.^a também está dando uma interpretação da repercussão geral abrangente demais. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a matéria, afirmou que a resolução do CNJ desbordou da sua competência. Foi nesse tocante que eles entenderam que há de ser interpretado exatamente a disposição do art. 37 da Constituição.

Des. Jair Soares (Vogal) – Com a devida vênia, há regra específica na Constituição para ingresso na Magistratura. O art. 37 é geral. Não trata de Magistratura.

Senhor Presidente, mantenho o meu voto, denegando a ordem.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) – Senhor Presidente, não gostaria de proferir esse voto, mas há um só argumento que o Desembargador Jair Soares coloca, neste Plenário, que não é possível ultrapassar. Nunca se interpretou assim. Sempre se votou coerente com a divergência. Estamos precisando de Juízes? Estamos.

Des. Mario Machado (Vogal) – Desembargadora Vera Andrighi, V. Ex.^a me permite uma observação?

Desa. Vera Andrighi (Vogal) – Pois não, Desembargador Mario Machado.

Des. Mario Machado (Vogal) – Vou ler a ementa de um acórdão, da relatoria do eminente Desembargador Natanael Caetano:

A EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE TRÊS ANOS DE BACHARELADO EM DIREITO E DE ATIVIDADE JURÍDICA PARA A INSCRIÇÃO NO CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, EMBORA LEGÍTIMA, DEVE SER SATISFEITA POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO.

ESSA A INTERPRETAÇÃO MAIS ESCORREITA A SER CONFERIDA AO ART. 93, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EC 45, DE 08/12/2004, QUE, EM SUA SOLAR CLAREZA, EXIGE DO CANDIDATO

QUE TAL REQUISITO SEJA COMPROVADO QUANDO DO INGRESSO NA CARREIRA. O INGRESSO NA CARREIRA, SEGUNDO A DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA, SE DÁ COM A INVESTIDURA NO CARGO E ESTA, POR SUA VEZ, SE DÁ COM A POSSE E NÃO COM A APROVAÇÃO NO CONCURSO, DAÍ SE TER COMO DESARRAZOADA A EXIGÊNCIA NO ATO DA INSCRIÇÃO DO CERTAME.

SEGURANÇA QUE SE CONCEDE, A FIM DE SE CONFERIR AO IMPETRANTE O DIREITO DE PROSEGUIR NAS DEMAIS ETAPAS DO CERTAME, CASO APROVADO NA PRIMEIRA. (Acórdão 234.505, Mandado de Segurança 2005 02 069438 – Relator – Desembargador Natanael Caetano, Conselho Especial, 18 de outubro de 2005, DJ 1, 2 de fevereiro de 2006, p. 82.)

Então, há um precedente deste Conselho.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) – Desembargador Mario Machado, dois mestres, V. Ex.^a e o Desembargador Natanael Caetano, sem dúvida, nem tenho o que argumentar. Ocorre que esse edital contém as suas regras e, de acordo com elas, a exigência da demonstração do preenchimento do requisito é em outro momento.

O que não consigo ultrapassar é que negamos inúmeros acessos a outros cargos mediante edital, porque o candidato não tinha um centímetro a mais de altura; porque não ingressa na carreira “x”; porque não ficou um segundo a mais na barra fixa, então o eliminamos; ou porque foi submetido a um exame psicológico, que é questionável, então o eliminamos, porque assim dispõe o edital.

Por isso, peço vênua a todos para acompanhar a divergência, denegando a segurança.

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Senhor Presidente, a questão é magna, mas não vejo como interpretar essa questão senão dentro dos critérios recomendados por Luis de Recaséns Siches, quando afirmava, na obra, que o Direito é a lógica do razoável e não a lógica do racional.

Então, há que se partir de uma interpretação principiológica da Constituição e das leis para se perquirir qual a finalidade da norma que exige 3 anos de experiência jurídica para tomar posse como juiz de Direito. Parece-me que a resposta óbvia é esta: espera-se que o candidato, ao tomar posse, tenha a necessária maturidade, além do conhecimento técnico para assumir um cargo de tamanha

relevância, máxime nesses tempos conturbados, de tantas transformações sociais, transformações legais e transformações da jurisprudência. Estamos assistindo todos a esse espetáculo de ineditismo, porque as questões trazidas aos tribunais desafiam a capacidade de compreensão, interpretação e entendimento das normas jurídicas. Estas são estáticas, mas os fatos sociais são dinâmicos.

Por isso, cada caso demanda uma análise *de per se* e aqui, neste caso, a par dos argumentos desenvolvidos com maestria pela nobre Relatora e por aqueles que secundaram o seu voto, parece-me que há de se conceder essa reverência à razoabilidade e não à razão pura. Procurar uma interpretação que seja consentânea com os princípios e os fins da lei.

Portanto, peço vênica a quem discorda desse posicionamento para acompanhar o voto da eminente Relatora, Senhor Presidente.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) – Eminente Presidente, o edital estipula que a comprovação do tempo de atividade jurídica deve ser feito no momento da inscrição definitiva. No caso, o impetrante superou essa exigência por conta de liminar que foi concedida e, realizando a prova oral, obteve a aprovação no concurso. Resta, agora, a posse. Conforme o Item 16.6 do edital, ele pode abdicar desse ato, para fazê-lo depois, ou seja, durante a validade do concurso.

De maneira que, na Sessão anterior, já havia adiantado, no aparte que me foi concedido, o propósito de acompanhar a eminente Relatora. Só não o fiz em homenagem ao pedido de vista que fez o eminente Desembargador Flavio Rostirola. Foi bom aguardar, porque o voto de S. Ex.^a robustece e conforta o voto da eminente Relatora, a quem acompanho, ainda mais com o precedente que foi citado, nesta assentada, pelo eminente Desembargador Mario Machado, deste Conselho Especial.

Então, o meu voto acompanhando a eminente Relatora.

Des. João Timóteo (Vogal) – Senhor Presidente, conforme destacou o Desembargador J. J. Costa Carvalho, na matéria administrativa há situações sempre preclusivas, isto é, deferida a inscrição do candidato na prova da segunda etapa, ele adquiriu o direito de fazer a segunda etapa, tanto assim que realizou as provas. Ora, a situação continua. Ele já completou o tempo dos três anos de prática antes de

concluído este processo. Ele completou o tempo de prática no dia 22 de outubro de 2013, portanto, ele atende às exigências, está aprovado no concurso e não vejo como possa ser reprovado depois de aprovado.

O meu voto, com muito respeito à divergência, é para acompanhar a Relatora, até mesmo porque a matéria está afetada para julgamento no Supremo e só teremos uma situação definida quando a repercussão geral for julgada evidentemente. Enquanto não julgada a repercussão geral, podemos discutir a matéria com essa amplitude que estamos fazendo.

A citação é da posse? Por que é da posse? Porque o candidato pode ser reprovado na prova oral. Logo, ele não teria direito de estar discutindo a matéria se, porventura, não tivesse logrado êxito. Agora, a situação é preclusiva favorável, porque ele atingiu o tempo regulamentar estabelecido para a sua posse.

Concedo a segurança, acompanhando a eminente Relatora.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – Senhor Presidente, também entendo, como aqueles que seguiram a relatoria, que deve ser concedida a segurança porque a prova do o tempo de serviço deve ser exigida no momento da posse.

Acompanho a Relatora.

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Senhor Presidente, uma questão de ordem prática.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Presidente) – Pois, não.

Des. George Lopes Leite (Vogal) – É que, com essa decisão, temos, então, a concessão da segurança. A eminente Relatora está de férias, e esse acórdão, em tese, só seria publicado daqui a quarenta ou cinquenta dias, depois das férias. Talvez fosse necessário e importante que, neste momento, já se definisse a posse do impetrante, porque ele está excepcionalmente comparecendo ao curso de formação na escola e, evidentemente, a sua situação jurídica tem de ser cristalizada com rapidez, senão ficará difícil, depois, fazer o devido acompanhamento na etapa de formação.

Des. Mario Machado (Vogal) – Desembargador George Lopes Leite, V. Ex.^a me permite um aparte?

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Pois, não.

Des. Mario Machado (Vogal) – Cogito da hipótese de que, simplesmente, com o ofício do Presidente dando conta do julgamento, o candidato já poderá tomar posse, pois estamos, aqui, com a concessão de mandado de segurança. O ofício já determina a execução da medida, independentemente de publicação do acórdão. Oficia-se e a autoridade cumpre.

Des. Jair Soares (Vogal) – Senhor Presidente – espero que prevaleça esse entendimento – mas existe lei em sentido diverso.

Des. Mario Machado (Vogal) – Isso não é decisão liminar. Estamos em sede de concessão definitiva de segurança.

Des. Jair Soares (Vogal) – Só quando transita em julgado.

Des. George Lopes Leite (Vogal) – Até a sentença penal condenatória, se...

Des. Mario Machado (Vogal) – Se fosse liminar, sim, mas aqui a concessão da segurança é definitiva. Pode até ser modificada depois, mas tem de ser cumprida.

Des. Jair Soares (Vogal) – Não estou convencido. Mas há lei que dispõe que tem de ser depois do trânsito em julgado.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Presidente) – Com relação às ponderações do eminente Desembargador George Lopes Leite, para a lavratura do acórdão, a meu sentir, esta Presidência não pode designar outro desembargador, porquanto, regimentalmente, não há a previsão. Não há impedimento para que a eminente Relatora faça o acórdão de acordo com o Regimento, todavia, a expedição de ofício dando conta do resultado final, com a decisão definitiva, sem o trânsito em julgado, também é decorrência lógica do Regimento e esse ofício será produzido e encaminhado devidamente tão logo proclamado o resultado.

DECISÃO

Concedeu-se a segurança. Maioria.

MANDADO DE SEGURANÇA

2013002013963-7

Relator – Des. João Timóteo de Oliveira

Conselho Especial

EMENTA

Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Greve. Presença do servidor nas dependências, mas sem efetivo exercício. Descontos dos dias parados. Possibilidade. Compensação. Acordo. Possibilidade.

1. O Colendo Supremo Tribunal Federal garantiu aos servidores públicos o direito à greve, não obstante a ausência de regra normativa federal, devendo, por isso, valer-se, por analogia, da Lei 7.783/1989, a qual disciplina o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

2. Comprovado que o impetrante esteve no local de trabalho nos dias da paralisação, mas não exerceu as suas funções, resta caracterizada situação em que não houve o exercício laboral ativo, de sorte que a simples presença física nas dependências não é corolário a denotar o direito de percepção do dia que não foi efetivamente trabalhado.

3. Havendo acordo entre o sindicato e a Administração Pública, deve-se possibilitar ao servidor público a compensação dos dias parados.

4. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Timóteo de Oliveira – Relator, Antoninho Lopes, Getúlio Moraes Oliveira, Romão C. Oliveira, Mario Machado, Lecir Manoel da Luz, Carmelita Brasil, Flavio Rostirola, Vera Andrighi, Angelo Passareli,

J. J. Costa Carvalho, José Divino, Silvanio Barbosa dos Santos e Sérgio Rocha – Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Dácio Vieira, em proferir a seguinte decisão: concedeu-se parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2013.

■ RELATÓRIO

T.R. de S. impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, objetivando evitar a prática de ato a ser feito pela Secretária de Estado da Criança do Distrito Federal, consistente em descontar dias de trabalho, em face de movimento grevista ocorrido, a partir do dia 20 de maio do corrente ano de 2013.

Nas razões expostas, o impetrante assinala, em apertada síntese, que não aderiu ao movimento grevista deflagrado pelos servidores do Sistema Socioeducativo do Distrito Federal – Atendentes de Reintegração Social (ATRS) – tendo trabalhado normalmente nos dias 20 e 24 de maio de 2013, no sistema de 24 x 72 horas. Por isso, a determinação de compensar os dias parados ou aceitar os descontos dos mesmos em sua folha de pagamento é medida que viola direito líquido e certo, considerando o fato de ter laborado nos citados dias.

Dessa forma, postula a concessão de medida liminar com o fulcro de sustar qualquer ato que importe em desconto de dias parados, notadamente, os dias 20 e 24 de maio deste ano de 2013, vez que laborou regularmente nesses dias.

Requer, ainda, a fixação de multa, em caso de descumprimento da decisão antecipatória que ora se busca.

No mérito, pugna pela confirmação da liminar e a concessão do *writ*. Também pede a intimação da autoridade coatora para prestar as informações e juntar as filmagens da unidade, especificamente dos módulos de convivência denominados M-02 (dia 20/5/2013) e M-09 (dia 24/5/2013), como prova da presença do impetrante no local de trabalho.

Em despacho de fls. 32/33, determinei que a autoridade coatora informasse se o impetrante sofreria ou não o desconto em seu pagamento dos dias relacionados com a greve ocorrida.

A Secretária de Estado da Criança do Distrito Federal apresentou o Ofício 912/2013, informando, em suma, que o impetrante compareceu nos dias 20 e 24 de maio passado ao seu local de trabalho. No entanto, teria se negado a cumprir uma série de atividades inerentes às suas atribuições, ao argumento de estar em greve, realizando o que se denomina de operação padrão. (fls. 36/44)

A nominada autoridade coatora assevera, ainda, que a ação grevista perpetrada, além de afrontar diretamente a decisão judicial exarada pela 2ª Vara da Fazenda Pública do DF, formulada na ação proposta pelo Ministério Público do DF, sob o número 2013.01.1.069489-7, atenta também contra os postulados constitucional e legal atinente à proteção integral que o Estado deve fornecer aos adolescentes que estão sob sua guarda, sendo certo que o não cumprimento das atribuições legais dos servidores que prestam esse relevante serviço público pode acarretar situações extremas, como motins, rebeliões e etc.

Além disso, assevera que esta Egrégia Corte de Justiça, no exame preliminar do Agravo de Instrumento 2013.00.2.013686-2, distribuído ao eminente desembargador Teófilo Caetano, na 1ª Turma Cível, negou seguimento ao recurso manejado pelo Sindicato dos Atendentes de Reintegração Social do DF relacionado à decisão prolatada na demanda acima (2013.01.1.069489-7), em que firmou posição no sentido de que a simples presença do servidor no local de trabalho não enseja a ilação de que não aderira ao movimento paredista, devendo este exercer o seu mister funcional de forma integral.

Por isso, a Secretária da Criança requer o indeferimento da liminar, por não existir ato ilegal por ela exarado.

Deferi a liminar pleiteada, determinando que a autoridade coatora não descontasse do impetrante os dias parados (20 e 24 de maio próximo passado). Além disso, fiz constar no *decisum* a possibilidade de o impetrante aderir a proposição de compensação desses dias, caso desejasse.

O Distrito Federal peticionou à fl. 110, requerendo o seu ingresso na lide como litisconsorte passivo e ratificou as informações apresentadas pela autoridade coatora, postulando a denegação da ordem.

A ilustre Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 113/119, oficiando pela concessão parcial do *writ*, para possibilitar a compensação dos dias parados.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Timóteo de Oliveira (Relator) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da presente ação mandamental.

É cediço que o mandado de segurança, por sua natureza, demanda a demonstração inequívoca do direito pleiteado, sendo inviável a dilação probatória.

O objetivo do presente *mandamus* é evitar o desconto de dias parados do impetrante, em razão de greve feita pela categoria representada pelo SIND-ATRS/DF, nos dias 20 e 24 de maio passado.

O Colendo Supremo Tribunal Federal garantiu aos servidores públicos o direito à greve, não obstante a ausência de regramento normativo federal, devendo, por isso, valer-se, por analogia, da Lei 7.783/1989, a qual disciplina o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Por oportuno, trago a ementa que examinou o tema no STF. *In verbis*:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SER-

VIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve - artigo 37, inciso VII. A Lei 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato,

a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital – indivíduo ou empresa – que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] – é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (MI 712, Relator: Min.

EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

Com efeito, o impetrante faz parte da categoria dos Atendentes de Reintegração Social do Distrito Federal, ligada à Secretaria de Estado da Criança do DF, cuja função é cuidar, proteger os adolescentes que estão sob a custódia do Estado, fornecendo a segurança necessária para o bem estar desses enquanto acautelados.

Trata-se, portanto, de categoria com funções extremamente relevantes para a sociedade, na medida em que cuida de jovens transgressores, os quais estão submetidos à tutela do Estado, visando a sua total reintegração social, após o cometimento de ato infracional.

Decerto que a atuação regular e diária desses Atendentes contribui sobremaneira na reeducação desses adolescentes agressores, sendo certo que a eclosão de movimento paredista por esta categoria traria prejuízos de monta não só para a Administração Pública como também para toda a sociedade brasileira, considerando que os jovens ficariam desacompanhados, sem assistência em situação de ociosidade, o que os deixariam ainda mais vulneráveis.

Logo, é assente ser justificável para algumas categorias específicas de servidores públicos a proibição do exercício do direito de greve¹. Tal desiderato é possível não em razão da situação fática de se tratar de servidor público, mas sim em decorrência da natureza dos serviços prestados, por serem, os serviços, essenciais e inadiáveis, fatos que atraem o princípio da predominância do interesse geral sobre o particular.

No caso *sub examine*, o Sindicato dos Atendentes de Reintegração Social do Distrito Federal – SIND-ATRS/DF convocou os seus associados para paralisarem suas atividades a partir do dia 20 de maio do corrente ano de 2013.

1 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil.

Rcl 6568, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00736.

Tal notícia motivou o Ministério Público do Distrito Federal a ingressar com uma ação declaratória de ilegalidade de greve, distribuído sob o nº 2013.01.1.069489-7, distribuída junto à Segunda Vara de Fazenda Pública do DF. Obteve o deferimento parcial de seu pedido antecipatório, determinando que o citado sindicato suspendesse, de forma imediata, a greve, sob pena de multa de R\$ 30.000,00. Determinou, ainda, o desconto dos dias parados e o impedimento de os grevistas assinarem as suas folhas de ponto. (fls. 64/69).

O SIND-ATRS/DF, inconformado, interpôs agravo de instrução – 2013.00.2.013686-2 – distribuído do Desembargador Teófilo Caetano, que negou seguimento ao recurso por entender manifestamente improcedente, mormente por ter atacado ato judicial lastreado em decisão legalmente exarada.

Destarte, o impetrante demonstrou, por meio de sua Folha de Frequência, referente ao mês de maio/2013, a sua presença no local de trabalho nos dias 20 e 24 deste mês, na Unidade de Internação do Plano Piloto. (fl. 11).

Contudo, a autoridade coatora juntou documentos indicativos de que, muito embora o impetrante tivesse comparecido ao seu local de trabalho, nele se recusou a cumprir tarefas de sua competência, ao argumento de estar em greve.

Os Relatórios produzidos pelos encarregados dos Módulos 2 e 9 têm o seguinte teor, *in verbis*:

(...) Às 08:00 e as 14:00h, de ordem da GESEG e encarregado, foi determinada a retirada dos internos para procedimento de encaminhamento a escola, conforme rotina da UIPP, tal determinação não foi atendida pelos agentes A.F.L.A. Mat. 215.868-X, de A.S. Mat. 215.793-4 (estava no módulo a partir das 14:00h), B.C. da S. Mat. 221.227-2 e T.R. de S. Mat. 221.252-8. (...). (Grifo nosso).

(...) Às 08:00h, de ordem da GESEG e encarregado, foi determinada a retirada dos internos para procedimento de encaminhamento a escola, conforme rotinas da UIPP, tal determinação não foi atendida pelos agentes J. de F.Z. – Mat. 104114-2, L.L.V. – Mat. 2217007, E.D. da S. – Mat. 220476 e T.R. de S. – Mat. 221.252-8, do Plantão III. (...). (Grifo nosso).

Às 14:00h, de ordem da GESEG e encarregado, foi determinada a retirada dos internos para procedimento de encaminhamento a escola, conforme rotinas

da UIPP, tal determinação não foi atendida pelos agentes J. de F.Z. – Mat. 104114-2, L.L.V. – Mat. 2217007, E.D. da S. – Mat. 220476 e T.R. de S. – Mat. 221.252-8, do Plantão III. (...). (Grifo nosso). (fls. 75/77).

Ora, a presença física do servidor público em seu ambiente de trabalho não é suficiente, por si só, para garantir o direito de perceber pelo dia não trabalhado, mas comparecido. Mister o desempenho efetivo das suas funções laborais.

Por outras palavras, não cabe à Administração Pública anuir com o fato de que, em condições normais, a simples presença física do servidor público nas dependências de seu local de trabalho, sem estar exercendo as funções de seu cargo, pode ensejar estar diante de um dia efetivamente trabalhado pelo agente público, porquanto seria um desvirtuamento das regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico, que exige o efetivo cumprimento dos deveres inerentes ao cargo.

Na espécie, os documentos apresentados pela autoridade coatora incluem o impetrante como sendo um dos servidores que, nos dias 20 e 24 de maio passado, deixaram de cumprir uma série de atividades envolvendo os jovens acautelados, como participação em oficinas profissionalizantes, escola, atendimento na Gep, atividades de recreação e assim por diante. (fls. 72 e 78).

Logo, a despeito de constar a assinatura do impetrante em sua folha de ponto nos dias 20 e 24 de maio de 2013, o fato é que este deixou de exercer efetivamente as suas funções de trabalho, denotando não fazer jus a perceber por esses dias, já que não foram trabalhados.

Por outro lado, o desconto desses dias pode ser mitigado, na medida em que há a notícia nos autos de que a Administração do Distrito Federal possibilitou a compensação dos dias parados. É certo que os responsáveis – Secretária da Criança e Secretário da Administração Pública – fixaram um *dies ad quem* para o exercício dessa compensação, até o final de julho de 2013.

No entanto, como o impetrante ingressou com a presente ação mandamental, tendo inclusive auferido o deferimento liminar para que o Distrito Federal não procedesse ao desconto dos dias parados e possibilitasse, caso a parte autora assim desejasse, a compensação dos dias, tenho ser perfeitamente cabível e possível estender esse prazo para que, segundo os critérios da Administração, o

impetrante faça a compensação, se quiser, dos dias que compareceu ao trabalho, mas não laborou efetivamente. Tal prazo deve ser razoável a ponto de dar ao servidor condições de exercê-lo e fazer a compensação. A meu sentir, um prazo de 30 (trinta) dias soa de bom alvitre para que o impetrante possa, caso deseje, proceder à compensação dos dias que não trabalhou.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para determinar que a autoridade coatora – a Secretária de Estado da Criança do DF – disponibilize o prazo de 30 (trinta) dias para que o impetrante, caso queira, faça a compensação dos dias parados, dentro dos critérios fixados estabelecidos pela Administração Pública. No mais, revogo a liminar na parte referente ao desconto dos dias não trabalhados.

Sem custas.

Admito o Distrito Federal como litisconsorte passivo.

É como voto.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) – Acompanhamento o eminente Relator.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Vogal) – Acompanhamento integralmente o voto do Relator.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Acompanhamento o eminente Relator.

Des. Mario Machado (Vogal) – Acompanhamento o eminente Relator.

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

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) – Acompanhamento o eminente Relator.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) – Acompanhamento o eminente Relator.

Des. João Timóteo (Relator) – Esse foi o posicionamento da Procuradoria de Justiça, porque aos outros candidatos foi oportunizado esse direito.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Senhor Presidente, retiro o voto e peço vista. Não consigo compreender o comando.

Des. João Timóteo (Relator) – A Procuradoria de Justiça sugeriu que se abrisse essa oportunidade já conferida aos outros. Meu voto era para negar provimento,

mas, diante da sugestão da Procuradoria, abri essa oportunidade praticamente de ofício.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem...

Essa foi a conclusão, de acordo com o parecer da Procuradoria de Justiça.

Des. Mario Machado (Vogal) – V. Ex.^a está dizendo que ele não tem direito de receber sem compensar?

Des. João Timóteo (Relator) – Sem compensar, ele não tem direito.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) – Senhor Presidente, com esses esclarecimentos, peço respeitosa vênias ao ilustre Relator, bem como ao ilustre Procurador de Justiça que subscreve o parecer, para denegar completamente a ordem.

Des. Angelo Passareli (Vogal) – Senhor Presidente, peço vênias ao Desembargador Romão C. Oliveira, que pede vista, e aos que me antecederam, mas creio, *data maxima venia*, que estamos cometendo um equívoco aqui. O indivíduo não aderiu à greve e compareceu os 4 (quatro) dias ao serviço e a informação é que, havendo comparecido ao serviço, deixou de cumprir determinações de seus superiores. Isso não se resolve neste mandado de segurança. Resolve-se por portaria para apurar infração disciplinar, porque, se ele não participou da greve, não podemos, agora, mandar compensar. Entendo que está havendo um equívoco. Os superiores prestaram informações que não têm correlação com o tema que se debate aqui.

Ele não esteve em greve, ele deixou de cumprir orientações de quem devia lhe orientar como trabalhar. Aqui ele deve responder, sendo cortado o ponto ou sendo apurada a infração por descumprir ordem superior. Estamos, aqui, julgando o mandado de segurança e dando uma solução diferente, porque estamos dizendo que a falta dele em obedecer ao superior equivale a estar em greve; e não é assim, porque são situações jurídicas diferentes.

Senhor Presidente, entendo que, pelo mandado de segurança interposto, ele está correto, porque, se ele assinou o ponto e não trabalhou, ele deve responder administrativamente pela falta cometida, e não ser considerado em greve.

Por isso, Senhor Presidente, peço a mais respeitosa vênias para conceder a ordem, porque ele não esteve em greve.

Desde já digo que, se ele cometeu falta administrativa em não atender ordem legal de superior, a falta é outra, e não aquela, acobertada pela Constituição Federal, do direito de participar de greve.

Na situação exposta, ele não esteve em greve e, como tal, não poderia ser cortado o ponto como se em greve estivesse. E muito menos agora poderia haver a compensação dos dias, porque a situação jurídica, a meu ver, *data maxima venia*, é distinta. O que ele reclama aqui é uma coisa e o que a Administração alega é outra, de outra natureza jurídica, que é a falta funcional do não cumprimento com o dever do ofício, diferentemente da greve, que tem um tratamento completamente diversificado.

Concedo a ordem, Senhor Presidente.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Senhor Presidente, penso que já compreendi 90%. Portanto, vou adiantar o voto, mas antes indago do eminente Relator quem controla o ponto desse servidor.

O tema está em saber se ele esteve presente ou não e quem controla o ponto deste servidor.

Des. João Timóteo (Relator) – Com referência ao controle do ponto, não temos esses elementos. O que a Administração informou é que ele esteve na repartição, mas, além de não estar trabalhando, ele ainda estava militando e atrapalhando o funcionamento dos trabalhos.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Como se estabeleceu que a autoridade é o Secretário de Estado?

Des. João Timóteo (Relator) – Não houve controvérsia nesse aspecto, ninguém se insurgiu quanto à legitimidade.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – A penalidade foi aplicada pelo Secretário? Está assinada por ele?

Des. João Timóteo (Relator) – Ele ingressou com um pedido preventivo para que não fosse descontado. Como não temos maiores elementos, concedi a liminar, em respeito ao direito de greve. A militância tem diversos aspectos...

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – A minha preocupação é saber quem teria de impedir o pagamento, porque o Secretário, via de regra, não é o ordenador da despesa correspondente a servidores.

Des. João Timóteo (Vogal) – É o sistema que foi hoje decidido aqui, é por encampação. O Secretário não contesta, ele assume, e não podemos...

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – Mantenho meu pedido de vista, Senhor Presidente. Agora, já por outra razão.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) – Senhor Presidente, concedo a segurança, fazendo meus, com a devida licença, os doutos fundamentos constantes do voto do eminente Desembargador Angelo Passareli.

Des. José Divino (Vogal) – Aguardo.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) – Aguardo.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) – Peço vênias ao Desembargador Romão C. Oliveira para adiantar meu voto.

Acompanho o eminente Relator, pedindo vênias à divergência, porque há informações, documentos nos autos que revelam que, embora o impetrante estivesse no local de trabalho, encontrava-se em estado de greve e, efetivamente, ele não trabalhou.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) – VOTO-VISTA

Senhor Presidente, pedi vista destes autos para melhor examinar a documentação carreada para os autos, sobretudo no que se refere à regularidade da impetração em face do Senhor Secretário de Estado da Criança do Distrito Federal.

Contudo, da leitura do caderno processual, não há como se infirmar a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

Isto posto, rogando vênias ao eminente Relator, acompanho o voto proferido pelo não menos eminente Desembargador Angelo Passareli.

Concedo, pois, a ordem.

E é o voto.

DECISÃO

Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. Maioria.

REMESSA DE OFÍCIO

2007011046957-6

Relatora – Desa. Nilsoni de Freitas Custódio

Terceira Turma Criminal

EMENTA

Reexame necessário. Crime ambiental. Trancamento de inquérito policial. *Habeas corpus* de ofício. Faixa marginal do Lago Paranoá. Área de preservação permanente. Afirmação. Cassação da sentença. Provimento.

1. A faixa marginal em torno do Lago Paranoá, com largura de trinta metros, em projeção horizontal, qualifica-se como área de preservação permanente, nos termos do art. 2º, inciso II do Decreto 24.499, de 30 de março de 2004.

2. Qualificada a orla do Lago Paranoá como área de preservação permanente, deve ser cassada a sentença que reputou atípica a conduta da ré de construir, sem autorização, píer, mureta, rampa e churrasqueira às margens do Lago Paranoá, e concedeu *habeas corpus* de ofício, determinando o arquivamento do inquérito policial instaurado para apuração de crime ambiental.

3. Reexame necessário provido. Sentença cassada.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Terceira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nilsoni de Freitas Custódio – Relatora – João Batista Teixeira – Vogal, Jesuíno Rissato – Vogal, sob a presidência da Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, em proferir a seguinte decisão: conhecer, dar provimento, por maioria, vencido o 1º Vogal, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa *ex officio* determinada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Brasília, para reexame da decisão¹ que concedeu *habeas corpus* de ofício, a fim de declarar a atipicidade do fato e determinar o arquivamento do Inquérito Policial instaurado por requisição da 4ª PRODEMA/MPDFT, para apuração de crime contra o meio ambiente, em razão da execução de obras de construção de píer, mureta, rampa e churrasqueira às margens do Lago Paranoá, sem a autorização do órgão ambiental competente, em local situado na Quadra 03, Conjunto XX, Casa XX, SMLN, Lago Norte, Brasília-DF.

A Promotoria de Justiça, cientificada da decisão, não apresentou recurso voluntário².

A 11ª Procuradoria de Justiça Criminal, por intermédio do d. Procurador de Justiça em substituição, Gaspar Antonio Viegas, oferta parecer³ pelo conhecimento e provimento da Remessa de Ofício, para que seja cassada a decisão de primeiro grau e permitida a continuidade das investigações do Órgão ministerial. Sustenta, em apertada síntese, que a decisão, tal como prolatada: (i) impediu a livre atuação do Ministério Público no feito; (ii) desconsiderou que as antropias verificadas na área afetaram a Área de Proteção Ambiental do Lago Paranoá, além dos danos causados em Área de Preservação Ambiental; (iii) invocou o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, quando, na realidade, não deveria fazê-lo e (iv) deixou de observar o princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nilsoni de Freitas Custódio (Relatora) – Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa oficial.

1 Fls. 221/222v.

2 Fl. 224.

3 Fls. 229/250.

O Juízo da 2ª Vara Criminal de Brasília submete ao duplo grau de jurisdição a decisão por meio da qual concedeu *habeas corpus* de ofício, declarando a atipicidade do fato e determinando o arquivamento do Inquérito Policial instaurado por requisição da 4ª PRODEMA/MPDFT, para apuração de crime contra o meio ambiente, em razão da execução de obras de construção de píer, mureta, rampa e churrasqueira às margens do Lago Paranoá, sem a autorização do órgão ambiental competente, em local situado na Quadra 03, Conjunto XX, Casa XX, SMLN, Lago Norte, Brasília-DF.

É, em síntese, o que consta.

Consoante se extrai da decisão guerreada, o magistrado *a quo* reputou atípica a conduta da ré, porque, em seu sentir, a orla do Lago Paranoá não poderia mais ser considerada Área de Preservação Permanente, ante a nova disciplina trazida pela Lei 12.651/2012.

Contudo, o entendimento adotado não deve prosperar, conforme fundamentação que se passa a expender.

Inicialmente, deve ser registrado que o Lago Paranoá é um reservatório artificial urbano, criado com a construção de Brasília, no Governo de Juscelino Kubitschek. A criação desse lago, que se formou graças ao represamento das águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paranoá, teve como objetivo amenizar as condições climáticas da região do Distrito Federal, permitindo, ainda, a geração de energia elétrica e opções de lazer à população.

Feita essa breve digressão, importa, desde logo, evidenciar que o Código Florestal de 1965 (Lei 4.771/65) já previa que as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais constituem áreas de preservação permanente, conforme se pode verificar do disposto no art. 2º, alínea "b", desse Diploma Normativo:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) (...)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) (...).

Oportuno registrar que o Código Florestal de 1965 não chegou a especificar a dimensão da área ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais que seriam considerados como de preservação permanente. Em meio a esse contexto de ausência de previsão legal expressa da área passível de proteção, sobreveio a Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, que promoveu várias alterações no Código Florestal de 1965.

Dentre as modificações havidas nesse diploma legal, interessa-nos, aqui, a inclusão do § 6º no artigo 4º⁴, por meio da qual o legislador passou a exigir do empreendedor, na implantação de reservatório artificial, a desapropriação ou aquisição das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso seriam definidos por resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Com essa medida, o legislador procurou reforçar a proteção ambiental, combatendo o problema da criação de reservatórios artificiais sem a correlata criação da sua área de preservação permanente.

Objetivando regulamentar a matéria, o CONAMA editou a Resolução 302/2002, que definiu limites para as áreas de preservação permanente de reservatórios artificiais. Por meio desse ato normativo, ficou estabelecida como área de preservação permanente relativa aos reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas, a faixa com largura mínima de 30 m (trinta metros), em projeção horizontal, medida a partir do nível máximo normal do reservatório⁵.

4 Lei 4.771/65, art. 4º: "A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (Redação dada pela Medida Provisória 2.166-67, de 2001)

§1º (...)

§ 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA. (Incluído pela Medida Provisória 2.166-67, de 2001)

§7º (...)" (grifo nosso)

5 Resolução do CONAMA 302, art 3º: "Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I – trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;

II – (...)"

Acatando a diretriz fixada pelo CONAMA, o Governo do Distrito Federal reconheceu como área de preservação permanente do Reservatório do Lago Paranoá a faixa marginal em torno do Lago, com largura de trinta metros, em projeção horizontal, consoante testifica a redação conferida ao art. 2º, inciso II do Decreto 24.499, de 30 de março de 2004. A exata redação desse dispositivo é a seguinte:

Art. 2º Para efeito da aplicação deste Decreto são adotadas as seguintes definições:

I. (...)

II. Área de Preservação Permanente de Reservatório – APPR do Lago Paranoá, consoante o que dispõe a Resolução CONAMA 302, de 20 de março de 2002, é constituída pela faixa marginal em torno do Lago, com largura de trinta metros, em projeção horizontal, tendo a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora. No trecho a jusante da barragem a APPR do Lago Paranoá é ampliada para cem metros;

Sobreleva notar que o lote da ré – Quadra 03, Conjunto XX, Casa XX, SMLN, Lago Norte, Brasília/DF – (i) está inserido em Zona Urbana de Uso Controlado I, onde o uso urbano deve ser compatível com as restrições relativas à sensibilidade ambiental da área e à proximidade com o Conjunto Urbano Tombado, conforme prevê a Lei Complementar Distrital 803, de 25 de abril de 2009, que aprovou a revisão do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal. Esse Diploma Normativo prevê como uma das diretrizes para o uso da área a proteção dos recursos hídricos com a manutenção e a recuperação da vegetação das Áreas de Preservação Permanente – APP, conforme assegura o art. 69, inciso III, *in verbis*:

Art. 69. Na Zona Urbana de Uso Controlado I, o uso urbano deve ser compatível com as restrições relativas à sensibilidade ambiental da área e à proximidade com o Conjunto Urbano Tombado, observadas as seguintes diretrizes:

I – (...)

III – proteger os recursos hídricos com a manutenção e a recuperação da vegetação das áreas de preservação permanente;

IV – (...)

Outrossim, não se pode olvidar do preceito encartado no § 2º, do art. 182 da Constituição Federal, segundo o qual a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Recentemente, foi editada a Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal), que fixou parâmetros novos para a delimitação das Áreas de Preservação Ambiental ao redor de reservatórios de água artificiais. O exato enquadramento da matéria em apreço exige, primeiramente, que se aperceba da existência de disciplinas normativas diversas para os reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais e os reservatórios d'água destinados à geração de energia ou abastecimento público.

De um lado, temos o art. 4º, III, cujo teor é o seguinte:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I – (...)

III – as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; (Incluído pela Lei 12.727, de 2012).

IV – (...)

De outro lado, temos os arts. 5º e 62, que tratam dos reservatórios d'água destinados à geração de energia ou abastecimento público, com os seguintes dizeres:

Art. 5º Na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze)

metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana. (Redação dada pela Lei 12.727, de 2012).

§ 1º Na implantação de reservatórios d'água artificiais de que trata o caput, o empreendedor, no âmbito do licenciamento ambiental, elaborará Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno do Reservatório, em conformidade com termo de referência expedido pelo órgão competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, não podendo o uso exceder a 10% (dez por cento) do total da Área de Preservação Permanente. (Redação dada pela Lei 12.727, de 2012).

§ 2º O Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno de Reservatório Artificial, para os empreendimentos licitados a partir da vigência desta Lei, deverá ser apresentado ao órgão ambiental concomitantemente com o Plano Básico Ambiental e aprovado até o início da operação do empreendimento, não constituindo a sua ausência impedimento para a expedição da licença de instalação.

§ 3º (VETADO).

Art. 62. Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.

O fato de que o Lago Paranoá constitui reservatório d'água artificial, decorrente do represamento dos cursos d'água da Bacia do Rio Paranoá e a circunstância de que esse reservatório também é utilizado para geração de energia elétrica, gera, à primeira vista, a estranha sensação de que a área de preservação permanente da orla do Lago Paranoá estaria sujeita a uma e outra regulação estatuídas pelo legislador.

Contudo, na realidade, o Lago Paranoá deve ser entendido, para efeito de enquadramento na disciplina estabelecida pela Lei 12.651/12, apenas como reservatório d'água decorrente do represamento de cursos d'água naturais. É que, conquan-

to seja utilizado para geração de energia elétrica, esse nunca foi o motivo principal que ensejou sua criação e, demais disso, a produção energética do Lago Paranoá é pouco expressiva, estimada em apenas 2,5 % (dois e meio por cento) do consumo de energia elétrica da Capital⁶.

Como já evidenciado, o Lago Paranoá foi criado, visando-se aumentar a umidade em suas proximidades e propiciar à população opções de lazer e um cenário paisagístico de beleza singular. Deveras, a criação do Lago Paranoá derivou muito mais do interesse em fomentar esses objetivos do que propriamente do interesse de possibilitar a produção de energia elétrica.

Desse modo, tem-se como aplicável à situação em foco, apenas o artigo 4º, inciso III, acima transcrito. Segundo esse dispositivo, são consideradas áreas de preservação permanente as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento.

Nesse ponto, importa frisar que, diferentemente do defendido pelo ilustre sentenciante, o advento da Lei 12.651/12 não condicionou a qualificação da orla do Lago Paranoá como área de preservação permanente à expedição da licença ambiental do empreendimento.

Nos termos do artigo 1º, inciso I, da Resolução do CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997, a licença ambiental constitui ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Com efeito, a licença ambiental traduz ato de outorga do direito de executar empreendimentos ou atividades que afetam o meio ambiente, cuja realização deve observar as condições, restrições e medidas de controle impostas pelo órgão

6 “Informação extraída do sítio: <http://oguiadeviagem.com.br/lago-paranoa/>”.

ambiental competente. A licença ambiental, portanto, precede a execução do empreendimento ou da atividade.

Desse modo, não faz qualquer sentido aguardar a expedição de licença ambiental para definição dos limites da faixa marginal do Lago Paranoá que é passível de ser qualificada como área de preservação permanente. Ora, estando o reservatório já pronto, evidentemente, não será expedida licença ambiental.

Ressalte-se, mais uma vez, que a orla do Lago Paranoá não deixou de ser área de preservação pelo tão só advento da Lei 12.651/12. De fato, caso se admitisse essa hipótese, estar-se-ia diante de um retrocesso sem tamanho em termos de proteção ambiental, quadro esse que, aliás, seria agravado pela circunstância de que, terminado o empreendimento, não haveria mais que se falar na expedição de licença ambiental.

Conforme restou explanado, desde o Código Florestal de 1965, as áreas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais já eram consideradas áreas de preservação permanente. E mais, com a edição do decreto 24.499, de 30 de março de 2004, que se norteou pelos parâmetros e normas da Resolução 302 do CONAMA, restou expressamente reconhecida como área de preservação permanente do Lago Paranoá a faixa marginal em torno desse reservatório, com largura de trinta metros, em projeção horizontal.

Dessas considerações resulta, então, a certeza de que a Lei 12.651/12 não desqualificou a orla do Lago Paranoá como área de preservação permanente. Na realidade, o que pretende a lei, em seu artigo 4º, inciso III, é que os reservatórios d'água artificiais que forem criados a partir de sua entrada em vigor, contem sempre com a individualização da área de preservação permanente na própria licença ambiental do empreendimento. O que sobeja do alinhado, portanto, é que não se poderia afirmar de antemão que a conduta da ré afigura-se atípica.

Diante do exposto, dou provimento ao reexame necessário e casso a sentença para restabelecer o andamento do inquérito policial e permitir a continuidade das investigações pelo *Parquet*.

É como voto.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) – Meu voto é pelo não conhecimento do recurso.

Des. Jesuíno Rissato (Vogal) – Peço vista.

■ ■ DECISÃO PARCIAL

A Relatora dá provimento. O 1º Vogal não conhece do recurso. O 2º Vogal pede vista.

■ ■ VOTO-VISTA

Des. Jesuíno Rissato (Vogal) – Com a Relatora.

■ ■ DECISÃO

Conhecer e dar provimento, por maioria, vencido o 1º Vogal.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

2013071040492-4

Relator – Des. Silvanio Barbosa dos Santos

Segunda Turma Criminal

EMENTA

Recurso em sentido estrito. Violência doméstica. União homoafetiva. Possibilidade. Análise do caso concreto. Relação íntima pretérita. Ausência de pertinência. Motivação desvinculada do gênero. Inexistência de condição de hipossuficiência ou vulnerabilidade. Inaplicabilidade da Lei Maria da Penha. Decisão mantida. Recurso desprovido.

1. Os dispositivos da Lei Maria da Penha são também aplicáveis às mulheres que, no uso de sua liberdade sexual, mantêm relacionamentos homoafetivos. É dizer: a lei não desampara a mulher pelo fato de sua relação íntima estabelecer-se com pessoa do mesmo sexo, sendo certo que conclusão diversa seria absolutamente inconstitucional.

2. A Lei Maria da Penha define com clareza o sujeito passivo da violência doméstica, que será sempre a mulher. Contudo, o sujeito ativo poderá ser tanto o homem quanto a mulher, devendo a análise do caso concreto atentar-se à existência ou não de motivação de gênero e utilização da relação doméstica, familiar ou de afetividade como escopo para a prática da violência, fatores que serão determinantes para concluir-se pela (in)aplicabilidade da referida norma.

3. Não se verifica a permanência de qualquer vínculo íntimo entre a ofendida e a recorrida: o transcurso de significativo lapso temporal entre o término do relacionamento (2008) e a data da suposta ameaça (2013), bem como a prova da existência de sério relacionamento afetivo posterior, obstam eventual presunção de que a violência tenha sido decorrente da relação de afeto mantida, no passado, entre a vítima e a agressora.

4. A motivação da suposta ameaça teria sido um desentendimento entre agressora e ofendida, fundado no receio por parte da agressora de que a vítima estivesse colaborando para que os credores encontrassem o seu endereço, motivo que não guarda qualquer pertinência com a relação homoafetiva mantida e encerrada anos atrás.

5. Não se constata que a vítima estivesse em condição de vulnerabilidade ou hipossuficiência frente à recorrida.

6. Recurso desprovido.

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 – Vogal, Souza e Avila – Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Souza e Avila, em proferir a seguinte decisão: negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 3 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Pela respeitável decisão de fls. 12-12/v, cujo relatório se adota como complemento, a ilustre autoridade judiciária do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Taguatinga/DF indeferiu as medidas protetivas pleiteadas e declinou da competência em favor do Juizado Especial Criminal daquela circunscrição, por entender serem inaplicáveis à hipótese as disposições da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Narrou a Comunicação de Ocorrência Policial que (fl. 04):

Compareceu a esta Especializada a OFENDIDA/DECLARANTE, K.C.S.L., informando-nos que manteve um relacionamento amoroso com a agressora C. B. C. por 17 anos, convivendo com ela por 13 anos. Que NÃO possuem filhos em comum. Que durante o relacionamento já fora agredida física e moralmente por

ela/agressora. Que está separada da agressora há cerca de 04 anos. Que no dia 02/12/2013, por volta das 18h51min, fora ameaçada de morte via telefone. Que a agressora a disse-lhe "se você der meu endereço para alguma pessoa eu te mato, sua filha da puta". Ressalta a OFENDIDA/DECLARANTE que nunca passou o endereço da agressora para ninguém, porém tem conhecimento que cobradores têm procurado a agressora por dívidas adquiridas por ela/agressora, de uma empresa que possui na cidade de Santo Antônio do Descoberto/GO. Disse ainda que o celular utilizado para ameaçá-la pertence a atual companheira da agressora (E.P.). Neste ato, a ofendida manifestou interesse em requerer e representar pela apuração criminal dos fatos, ficando ciente do prazo decadencial de 06 (seis) meses para o oferecimento da queixa-crime junto ao Poder Judiciário, em sendo o caso. Foi cientificada da impossibilidade de arquivamento do presente feito na esfera policial. requereu Medidas Protetivas de Urgência previstas na Lei 11.340/2006, conforme termo anexo. Orientada sobre a Casa Abrigo, preferiu não ser abrigada, no momento.

O Ministério Público recorreu da decisão às fls. 14-15 e, nas razões de fls. 16-28, postula o deferimento das medidas protetivas de urgência e o reconhecimento da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Requereu, liminarmente, que fossem sustados os efeitos da decisão impugnada e que fossem deferidas as medidas pleiteadas.

Contrarrazões à fl. 32, sem apresentar qualquer alegação.

O *decisum* foi mantido em primeiro grau (fl. 35).

Às fls. 39-39/v, a Procuradoria de Justiça oficiou pela intimação da recorrida para que constituísse novo patrono e/ou apresentasse os fundamentos das contrarrazões.

Novas contrarrazões apresentadas às fls. 41-47, juntando documentos e pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

A liminar foi indeferida às fls. 49-49/v.

Ao analisar o mérito da questão, o eminente Procurador de Justiça Dr. GLADANIEL PALMEIRA DE CARVALHO opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 51-53/v).

É o relatório.

VOTOS

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Relator) – Conheço do recurso.

O Ministério Público requer sejam deferidas as medidas protetivas requeridas em favor da ofendida e que seja declarada a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher de Taguatinga/DF para a apreciação e julgamento do caso em tela.

Sustenta que a incidência da Lei Maria da Penha independe de orientação sexual, sendo plenamente aplicável às hipóteses de uniões homoafetivas envolvendo mulheres.

Obtempera que toda mulher, independente da orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e que a Lei não limita o gênero do sujeito ativo da violência doméstica, que pode ser tanto homem quanto mulher.

Aduz, ainda, que a inferioridade física ou econômica da vítima em relação à ofensora deve ser avaliada pelo Juiz em audiência, mediante análise das provas dos autos ou mediante estudo psicossocial no caso concreto, sendo necessário resguardar a incolumidade física e moral da ofendida, a qual não pode permanecer constantemente submetida ao risco de nova agressão ou sofrer temor de retaliação.

Por fim, o *Parquet* sustenta que a decisão recorrida violou o artigo 1º, inciso III, o artigo 3º, inciso IV, e o artigo 226, todos da Constituição Federal, além de negar vigência aos artigos 2º e 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha.

Em que pese o esmero do Ministério Público em elaborar suas razões recursais, verifica-se que a hipótese concreta não se amolda à disciplina legal referente à violência doméstica.

Inicialmente, ressalte-se que coaduna com o entendimento do recorrente no sentido de que o fato de tratar-se de uma relação homoafetiva não afasta, por si só, a incidência das disposições previstas na Lei Maria da Penha.

Com efeito, a norma em apreço objetiva coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conferindo-lhe proteção integral e diferenciada quando, em razão do gênero, ela se encontrar em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência frente a um agressor, seja ele homem ou mulher.

Exatamente por isso, em seu artigo 2º, a Lei 11.340/06 assegura esta proteção particular a todas as mulheres, vedando a adoção de qualquer fator de discriminação, entre eles a orientação sexual. Da mesma forma, em seu artigo 5º, a Lei enfatiza que as relações pessoais sobre as quais incide a norma protetiva independem da orientação sexual.

Portanto, imperioso concluir que os dispositivos da Lei Maria da Penha são também aplicáveis às mulheres que, no uso de sua liberdade sexual, mantêm relacionamentos homoafetivos. É dizer: a lei não desampara a mulher pelo fato de sua relação íntima estabelecer-se com pessoa do mesmo sexo, sendo certo que conclusão diversa seria absolutamente inconstitucional.

Nesse contexto, em observância aos ditames legais e constitucionais, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou a compreensão de que a Lei Maria da Penha define com clareza o sujeito passivo da violência doméstica, que será sempre a mulher. Contudo, o sujeito ativo poderá ser tanto o homem quanto a mulher, devendo a análise do caso concreto atentar-se à existência ou não de motivação de gênero e utilização da relação doméstica, familiar ou de afetividade como escopo para a prática da violência, fatores que serão determinantes para concluir-se pela (in) aplicabilidade da referida norma.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

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, além da convivência, com ou sem coabitação. (CC 96.533/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 05/02/2009.)

No mesmo sentido, já decidiram outros tribunais pátrios:

Apelação criminal. Lei 11.340/06. Requerimento de medidas protetivas de urgência. Extinção do feito sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido. Não cabimento. Relação homoafetiva entre duas mulheres. Possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha. Recurso ministerial provido. Por força de exigência legal, o sujeito passivo, para fins de incidência da proteção e assistência previstas na Lei Maria da Penha, deve ser mulher. Todavia, no que tange ao agressor, isto é, ao sujeito ativo, a Lei 11.340/06, no parágrafo único de seu art. 5º, não repetiu o mencionado requisito, permitindo, por conseguinte, sua aplicabilidade também em hipótese de relações homoafetivas entre mulheres. **(TJMG, ACrim 1.0024.13.125196-9/001, 2ª C. Crim., Rel. Desa. Beatriz Pinheiro Caires, p. 03/02/2014.)** (Grifos nossos.)

Conflito de competência. Violência doméstica. Relações homoafetivas. Ofendida mulher. Gênero independente da orientação sexual. Competência da vara especializada. 1 – A Lei 11.340/06 destina-se a proteger a mulher de violência doméstica, não importa sua opção sexual, nem que envolva relações homoafetivas e a agressora seja outra mulher. 2 – O artigo 5º da Lei estabelece como âmbito de incidência a proteção da mulher na unidade doméstica, abrangendo os indivíduos que nela convivem ou qualquer relação de afeto, vínculo familiar, mesmo que não mais coabitem, independente da orientação sexual. A Lei não é limitada pelo gênero do agressor, sua finalidade é sempre proteger a mulher, independente de opção sexual (parágrafo único do artigo 5º). 3 – Competente a Vara de Violência Doméstica exercida na Comarca pela Vara de Família. Conflito procedente. **(TJRS, Conf. Jurisd. 70036742047, 3ª C. Crim., Rel. Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 22/07/2010.)** (Grifos nossos.)

1. A relação materno-filial envolvendo mãe e filha também é protegida pela Lei 11.340 /2006, eis que a mulher, além de vítima, pode ser sujeito ativo das inúmeras violências descritas no âmbito da referida lei. **(TJES, Classe: Conflito de Competência, 100110041678, Relator: SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 29/02/2012, Data da Publicação no Diário: 16/03/2012.)** (Grifos nossos.)

Dessa forma, passo a analisar se no caso em apreço a agressora prevaleceu-se das relações de afeto e convivência para a prática da violência e se a vítima encontra-

se em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade frente à agressora devido à sua condição de mulher.

Conforme declinado à fl. 7, a ofendida afirmou haver convivido com a recorrida por 13 (treze) anos, mas ressalvou que há cerca de 4 (quatro) anos estão separadas.

A alegação é confirmada pela agressora em suas contrarrazões, nas quais consta a informação de que o relacionamento se desfez em abril de 2008, sendo que desde novembro de 2008 coabita em união homoafetiva com outra companheira. A cópia da escritura pública de regulação patrimonial deste novo relacionamento, lavrada no 3º Ofício de Notas e Protesto de Títulos de Brasília, encontra-se à fl. 45 destes autos.

Destarte, não se verifica, de plano, a permanência de qualquer vínculo íntimo entre a ofendida e a agressora. O transcurso de significativo lapso temporal entre o término do relacionamento (2008) e a data da suposta ameaça (2013) bem como a prova da existência de sério relacionamento afetivo posterior, obstam a presunção de que a violência tenha sido decorrente da relação de afeto mantida, no passado, entre a vítima e a agressora.

Além disso, a recorrida mencionou que, ao ser ameaçada, a agressora afirmou: “Se você der meu endereço para alguma pessoa, eu te mato.” Dessa forma, a motivação da ameaça teria sido a impressão da agressora de que a ofendida estivesse divulgando seu endereço a credores. Esta hipótese é confirmada pela própria ofendida, que esclareceu perante a autoridade policial que “tem conhecimento que cobradores têm procurado a agressora por dívidas adquiridas por ela/agressora” (fl. 07).

Portanto, a motivação da suposta ameaça teria sido um desentendimento entre agressora e ofendida, fundado no receio, por parte da agressora, de que a vítima estivesse colaborando para que os credores encontrassem o seu endereço. Como se vê, motivo que não guarda qualquer pertinência com a relação homoafetiva mantida e encerrada anos atrás.

Saliente-se, por oportuno, que os credores da recorrida aparentemente utilizam métodos intimidativos de cobrança, inclusive referindo-se ao seu endereço

domiciliar, o que se constata pela análise da Comunicação de Ocorrência Policial cuja cópia se encontra às fls. 46-47, na qual consta que:

Compareceu nesta delegacia de polícia a Comunicante/Vítima, qualificada em campo próprio, informando-nos que na data, horário e local indicados na presente, o seu prestador de serviços, o qual é protético, conhecido por R., com o qual trabalhou por três meses, a ameaçou de morte com palavras como: “Permaneça dentro de casa, pois vou ficar na porta, fazendo campana e se alguém sair, vou furar com a faca”, “A partir de hoje, você não tem mais paz”, “Vou tocar fogo na sua casa”. Quanto ao motivo, declarou que R. alega que tem dinheiro a receber em razão dos serviços prestados. Dívida esta que a comunicante afirma existir, apesar de não saber informar o valor. (fl. 47.)

Finalmente, também não se constata que a vítima estivesse em condição de vulnerabilidade ou hipossuficiência frente à agressora. De fato, a ofendida possui nível superior e exerce a profissão de cirurgiã dentista. Não há nos autos qualquer elemento que indique ser ela dependente, econômica ou emocionalmente, da agressora. Também não se vislumbra relação de coabitação ou convivência próxima entre ambas, de forma que se constata sua total autonomia em relação à agressora.

De todo o exposto, mesmo considerando ser a Lei Maria da Penha plenamente aplicável às relações homoafetivas entre mulheres e às agressões delas decorrentes, é forçoso reconhecer que o caso concreto não se amolda às hipóteses de violência doméstica e familiar, tendo em vista: (1) que a suposta agressão não possui qualquer vinculação com a relação íntima de afeto mantida no passado, (2) que o fundamento da ameaça não possui motivação de gênero (3) e que não há relação de vulnerabilidade/hipossuficiência entre a ofendida e a agressora.

A esse respeito, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

1. Não se aplica a Lei Maria da penha (Lei 11.340/06) em caso de crime cometido contra mulher, em contexto doméstico, em relação homoafetiva, se a violência não decorreu de situação de opressão da ré sobre a vítima.

2. Não sendo caso de aplicação da Lei Maria da Penha, a competência para analisar o aditamento à denúncia e para julgar o feito é do Juízo da 2ª Vara

Criminal de Ceilândia (suscitado) e não do 1º Juizado Especial Criminal de Brasília (suscitante).

(Acórdão 381830, 20090020042214CCP, Relator: SÉRGIO ROCHA, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 21/09/2009, Publicado no DJE: 09/10/2009. Pág.: 56) (Grifos nossos.)

1. A relação existente entre a vítima e o sujeito ativo deve ser analisada concretamente, para verificar se é aplicável a Lei Maria da Penha. Precedentes.

2. O fato de a vítima ser irmã da agressora não enseja, por si só, a vulnerabilidade a ponto de atrair a incidência da Lei Maria da Penha. Na hipótese, o feito não aponta relação de desvantagem, hipossuficiência ou dependência entre a suposta autora do fato e a vítima. Ambas são mulheres da mesma faixa etária, residem em locais distintos e que aparentam independência emocional e financeira, uma de outra. Assim, não se vislumbra a possibilidade de aplicação das disposições contidas na Lei Maria da Penha.

3. Conflito Negativo de Competência conhecido e não provido, declarando competente o Juízo de Direito do 2º Juizado Especial Cível e Criminal de Sobradinho/DF, o suscitante.

(Acórdão 640861, 20120020252709CCR, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 10/12/2012, Publicado no DJE: 12/12/2012. Pág.: 73) (Grifos nossos.)

Dessa forma, deve ser mantida a decisão que indeferiu as medidas de urgência pleiteadas e declinou da competência para um dos Juizados Especiais Criminais da Circunscrição Judiciária de Taguatinga/DF, pois inaplicável ao caso os dispositivos da Lei 11.340/06.

Consigne-se, ainda, que a decisão recorrida encontra-se em perfeita consonância com todas as disposições legais e constitucionais aplicáveis à espécie, em especial o artigo 1º, inciso III, o artigo 3º, inciso IV, e o artigo 226, todos da Constituição Federal, além dos artigos 2º e 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Des. João Timóteo de Oliveira (Vogal) – Com o Relator.

Des. Souza e Avila (Vogal) – Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento. Unânime.

ÍNDICE NUMÉRICO

Jurisprudência

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2013002030674-5 051

(Acórdão Nº 770.683). Relatora: Desa. Vera Andrighi

DIVÓRCIO LITIGIOSO \ PARTILHA \ ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DE SOCIEDADE, EXIBIÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2013002019057-9 057

(Acórdão Nº 757.164). Relatora: Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL \ GUARDA DE MENORES \ INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2013002019467-8 063

(Acórdão Nº 748.333). Relator: Des. Alfeu Machado

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA POST MORTEM \ PRINCIPIO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL \ UNIÕES ESTÁVEIS HETEROAFETIVAS, ANALOGIA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013011076141-8 074

(Acórdão Nº 774.800). Relator: Des. J. J. Costa Carvalho

VERBAS CONDOMINIAIS \ CASAL SEPARADO \ ACORDO ENTRE AS PARTES \ OBRIGAÇÃO PROPTER REM

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009011047286-8 083

(Acórdão Nº 748.058). Relator: Des. Antoninho Lopes

DIREITO DE IMAGEM, VIOLAÇÃO \ MATÉRIA JORNALÍSTICA TELEVISIVA \ AUTORIZAÇÃO PARA USO DE IMAGEM, INOCORRÊNCIA \ DANO MORAL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011140797-2 087

(Acórdão Nº 777.292). Relatora: Desa. Simone Lucindo

DIREITOS AUTORAIS, VIOLAÇÃO \ OBRA MUSICAL \ EXECUÇÃO PÚBLICA EM CARRO DE SOM

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013011040638-0 109

(Acórdão Nº 750.505). Relator: Des. Getúlio de Moraes Oliveira

CONDOMÍNIO, INADIMPLÊNCIA \ CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA, IMPOSSIBILIDADE \ EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011082833-0 117

(Acórdão Nº 773.234). Relator: Des. Angelo Canducci Passareli

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS \ MAIORIDADE CIVIL \ ALIMENTANDO RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011170845-7 124

(Acórdão Nº 778.763). Relator: Des. Flavio Rostirola

PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA EM SÍTIO ELETRÔNICO \ REPRODUÇÃO EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL \ LIBERDADE DE EXPRESSÃO, EXCESSO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011225760-4 139

(Acórdão Nº 766.065). Relator: Des. Sebastião Coelho

OFENSA À HONRA \ DIVULGAÇÃO POR MEIOS DE COMUNICAÇÃO \ DANO MORAL, INDENIZAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013011079403-5 148

(Acórdão Nº 772.021). Relator: Des. Cruz Macedo

REPARAÇÃO DE DANOS \ PALAVRAS DE BAIXO CALÃO \ OFENSAS DIRIGIDAS A ALUNO EM SALA DE AULA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012061003715-0	154
.....	
<i>(Acórdão Nº 765.371). Relator: Des. Teófilo Caetano</i>	
OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS \ PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO \	
ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE	
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013101006522-4	173
.....	
<i>(Acórdão Nº 779.486). Relator: Des. Luciano Moreira Vasconcellos</i>	
PLANO DE SAÚDE \ INCLUSÃO DE RECÉM-NASCIDO, RECUSA \ DANO MORAL	
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011041005751-2	183
.....	
<i>(Acórdão Nº 779.992). Relator: Des. Mário-Zam Belmiro</i>	
AÇÃO DE ALIMENTOS EM DESFAVOR DE FILHO \ MÃE IDOSA \ SUBSISTÊNCIA MÍNIMA, PRESERVAÇÃO	
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011011128105-6	189
.....	
<i>(Acórdão Nº 769.172). Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior</i>	
INTERNAÇÃO DE CASAL DE IDOSOS EM ENTIDADE DE LONGA PERMANÊNCIA \ ANTECIPAÇÃO DE TUTELA,	
DEFERIMENTO \ ESTATUTO DO IDOSO, APLICAÇÃO	
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011113863-4	197
.....	
<i>(Acórdão Nº 745.291). Relator: Des. Fernando Habibe</i>	
ENERGIA ELÉTRICA, INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO \ MORTE DE AVES EM GRANJA \ DANO MATERIAL	
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009011173414-9	205
.....	
<i>(Acórdão Nº 761.377). Relator: Des. José Divino de Oliveira</i>	
ACIDENTE DE TRÂNSITO \ MORTE DE MENOR \ CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013011154385-5	220
.....	
<i>(Acórdão Nº 774.978). Relator: Des. João Egmont</i>	

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL \ CESSÃO DE USO DE JAZIGO \ ASSINATURA DE TESTEMUNHAS, INEXISTÊNCIA \ TÍTULO EXECUTIVO, DESCARACTERIZAÇÃO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2009011030647-0 229

(Acórdão Nº 767.553). Relatora: Des. Nídia Corrêa Lima

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA \ ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO, EXPEDIÇÃO IRREGULAR \ INVASÃO DE ÁREA PÚBLICA \ CONSTRUÇÃO IRREGULAR

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2010011066221-8 267

(Acórdão Nº 773.258). Relator: Des. Sérgio Rocha

PENSÃO POR MORTE \ DIVISÃO DE PENSÃO ENTRE EX-ESPOSA A ATUAL COMPANHEIRA \ PROVA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2011011129853-3 278

(Acórdão Nº 764.446). Relator: Des. Arnoldo Camanho de Assis

MORTE DE GENITOR EM PRESÍDIO \ ABSOLUTAMENTE INCAPAZ \ RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2013041007096-7 287

(Acórdão Nº 778.459). Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR \ PROVA PERICIAL, LEGALIDADE \ DENÚNCIA E SENTENÇA, CORRELAÇÃO \ AUTORIA E MATERIALIDADE, COMPROVAÇÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2012081001702-4 308

(Acórdão Nº 778.652). Relatora: Des. Sandra De Santis

PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO \ VENDA DE LOTES \ DANO AMBIENTAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2013051006489-9 312

(Acórdão Nº 750.622). Relator: Des. João Batista Teixeira

PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE \ AMEAÇA \ ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2008031029100-5 328

(Acórdão Nº 774.955). Relator: Des. George Lopes Leite

SONEGAÇÃO DE AUTOS \ RETENÇÃO INDEVIDA POR ADVOGADO \ TIPO PENAL, CARACTERIZAÇÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2010071000419-5 336

(Acórdão Nº 759.154). Relator: Des. Romão C. Oliveira

ATESTADO MÉDICO FALSO \ JUSTIFICATIVA DE FALTA AO TRABALHO \ ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE \ CONFIGURAÇÃO DE CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2011011152146-6 341

(Acórdão Nº 760.080). Relator: Des. Jesuino Rissato

VENDA DE PRODUTO DESTINADO A USO TERAPÊUTICO OU MEDICINAL \ REGISTRO NA ANVISA, INEXISTÊNCIA \ PROCEDÊNCIA IGNORADA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2012002028659-5 347

(Acórdão Nº 750.310). Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva

MILITARES DO DISTRITO FEDERAL \ REVISÃO DE VENCIMENTOS \ REAJUSTE DE 28,86%

EMBARGOS INFRINGENTES CÍVEIS NA APC Nº 2011011110657-8 358

(Acórdão Nº 748.719). Relator: Des. Otávio Augusto

CIRURGIA DE EXTRAÇÃO TOTAL DOS DENTES \ ERRO MÉDICO, NÃO CONFIGURAÇÃO \ RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, NÃO CONFIGURAÇÃO

HABEAS CORPUS Nº 2014002002998-0 371

(Acórdão Nº 766.202). Relator: Des. Souza e Avila

ESTUPRO DE VULNERÁVEL \ SOBRINHA DO OFENSOR \ VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL

HABEAS CORPUS Nº 2014002005756-9 380

(Acórdão Nº 779.714). Relator: Des. Mario Machado

HABEAS CORPUS Nº 2013002027722-4 385

(Acórdão Nº 761.058). Relator: Des. Roberval Casemiro Belinati

DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO \ INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DEFERIMENTO \ AUTORIDADE COM FORO ESPECIAL

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2013002024879-6 400

(Acórdão Nº 751.382). Relator: Des. Jair Soares

CONCURSO PÚBLICO \ CANDIDATO APROVADO \ REPOSICIONAMENTO DE CANDIDATO NO FINAL DA LISTA DE CLASSIFICAÇÃO, CRITÉRIOS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2013002019848-8 416

(Acórdão Nº 764.694). Relatora: Des. Carmelita Brasil

CONCURSO PARA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL \ TEMPO MÍNIMO DE ATIVIDADE JURÍDICA \ COMPROVAÇÃO NA DATA DA POSSE

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2013002013963-7 459

(Acórdão Nº 754.940). Relator: Des. João Timóteo de Oliveira

GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO \ PRESENÇA DO SERVIDOR NO LOCAL DE TRABALHO \ DESCONTO DOS DIAS PARADOS

REMESSA DE OFÍCIO Nº 2007011046957-6 473

(Acórdão Nº 745.131). Relatora: Des. Nilsoni de Freitas Custódio

CRIME AMBIENTAL \ ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE \ SENTENÇA CASSADA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2013071040492-4 483

(Acórdão Nº 777.193). Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA \ UNIÃO HOMOAFETIVA \ HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE, INEXISTÊNCIA \ LEI MARIA DA PENHA, INAPLICABILIDADE

ÍNDICE ROTATIVO

Jurisprudência

A

ABSOLUTAMENTE INCAPAZ . MORTE DE GENITOR EM PRESÍDIO . RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO	278
ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE. PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE . AMEAÇA	312
ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . ATESTADO MÉDICO FALSO . JUSTIFICATIVA DE FALTA AO TRABALHO . CONFIGURAÇÃO DE CRIME	336
AÇÃO DE ALIMENTOS EM DESFAVOR DE FILHO . MÃE IDOSA . SUBSISTÊNCIA MÍNIMA, PRESERVAÇÃO	183
ACIDENTE DE TRÂNSITO . MORTE DE MENOR . CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	205
ACORDO ENTRE AS PARTES . VERBAS CONDOMINIAIS . CASAL SEPARADO . OBRIGAÇÃO PROPTER REM	74
ALIMENTANDO RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS . MAIORIDADE CIVIL	117
ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO, EXPEDIÇÃO IRREGULAR . IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . INVASÃO DE ÁREA PÚBLICA . CONSTRUÇÃO IRREGULAR	229
AMEAÇA . PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE . ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE.	312
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, DEFERIMENTO . INTERNAÇÃO DE CASAL DE IDOSOS EM ENTIDADE DE LONGA PERMANÊNCIA . ESTATUTO DO IDOSO, APLICAÇÃO	189
ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE . CRIME AMBIENTAL . SENTENÇA CASSADA	473
ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS . PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO	154
ASSINATURA DE TESTEMUNHAS, INEXISTÊNCIA . EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL . CESSÃO DE USO DE JAZIGO . TÍTULO EXECUTIVO, DESCARACTERIZAÇÃO	220
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . PROVA PERICIAL, LEGALIDADE . DENÚNCIA E SENTENÇA,	

CORRELAÇÃO . AUTORIA E MATERIALIDADE, COMPROVAÇÃO	287
ATESTADO MÉDICO FALSO . JUSTIFICATIVA DE FALTA AO TRABALHO . ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . CONFIGURAÇÃO DE CRIME	336
AUTORIA E MATERIALIDADE, COMPROVAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . PROVA PERICIAL, LEGALIDADE . DENÚNCIA E SENTENÇA, CORRELAÇÃO	287
AUTORIDADE COM FORO ESPECIAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO . INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DEFERIMENTO	385
AUTORIZAÇÃO PARA USO DE IMAGEM, INOCORRÊNCIA . DIREITO DE IMAGEM, VIOLAÇÃO . MATÉRIA JORNALÍSTICA TELEVISIVA . DANO MORAL	83

C

CANDIDATO APROVADO . CONCURSO PÚBLICO . REPOSICIONAMENTO DE CANDIDATO NO FINAL DA LISTA DE CLASSIFICAÇÃO, CRITÉRIOS	400
CASAL SEPARADO . VERBAS CONDOMINIAIS . ACORDO ENTRE AS PARTES . OBRIGAÇÃO PROPTER REM	74
CESSÃO DE USO DE JAZIGO . EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL . ASSINATURA DE TESTEMUNHAS, INEXISTÊNCIA . TÍTULO EXECUTIVO, DESCARACTERIZAÇÃO	220
CIRURGIA DE EXTRAÇÃO TOTAL DOS DENTES . ERRO MÉDICO, NÃO CONFIGURAÇÃO . RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, NÃO CONFIGURAÇÃO	358
COMPROVAÇÃO NA DATA DA POSSE. CONCURSO PARA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL . TEMPO MÍNIMO DE ATIVIDADE JURÍDICA	416
CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO . MORTE DE MENOR	205
CONCURSO PARA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL . TEMPO MÍNIMO DE ATIVIDADE JURÍDICA . COMPROVAÇÃO NA DATA DA POSSE	416
CONCURSO PÚBLICO . CANDIDATO APROVADO . REPOSICIONAMENTO DE CANDIDATO NO FINAL DA LISTA DE CLASSIFICAÇÃO, CRITÉRIOS	400
CONDOMÍNIO, INADIMPLÊNCIA . CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA, IMPOSSIBILIDADE . EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES	109

CONFIGURAÇÃO DE CRIME. ATESTADO MÉDICO FALSO . JUSTIFICATIVA DE FALTA AO TRABALHO . ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE	336
CONSTRUÇÃO IRREGULAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO, EXPEDIÇÃO IRREGULAR . INVASÃO DE ÁREA PÚBLICA	229
CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA, IMPOSSIBILIDADE . CONDOMÍNIO, INADIMPLÊNCIA . EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES	109
CRIME AMBIENTAL . ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE . SENTENÇA CASSADA	473

D

DANO AMBIENTAL. PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO . VENDA DE LOTES	308
DANO MATERIAL. ENERGIA ELÉTRICA, INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO . MORTE DE AVES EM GRANJA	197
DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM, VIOLAÇÃO . MATÉRIA JORNALÍSTICA TELEVISIVA . AUTORIZAÇÃO PARA USO DE IMAGEM, INOCORRÊNCIA	83
DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE . INCLUSÃO DE RECÉM-NASCIDO, RECUSA	173
DANO MORAL, INDENIZAÇÃO. OFENSA À HONRA . DIVULGAÇÃO POR MEIOS DE COMUNICAÇÃO	139
DENÚNCIA E SENTENÇA, CORRELAÇÃO . ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . PROVA PERICIAL, LEGALIDADE . AUTORIA E MATERIALIDADE, COMPROVAÇÃO	287
DESCONTO DOS DIAS PARADOS. GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO . PRESENÇA DO SERVIDOR NO LOCAL DE TRABALHO	459
DIREITO DE IMAGEM, VIOLAÇÃO . MATÉRIA JORNALÍSTICA TELEVISIVA . AUTORIZAÇÃO PARA USO DE IMAGEM, INOCORRÊNCIA . DANO MORAL	83
DIREITOS AUTORAIS, VIOLAÇÃO . OBRA MUSICAL . EXECUÇÃO PÚBLICA EM CARRO DE SOM	87
DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO . INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DEFERIMENTO . AUTORIDADE COM FORO ESPECIAL	385
DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL . GUARDA DE MENORES . INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA	57
DIVISÃO DE PENSÃO ENTRE EX-ESPOSA A ATUAL COMPANHEIRA . PENSÃO POR MORTE . PROVA DE	

<i>DEPENDÊNCIA ECONÔMICA</i>	267
<i>DIVÓRCIO LITIGIOSO . PARTILHA . ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DE SOCIEDADE, EXIBIÇÃO</i>	51
<i>DIVULGAÇÃO POR MEIOS DE COMUNICAÇÃO . OFENSA À HONRA . DANO MORAL, INDENIZAÇÃO</i>	139

E

<i>ENERGIA ELÉTRICA, INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO . MORTE DE AVES EM GRANJA . DANO MATERIAL</i>	197
<i>ERRO MÉDICO, NÃO CONFIGURAÇÃO . CIRURGIA DE EXTRAÇÃO TOTAL DOS DENTES . RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, NÃO CONFIGURAÇÃO</i>	358
<i>ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DE SOCIEDADE, EXIBIÇÃO . DIVÓRCIO LITIGIOSO . PARTILHA</i>	51
<i>ESTATUTO DO IDOSO, APLICAÇÃO . INTERNAÇÃO DE CASAL DE IDOSOS EM ENTIDADE DE LONGA PERMANÊNCIA . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, DEFERIMENTO</i>	189
<i>ESTUPRO DE VULNERÁVEL . SOBRINHA DO OFENSOR . VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL</i>	371
<i>ESTUPRO DE VULNERÁVEL . VIOLÊNCIA DOMÉSTICA . PERICULOSIDADE, DEMONSTRAÇÃO</i>	380
<i>EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL . CESSÃO DE USO DE JAZIGO . ASSINATURA DE TESTEMUNHAS, INEXISTÊNCIA . TÍTULO EXECUTIVO, DESCARACTERIZAÇÃO</i>	220
<i>EXECUÇÃO PÚBLICA EM CARRO DE SOM. DIREITOS AUTORAIS, VIOLAÇÃO . OBRA MUSICAL</i>	87
<i>EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. CONDOMÍNIO, INADIMPLÊNCIA . CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA, IMPOSSIBILIDADE</i>	109
<i>EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS . MAIORIDADE CIVIL . ALIMENTANDO RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL</i>	117

G

<i>GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO . PRESENÇA DO SERVIDOR NO LOCAL DE TRABALHO . DESCONTO DOS DIAS PARADOS</i>	459
<i>GUARDA DE MENORES . DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL . INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA</i>	57

H

HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE, INEXISTÊNCIA . VIOLÊNCIA DOMÉSTICA . UNIÃO HOMOAFETIVA . LEI MARIA DA PENHA, INAPLICABILIDADE	483
---	-----

I

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO, EXPEDIÇÃO IRREGULAR . INVASÃO DE ÁREA PÚBLICA . CONSTRUÇÃO IRREGULAR	229
INCLUSÃO DE RECÉM-NASCIDO, RECUSA . PLANO DE SAÚDE . DANO MORAL	173
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DEFERIMENTO . DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO . AUTORIDADE COM FORO ESPECIAL	385
INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL . GUARDA DE MENORES	57
INTERNAÇÃO DE CASAL DE IDOSOS EM ENTIDADE DE LONGA PERMANÊNCIA . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, DEFERIMENTO . ESTATUTO DO IDOSO, APLICAÇÃO	189
INVASÃO DE ÁREA PÚBLICA . IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA . ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO, EXPEDIÇÃO IRREGULAR . CONSTRUÇÃO IRREGULAR	229

J

JUSTIFICATIVA DE FALTA AO TRABALHO . ATESTADO MÉDICO FALSO . ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . CONFIGURAÇÃO DE CRIME	336
---	-----

L

LEI MARIA DA PENHA, INAPLICABILIDADE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA . UNIÃO HOMOAFETIVA . HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE, INEXISTÊNCIA	483
LIBERDADE DE EXPRESSÃO, EXCESSO. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA EM SÍTIO ELETRÔNICO . REPRODUÇÃO EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL	124

M

MÃE IDOSA . AÇÃO DE ALIMENTOS EM DESFAVOR DE FILHO . SUBSISTÊNCIA MÍNIMA, PRESERVAÇÃO	183
MAIORIDADE CIVIL . EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS . ALIMENTANDO RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL	117
MATÉRIA JORNALÍSTICA TELEVISIVA . DIREITO DE IMAGEM, VIOLAÇÃO . AUTORIZAÇÃO PARA USO DE IMAGEM, INOCORRÊNCIA . DANO MORAL	83
MILITARES DO DISTRITO FEDERAL . REVISÃO DE VENCIMENTOS . REAJUSTE DE 28,86%.	347
MORTE DE AVES EM GRANJA . ENERGIA ELÉTRICA, INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO . DANO MATERIAL	197
MORTE DE GENITOR EM PRESÍDIO . ABSOLUTAMENTE INCAPAZ . RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO	278
MORTE DE MENOR . ACIDENTE DE TRÂNSITO . CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS	205

O

OBRA MUSICAL . DIREITOS AUTORAIS, VIOLAÇÃO . EXECUÇÃO PÚBLICA EM CARRO DE SOM	87
OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS . PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO . ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE	154
OBRIGAÇÃO PROPTER REM. VERBAS CONDOMINIAIS . CASAL SEPARADO . ACORDO ENTRE AS PARTES	74
OFENSA À HONRA . DIVULGAÇÃO POR MEIOS DE COMUNICAÇÃO . DANO MORAL, INDENIZAÇÃO	139
OFENSAS DIRIGIDAS A ALUNO EM SALA DE AULA . REPARAÇÃO DE DANOS . PALAVRAS DE BAIXO CALÃO	148

P

PALAVRAS DE BAIXO CALÃO . REPARAÇÃO DE DANOS . OFENSAS DIRIGIDAS A ALUNO EM SALA DE AULA	148
PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO . OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS . ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE	154

PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO . VENDA DE LOTES . DANO AMBIENTAL	308
.....	
PARTILHA . DIVÓRCIO LITIGIOSO . ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DE SOCIEDADE, EXIBIÇÃO	51
.....	
PENSÃO POR MORTE . DIVISÃO DE PENSÃO ENTRE EX-ESPOSA A ATUAL COMPANHEIRA . PROVA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA	267
.....	
PERICULOSIDADE, DEMONSTRAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL . VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	380
.....	
PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE . AMEAÇA . ABSOLVIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE	312
.....	
PLANO DE SAÚDE . INCLUSÃO DE RECÉM-NASCIDO, RECUSA . DANO MORAL	173
.....	
PRESENÇA DO SERVIDOR NO LOCAL DE TRABALHO . GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO . DESCONTO DOS DIAS PARADOS	459
.....	
PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL . UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA POST MORTEM . UNIÕES ESTÁVEIS HETEROAFETIVAS, ANALOGIA	63
.....	
PROCEDÊNCIA IGNORADA. VENDA DE PRODUTO DESTINADO A USO TERAPÊUTICO OU MEDICINAL . REGISTRO NA ANVISA, INEXISTÊNCIA	341
.....	
PROVA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PENSÃO POR MORTE . DIVISÃO DE PENSÃO ENTRE EX-ESPOSA A ATUAL COMPANHEIRA	267
.....	
PROVA PERICIAL, LEGALIDADE . ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . DENÚNCIA E SENTENÇA, CORRELAÇÃO . AUTORIA E MATERIALIDADE, COMPROVAÇÃO	287
.....	
PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA EM SÍTIO ELETRÔNICO . REPRODUÇÃO EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL . LIBERDADE DE EXPRESSÃO, EXCESSO	124
.....	

R

REAJUSTE DE 28,86%. MILITARES DO DISTRITO FEDERAL . REVISÃO DE VENCIMENTOS	347
.....	
REGISTRO NA ANVISA, INEXISTÊNCIA . VENDA DE PRODUTO DESTINADO A USO TERAPÊUTICO OU MEDICINAL . PROCEDÊNCIA IGNORADA	341
.....	
REPARAÇÃO DE DANOS . PALAVRAS DE BAIXO CALÃO . OFENSAS DIRIGIDAS A ALUNO EM SALA DE AULA	148
.....	

REPOSICIONAMENTO DE CANDIDATO NO FINAL DA LISTA DE CLASSIFICAÇÃO, CRITÉRIOS. CONCURSO PÚBLICO . CANDIDATO APROVADO	400
.....	
REPRODUÇÃO EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL . PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA EM SÍTIO ELETRÔNICO . LIBERDADE DE EXPRESSÃO, EXCESSO	124
.....	
RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE GENITOR EM PRESÍDIO . ABSOLUTAMENTE INCAPAZ	278
.....	
RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, NÃO CONFIGURAÇÃO. CIRURGIA DE EXTRAÇÃO TOTAL DOS DENTES . ERRO MÉDICO, NÃO CONFIGURAÇÃO	358
.....	
RETENÇÃO INDEVIDA POR ADVOGADO . SONEGAÇÃO DE AUTOS . TIPO PENAL, CARACTERIZAÇÃO	328
.....	
REVISÃO DE VENCIMENTOS . MILITARES DO DISTRITO FEDERAL . REAJUSTE DE 28,86%	347
.....	

S

SENTENÇA CASSADA. CRIME AMBIENTAL . ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE	473
.....	
SOBRINHA DO OFENSOR . ESTUPRO DE VULNERÁVEL . VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL	371
.....	
SONEGAÇÃO DE AUTOS . RETENÇÃO INDEVIDA POR ADVOGADO . TIPO PENAL, CARACTERIZAÇÃO	328
.....	
SUBSISTÊNCIA MÍNIMA, PRESERVAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS EM DESFAVOR DE FILHO . MÃE IDOSA	183
.....	

T

TEMPO MÍNIMO DE ATIVIDADE JURÍDICA . CONCURSO PARA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL . COMPROVAÇÃO NA DATA DA POSSE	416
.....	
TIPO PENAL, CARACTERIZAÇÃO. SONEGAÇÃO DE AUTOS . RETENÇÃO INDEVIDA POR ADVOGADO	328
.....	
TÍTULO EXECUTIVO, DESCARACTERIZAÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL . CESSÃO DE USO DE JAZIGO . ASSINATURA DE TESTEMUNHAS, INEXISTÊNCIA	220
.....	

U

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA POST MORTEM . PRINCIPIO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL .	
--	--

<i>UNIÕES ESTÁVEIS HETEROAFETIVAS, ANALOGIA</i>	63
.....	
<i>UNIÃO HOMOAFETIVA . VIOLÊNCIA DOMÉSTICA . HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE, INEXISTÊNCIA . LEI MARIA DA PENHA, INAPLICABILIDADE</i>	483
.....	
<i>UNIÕES ESTÁVEIS HETEROAFETIVAS, ANALOGIA. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA POST MORTEM . PRINCIPIO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL</i>	63
.....	

V

<i>VENDA DE LOTES . PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO . DANO AMBIENTAL</i>	308
.....	
<i>VENDA DE PRODUTO DESTINADO A USO TERAPÊUTICO OU MEDICINAL . REGISTRO NA ANVISA, INEXISTÊNCIA . PROCEDÊNCIA IGNORADA</i>	341
.....	
<i>VERBAS CONDOMINIAIS . CASAL SEPARADO . ACORDO ENTRE AS PARTES . OBRIGAÇÃO PROPTER REM</i>	74
.....	
<i>VIOLÊNCIA DOMÉSTICA . UNIÃO HOMOAFETIVA . HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE, INEXISTÊNCIA . LEI MARIA DA PENHA, INAPLICABILIDADE</i>	483
.....	
<i>VIOLÊNCIA DOMÉSTICA . ESTUPRO DE VULNERÁVEL . PERICULOSIDADE, DEMONSTRAÇÃO</i>	380
.....	
<i>VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL . SOBRINHA DO OFENSOR</i>	371
.....	