

ISSN 0101.8868

Revista de Doutrina e Jurisprudência

Set./dez.
2005

79

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e dos Territórios

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Revista de Doutrina e Jurisprudência

Comissão de Jurisprudência

Des. Asdrúbal Zola Vasquez Cruxên - Presidente

Des. Getúlio Pinheiro de Souza

Desa. Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias

Desa. Sandra De Santis Mendes de Farias Mello

Pede-se permuta

On demande de l'échange

We ask for exchange

Man bitter um austausch

Pidese canje

Si richiere la scambio

Redação

Subsecretaria de Doutrina e Jurisprudência

Serviço de Revista e Ementário

Palácio da Justiça - Praça Municipal, Ed. Anexo I, sala 601

70094-900 - Brasília - DF

Fone (0xx61) 3224-1796

Fax (0xx61) 3322-7025

*Repositório de Jurisprudência autorizado pelo
Supremo Tribunal Federal, sob o nº 19/88,
e pelo Superior Tribunal de Justiça,
de acordo com a Portaria nº 1, de 29.11.89.*

*Esta revista está sendo editada periodicamente com tiragem de
740 exemplares, circulando em todo o Território Nacional.
Os acórdãos são publicados na íntegra.*

Revista de Doutrina de Jurisprudência nº 1 - 2º Sem. 1966-
Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios,
1966-

v. quadrimestral

Título varia: nº 1-6 1966-1970: Doutrina e jurisprudência.

ISSN 0101-8868

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Presidente - *Des. José Jeronymo Bezerra de Souza*
Vice-presidente - *Des. Estevam Carlos Lima Maia*
Corregedor - *Des. Eduardo Alberto de Moraes Oliveira*
Secretário-Geral - *Dr. José Jézer de Oliveira*

CÂMARA CRIMINAL

Presidente da Câmara:
Des. Romão C. de Oliveira

Composição:
Des. Vaz de Mello
Des. Getulio Pinheiro
Desa. Aparecida Fernandes
Des. Edson Alfredo Smaniotto
Des. Lecir Manoel da Luz
Des. Sérgio Bittencourt
Des. Mario Machado

PRIMEIRA TURMA CRIMINAL

Presidente da Turma:
Des. Sérgio Bittencourt

Composição:
Des. Edson Alfredo Smaniotto
Des. Lecir Manoel da Luz
Des. Mario Machado

SEGUNDA TURMA CRIMINAL

Presidente da Turma:
Des. Vaz de Mello

Composição:
Des. Getulio Pinheiro
Desa. Aparecida Fernandes
Des. Romão C. de Oliveira

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:

Des. Nívio Gonçalves

Composição:

Des. Hermenegildo Gonçalves

Des. Otávio Augusto

Desa. Sandra De Santis

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito

Des. Jair Soares

Des. Natanael Caetano Fernandes

Des. Flavio Rostirola

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:

Desa. Carmelita Brasil

Composição:

Des. Getúlio Moraes Oliveira

Des. João Mariosi

Des. Waldir Leônico Júnior

Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Des. Cruz Macedo

Des. J. J. Costa Carvalho

Desa. Vera Andrighi

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:

Des. Romeu Gonzaga Neiva

Composição:

Des. Vasquez Cruxên

Des. Lécio Resende

Des. Dácio Vieira

Des. Asdrubal Nascimento Lima

Desa. Haydevalda Sampaio

Des. Mario-Zam Belmiro Rosa

Des. Nidia Corrêa Lima

PRIMEIRA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:

Des. Nívio Gonçalves

Composição:

Des. Hermenegildo Gonçalves

Des. Natanael Caetano

Des. Flávio Rostirola

SEGUNDA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:

Des. J. J. Costa Carvalho

Composição:

Des. João Mariosi

Desa. Carmelita Brasil

Des. Waldir Leôncio Júnior

TERCEIRA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:

Des. Lécio Resende

Composição:

Des. Vasquez Cruxên

Des. Mário-Zam Belmiro

Des. Nidia Corrêa Lima

QUARTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:

Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Composição:

Des. Cruz Macedo

Desa. Vera Andrighi

Des. Getúlio Moraes Oliveira

QUINTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:

Des. Asdrubal Nascimento Lima

Composição:

Des. Dácio Vieira

Des. Romeu Gonzaga Neiva

Desa. Haydevalda Sampaio

SEXTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito

Composição:

Desa. Sandra De Santis

Des. Jair Soares

Des. Otávio Augusto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Lista de antigüidade das autoridades judiciárias do Distrito Federal até 31 de dezembro de 2005, organizada de acordo com o art. 47, incisos de I a VII, e § 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.185, 14 de maio de 1991 e de acordo com o art. 45 da Lei 8.407 de 10 de janeiro de 1992.

Posse

01. Desembargador Hermenegildo Fernandes Gonçalves.....	23/03/1988
02. Desembargador Natanael Caetano Fernandes	31/10/1990
03. Desembargador José Jeronymo Bezerra de Souza	04/03/1991
04. Desembargador Asdrúbal Zola Vasquez Cruxên	14/02/1992
05. Desembargador Lécio Resende da Silva.....	14/02/1992
06. Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves.....	14/02/1992
07. Desembargador Paulo Guilherme Vaz de Mello.....	14/02/1992
08. Desembargador Otávio Augusto Barbosa	27/08/1992
09. Desembargador Getúlio Vargas de Moraes Oliveira.....	24/09/1992
10. Desembargador João de Assis Mariosi	12/05/1994
11. Desembargador Estevam Carlos Lima Maia	12/05/1994
12. Desembargador Eduardo Alberto de Moraes Oliveira	12/05/1994
13. Desembargador Romão Cícero de Oliveira	12/05/1994
14. Desembargador Dácio Vieira	12/05/1994
15. Desembargador Getulio Pinheiro de Souza.....	15/09/1995
16. Desembargadora Maria Aparecida Fernandes da Silva.....	15/12/1995
17. Desembargador Edson Alfredo Martins Smaniotto	14/03/1997
18. Desembargador Mario Machado Vieira Netto	18/09/1997
19. Desembargador Sérgio Bittencourt.....	17/04/1998
20. Desembargador Lecir Manoel da Luz	17/04/1998
21. Desembargador Romeu Gonzaga Neiva	16/12/1998
22. Desembargador Asdrubal Nascimento Lima	10/09/1999
23. Desembargadora Haydevalda Aparecida Sampaio.....	10/12/1999
24. Desembargadora Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias.....	27/06/2002
25. Desembargador José Cruz Macedo	14/10/2002
26. Desembargador Waldir Leôncio Júnior	22/08/2003
27. Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa.....	19/09/2003
28. Desembargador José Jacinto Costa Carvalho	19/02/2004
29. Desembargadora Sandra De Santis Mendes de Farias Mello	19/02/2004
30. Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito.....	19/02/2004
31. Desembargador Jair Oliveira Soares.....	19/02/2004
32. Desembargadora Vera Lúcia Andrighi.....	19/02/2004
33. Desembargador Mário-Zam Belmiro Rosa.....	19/11/2004
34. Desembargador Flavio Renato Jaquet Rostirola	29/04/2005
35. Desembargadora Nídia Corrêa Lima	19/08/2005

SUMÁRIO

DOCTRINAS

Investigação de paternidade e efeito da revelia
Arnoldo Camanho de Assis..... 15

Teoria e método da hermenêutica jurídica
Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e Marco Antônio da Silva Lemos ... 25

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça do Distrito Federal 45

ÍNDICES

Numérico dos Acórdãos411

Alfabético..... 419

Doutrina

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E EFEITO DA REVELIA

Arnoldo Camanho de Assis ()*

I

Na segunda metade do Século XIX, o notável processualista alemão Adolf Wach disse em seu *Handbuch* que “o processo tem fins práticos e não teóricos”¹. Quase um século depois, o grande processualista uruguaio Eduardo Couture afirmou que “o processo pelo processo não existe”². Wach e Couture conseguiram resumir com invulgar brilho a real importância que se deve dar ao processo: a de servir como simples meio para se alcançar o Justo, realizando o Direito³. Devem-se agregar a esses conceitos as idéias de Cândido Rangel Dinamarco sobre a instrumentalidade do processo, assim como a nova visão acerca da neutralidade do juiz. Para Dinamarco, há de ser revisto o conceito clássico da postura do juiz no exercício da atividade jurisdicional, consolidado desde Liebman, segundo o qual o único interesse do juiz no processo é o de sentir-se inteiramente desinteressado⁴. À luz da ótica instrumentalista, é preciso que o juiz tenha em mente a firme convicção de atender, em termos de visão orgânica, à interação entre o social, o político e o jurídico, não mais se concebendo que o magistrado atue afastado da realidade dos fatos que existem à sua volta. Isso porque repugna, à moderna processualística, a idéia do juiz como mero espectador do drama judiciário, isolado e distante do mundo em que vive e dos valores da sociedade à sua volta. Cada vez mais se espera, do juiz moderno e preocupado com uma postura axiologicamente coerente, que seja verdadeira caixa de ressonância desses valores sociais, proferindo decisões que reflitam as expectativas e as pretensões da sociedade da qual faz parte. Por isso, o juiz deve se mostrar, sim, verdadeiramente interessado na solução justa dos litígios levados à sua apreciação. É de inteira aplicação, aqui, a oportuna lição de Dinamarco quando assevera que “*imparcialidade não significa indiferença axiológica; isenção do magistrado não significa insensibilidade*”⁵. O juiz que atue em descompasso com essa visão de conjunto pode até proferir decisões juridicamente corretas, o que não garante sejam necessariamente decisões justas.

É possível afirmar, pois, ser aspiração de todo e qualquer juiz a pretensão de fazer com que o processo seja instrumento útil, eficaz e rápido de solução justa do

(*) *Juiz de Direito da Justiça do Distrito Federal. Professor Convidado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Cândido Mendes (RJ).*

litígio. De nada adianta dar mais importância ao processo do que ao próprio direito material nele discutido, superestimando a forma em detrimento do conteúdo. Afinal de contas, e como dito anteriormente, processo é simples meio e não fim em si mesmo. Questões processuais devem, por isso, ser tratadas em perspectiva, sem que se as faça sobrepor ao objeto a que, por último, serve o processo.

II

Nas Varas de Família, um dos processos mais conhecidos é o que se convencionou chamar de “investigação de paternidade”, ou seja, aquele por meio do qual o menor, representado por sua mãe (ou o Ministério Público, com esteio na Lei nº 8.560/92), pede ao juiz que declare que o réu é o seu pai. Geralmente, na petição inicial desse tipo de processo o autor narra a história que levou ao seu nascimento: a existência de relacionamento íntimo entre sua mãe e o réu, a sua concepção nesse período, a fidelidade de sua mãe ao alegado pai, enfim, os fatos que dão sustentação ao seu pedido. O réu é citado por mandado, impossível que é, no caso, a citação via postal (art. 222, alínea “a”, do CPC). Quando o réu contesta, negando os fatos articulados na inicial e, bem assim, a qualidade de pai que lhe está sendo atribuída, normalmente o juiz designa data para uma audiência de conciliação (agora chamada “audiência preliminar”, com a alteração introduzida pela Lei nº 10.444/02) e tenta fazer com que as partes cheguem a um acordo. Havendo acordo - ou seja, se o réu reconhecer que é o pai do autor -, o juiz o homologa por sentença, encerrando o processo (art. 269, inciso III, do CPC). Se, entretanto, a tentativa de acordo não der certo, então o juiz deve sanear o processo, determinando as provas a serem produzidas - dentre elas, muito provavelmente, a realização de exame de DNA. E, aí, o feito prossegue normalmente rumo à decisão final, após ingresso na fase de instrução.

Casos há, contudo, em que o réu, mesmo tendo sido regularmente citado por mandado, não comparece a juízo e não oferece contestação. Deixa de se defender. Fica, pois, revel. Importante, aqui, rememorar que revelia é, meramente, a ausência de contestação. Não havendo contestação nos autos, ocorre a revelia do réu, não sendo possível confundir revelia com os efeitos da revelia.

É que, da revelia, decorrem três efeitos, sendo que o principal deles é a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em sua petição inicial (art. 319, CPC, parte final). Mas, além desse, há ainda dois outros: a desnecessidade de se promover qualquer intimação do réu daí para frente (art. 322, CPC) e a possibilidade de o juiz promover o julgamento antecipado da lide (art. 330, II, CPC). O mais importante deles,

contudo, é o primeiro, considerado o efeito da revelia: se o réu não contestar o pedido, reputar-se-ão verdadeiros os fatos articulados pelo autor.

Ocorrendo, pois, a revelia do réu e presumindo-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, a consequência que daí decorre é o julgamento antecipado da lide. Isso só não acontecerá se a revelia não produzir o seu efeito principal, ou seja, em outras palavras, se, apesar de o réu ter deixado de contestar, não se puder presumir como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. No sistema do Código de Processo Civil⁶, isso se dá em três hipóteses: a) se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar; b) quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis; e c) quando a petição inicial estiver desacompanhada do instrumento público que a lei considere indispensável à prova do fato afirmado pelo autor (art. 320, incisos I, II e III, do CPC). Quando ocorre uma dessas hipóteses, o réu fica revel, mas, apesar disso, o juiz não pode admitir como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Ou seja, a revelia não induz o seu efeito.

Nos casos de investigação de paternidade, costuma ser “consenso geral” que a revelia do réu não induz o seu efeito, já que se trata de direito indisponível (art. 320, inciso II, do CPC). Isso significa que, deixando, o réu, de oferecer contestação, mesmo assim e apesar disso, o juiz não pode presumir serem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor na petição inicial - como se disse linhas atrás, a existência de relacionamento íntimo entre a mãe do autor e o réu, a concepção do autor nesse período, a fidelidade de sua mãe ao alegado pai. E, aí, em face da exceção prevista no art. 320, inciso II, do CPC, o juiz deve seguir o mandamento do art. 324, do mesmo Código, abrindo a fase de instrução, sendo-lhe, pois, vedado decidir o feito com base na presunção decorrente da revelia.

Esse é o ponto do *iter* procedimental que este trabalho pretende discutir. O que deve fazer o juiz diante da revelia do réu num processo em que o autor pretenda obter declaração judicial de que o réu é seu pai? Deve presumir verdadeiros os fatos afirmados na petição inicial e proceder ao julgamento antecipado da lide, entregando de uma vez e desde logo a prestação jurisdicional? Ou deve, ao contrário, e porque expressamente proibido de considerar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor na sua petição inicial - já que se trata de direito indisponível -, determinar ao autor que especifique as provas que pretende produzir, inaugurando a fase de instrução?

O caminho a ser tomado depende de uma única coisa: definir se o litígio versa sobre “direitos indisponíveis” ou não. Caso se entenda que o direito discutido no feito é indisponível, então a ausência de contestação não produzirá o seu efeito, ficando o juiz efetivamente impedido de abreviar o curso do procedimento. Nesse caso, deverá abrir a fase instrutória e determinar as provas a serem produzidas - dentre elas a realização

do exame de DNA. Se, entretanto, se entender que o direito versado no processo é, ao contrário, disponível, então o juiz deverá considerar a revelia e o seu efeito, presumindo verdadeiros os fatos afirmados na petição inicial e proferindo sentença de uma vez, declarando que o réu é pai do autor.

Ousando divergir da tese oposta - que tem por indisponível o direito discutido no processo em que o autor pretende obter sentença declaratória de que o réu é seu pai - e, por isso mesmo, quebrando o paradigma, este estudo pretende proclamar que o direito é verdadeiramente disponível e que, por isso, o juiz está autorizado a considerar que a revelia do réu induz o seu efeito. Daí, não só pode como efetivamente deve presumir verdadeiros os fatos articulados pelo autor na sua petição inicial, proferindo sentença de procedência.

Tal convicção decorre de dois fatores: um, de natureza material; outro, de natureza eminentemente processual.

III

O primeiro deles assenta na definição do que venha a ser “direito indisponível”, para efeitos processuais - e essa tarefa não é das mais fáceis.

Humberto Theodoro Júnior, citando Hélio Sodré, lembra que *“direitos indisponíveis são os direitos essenciais da personalidade, também chamados fundamentais, absolutos, personalíssimos, eis que inerentes da pessoa humana. Entre os direitos fundamentais do ser humano devem figurar, em primeiro plano, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à integridade física e psíquica... Numerosos direitos personalíssimos podem juntar-se aos já citados, como, por exemplo, o direito ao estado civil, o direito ao nome, o direito à igualdade perante a lei, o direito à intimidade, o direito aos alimentos, o direito à inviolabilidade de correspondência... Conforme, de resto, prescreve o art. 1.035 do Cód. Civil, só com referência a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação... Conseqüentemente, direitos indisponíveis são todos aqueles que não possuem um conteúdo econômico determinado e que não admitem a renúncia ou que não comportem a transação”*⁷.

Note-se que, a par dos direitos evidente e absolutamente indisponíveis, ora enunciados, outros tantos há em que a indisponibilidade não é absoluta, como lembra Calmon de Passos, *litteris*:

“Direitos há, contudo, que são indisponíveis, de modo absoluto ou relativo. A indisponibilidade é absoluta quando é o próprio bem, conteúdo

do direito, que se faz insuscetível de disposição, porque de tal modo se vincula ao sujeito que dele é indissociável. (...) Predomina, entretanto, a categoria dos direitos cuja indisponibilidade é relativa, porque derivada ela dos limites fixados em lei ou convenção dos interessados, quando esta última seja admitida” ⁸.

Para que se possa avaliar de modo concreto a medida da indisponibilidade de um determinado direito, para fins processuais, há de se considerar que o art. 320, inciso II, do CPC - aquele que estabelece que a ausência de contestação não permite ao juiz presumir serem verdadeiros os fatos afirmados na inicial -, deve ser interpretado de modo sistemático, em harmonia com outros dispositivos do mesmo Código, especialmente o artigo 351, onde se lê que *“não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”*.

Dentro desse contexto, determinado direito deve ser entendido como indisponível apenas quando não se admitir, quanto a ele, a confissão. Se é possível admitir a confissão, então o direito é disponível. No plano do Direito Comparado, tal compreensão encontra regulação expressa em nível positivo no Código de Processo Civil de Portugal (Decreto-lei nº 44.129/61), *verbis*:

“Art. 485 - Não se aplica o disposto no artigo anterior: ⁹

*.....
c) quando a vontade das partes for ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela acção se pretende obter; (...).”*

Eis aí o imenso valor dos estudos comparativos, cujo objeto, segundo Hansom, citado por Jean Rivero, *“não é o de nos fazer adquirir conhecimentos sobre um outro sistema, mas o de nos fazer melhor compreender nosso próprio direito”* ¹⁰. Partindo de tal premissa, toda vez que a manifestação de vontade das partes sirva para produzir resultado jurídico válido e eficaz fora do processo, é possível admitir que, dentro do processo, um tal resultado se possa produzir a partir da inação da parte - a ausência de contestação. A esse respeito, e voltando à doutrina pátria, vale conferir o preciso ensinamento de Calmon de Passos, *litteris*:

“O último dos dispositivos [n. do a : o art. 351, do CPC] afirma não valer como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis. E nisso está a pedra de toque de tudo o mais.

O legislador, segundo nos parece, tentou obviar pudesse a admissibilidade ou silêncio da parte, quanto a determinados fatos

articulados no processo, levar à consequência de produzir-se, por força de sentença favorável que se proferisse em razão dessa admissibilidade ou silêncio, o que seria insuscetível de ser obtido mediante declaração ou manifestação de vontade, declaração ou manifestação de conhecimento da parte, fora do processo”¹¹.

Assim, classificar o direito de que cuida o processo como indisponível significa, em outras palavras, afirmar que a manifestação da vontade da parte, fora do processo, é ineficaz para produzir o efeito que por meio da ação se pretende obter. *A contrario sensu*, será disponível, o direito, entretanto, quando a manifestação da vontade da parte, fora do processo, seja eficaz para produzir o efeito que por meio da ação se pretende obter. No primeiro caso, a revelia do réu não produz o seu efeito (art. 320, inciso II, do CPC); no segundo, a ausência de contestação induz a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor.

No caso específico do reconhecimento da paternidade, é fora de qualquer dúvida que o pai pode, a qualquer tempo, mesmo fora (e até antes) do processo, reconhecer a paternidade de seu filho. Basta a esse pai que se dirija a um cartório de notas, por exemplo, e lavre uma escritura pública de reconhecimento de filho na qual declare ser, ele, o pai daquele menor. Tal direito - que pode ser exercitado independentemente da existência de um processo - condiciona-se apenas à vontade do pai. Cuida-se, pois, de direito essencialmente disponível - uma vez que o pai pode dispor da faculdade de reconhecer ou não o seu filho -, regulado no art. 26, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90), *verbis*:

“Art. 26 - Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.

O verbo utilizado (“... *poderão*...”) revela de forma clara o conteúdo disponível do direito ali assegurado. Ou seja, o pai poderá reconhecer seu filho por ato de sua exclusiva vontade - se quiser fazê-lo -, assim como poderá não o reconhecer - se não quiser.

Não se deve confundir o direito que se concede ao pai de reconhecer seu filho - direito disponível, previsto no art. 26, do ECA - com o direito do filho de reconhecer, contra o pai, o seu estado de filiação - direito indisponível, proclamado no art. 27, do mesmo Estatuto. Veja-se o que diz a norma ora referida, *litteris*:

“Art. 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Assim, em resumo, a lei assegura:

- a) ao pai, o direito disponível de reconhecer a paternidade de seu filho; e
- b) ao filho, o direito indisponível de ver reconhecido o seu estado de filiação.

Quando se fala de ação de investigação de paternidade, é claro que o alegado pai, réu no processo, ao deixar de produzir defesa, culmina por permitir forme-se, contra si, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor na sua petição inicial, sobretudo e especialmente porque a lei assegura ao réu o direito de dispor sobre a sua condição de pai.

Não fosse assim, seria inviável e inócuo, na audiência de conciliação (audiência preliminar - art. 331, § 2º, do CPC), perguntar ao réu se ele reconhece a paternidade do autor. Ora, se o direito é indisponível, como aceitar, a seu respeito, a confissão? Se se admite a confissão do réu, então rescai indubitavelmente que a vontade do réu - o alegado pai - é eficaz para produzir o efeito jurídico pretendido por meio da ação, circunstância que reveste de inquestionável disponibilidade o referido direito.

IV

Mas não é só por esse aspecto - que, como se viu, justifica plenamente a possibilidade de a revelia do réu produzir o seu efeito nos processos de investigação de paternidade - que se há de defender tal postura. Há ainda um outro, referido linhas acima, que se apóia em razões de natureza eminentemente processual e leva em consideração a finalidade última do processo - a de servir como simples meio para se alcançar o Justo, realizando o Direito, sem perder de vista a noção de que não se deve dar mais importância à forma do que ao fim que se almeja alcançar.

Veja-se que, normalmente, aqueles que sustentam a tese da necessidade de abertura da fase instrutória ressaltam a univocidade do exame de DNA como meio probante cabal, definitivo, capaz de resolver de modo seguro a questão levada à apreciação judicial. Quanto mais não seja, dizem, viabiliza-se a produção de prova oral, com o depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas, que podem ajudar a formar o convencimento do juiz. Assim, se o réu deixar de oferecer a sua defesa, será imprescindível o saneamento do feito, com a determinação das provas a serem produzidas, concluem aqueles que se posicionam pela abertura de instrução, em caso de revelia nos processos de investigação de paternidade.

Pede-se licença, aqui, para relativizar a importância de tais provas no processo em que o autor busca o reconhecimento de seu estado de filiação.

Com efeito, e partindo do pressuposto, para efeito meramente argumentativo, de que, num processo fictício, o juiz saneou o feito e determinou a produção de provas orais (depoimentos pessoais das partes e testemunhas), bem como a realização do exame de DNA, vejamos o que pode acontecer em cada uma dessas etapas, na trilha da fase de instrução.

Quanto ao depoimento pessoal, o juiz pode ouvir a representante do autor (a mãe do menor). Esta, claro, haverá de ratificar integralmente a história já apresentada na petição inicial, ou seja, a existência de relacionamento íntimo entre ela e o réu, a concepção do autor nesse período, a sua fidelidade ao réu na constância desse relacionamento. O réu deverá ser intimado a prestar depoimento pessoal, com as advertências de estilo (art. 343, § 1º, do CPC), ou seja, ficando ciente de que caso não compareça ou, caso compareça, mas se recuse a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão. Se o réu, então, regularmente intimado a prestar depoimento pessoal, deixar de comparecer - ou, comparecendo, se recusar a depor -, o juiz aplicará a pena de confissão. E, nos termos da lei processual, *“há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”*, a teor do que se lê no art. 348, do CPC. Vale lembrar que a confissão, como se sabe, induz presunção relativa a respeito do tema confessado, constituindo-se em importante meio de prova, que se deverá somar a outras para a formação do convencimento judicial.

Quanto à prova testemunhal, é notório que as testemunhas não poderão dizer sobre o momento da concepção em si, já que isso somente seria possível com o auxílio de microcâmera. As testemunhas poderão dizer apenas que sabiam da existência do relacionamento íntimo entre a mãe do autor da ação e o réu, o que consistiria em mais um elemento de prova indiciária contra o réu, a gerar presunção de que os fatos narrados pelo autor seriam verdadeiros.

Resta o exame de DNA. Acaso determinada a sua realização, é sabido que o réu não é obrigado a submeter-se a esse tipo de prova, dado que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. O réu, então, poderia perfeitamente recusar-se ao exame de DNA, sendo certo que, nos termos do enunciado nº 301, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o comportamento processual do réu faz prova contra si, na medida em que se permite ao juiz presumir ser, ele, o pai da criança¹².

O que se tem, então, nesse processo fictício, em que o juiz saneou o feito, abrindo a fase de instrução diante do entendimento de que a revelia do réu, nos processos de investigação de paternidade, não induz o seu efeito, em face da regra do art. 320,

inciso II, do CPC? Têm-se várias provas indiciárias, que apontam na direção de que os fatos afirmados pelo autor são verdadeiros, quais sejam:

a) o depoimento pessoal da representante do autor, que ratificou o que já se lia na petição inicial (e que, por isso mesmo, nada de novo trouxe ao feito);

b) a ausência do réu à audiência para a qual foi intimado a comparecer e prestar depoimento pessoal, sendo certo que tal ausência autoriza o juiz a lhe aplicar a pena de confissão, admitindo como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor na petição inicial;

c) os depoimentos de testemunhas, que disseram sobre a existência de relacionamento íntimo entre a mãe do autor e o réu, o que autoriza o juiz a presumir que a concepção do autor pode ter se dado durante o alegado relacionamento;

d) a negativa do réu a submeter-se ao exame de DNA, sendo lícito concluir, à luz da experiência jurisprudencial consolidada em verbete de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, pela presunção de que o réu seja o pai do autor.

Todo esse caminho procedimental leva muito tempo, bem mais de um ano, na imensa maioria das vezes. Ao fim do processo, o juiz pode, então, formar sua convicção a respeito do fato de ser, o réu, o verdadeiro pai do autor - convicção formada, como se viu, a partir de um conjunto de provas indiciárias, que apontam na presunção da paternidade. E, aí, o juiz proferirá sentença, declarando que o réu, que havia ficado revel, é o pai do autor.

Mas, pergunta-se: o processo demorou esse tempo todo e o juiz fez isso tudo para chegar ao fim do processo e decidir com base em mera presunção? Então, por que o juiz não considerou de uma vez a presunção de veracidade decorrente da revelia para proclamar, com muito mais rapidez, a paternidade do autor? Pede-se vênia para responder: presunção por presunção, é preferível usar a presunção decorrente da revelia. Com isso, estar-se-á fazendo com que o processo sirva ao seu fim último - realizar o Direito -, e se estará vendo, no juiz, alguém ativa e concretamente interessado na solução justa, rápida e eficaz do litígio. Do contrário, transformar-se-á o processo em algo mais importante do que o direito nele discutido.

É preferível tem em mente as imorredouras lições de Wach e Couture, lembrando que o processo deve ter mesmo fins práticos e não teóricos e que o processo pelo processo verdadeiramente não existe. Procedendo de tal forma - isto é, colocando o processo em seu devido lugar e tendo por disponível o direito do réu de reconhecer a paternidade do autor -, ver-se-á, na sentença declaratória da paternidade, ato de inequívoca positivação do poder de que se investe o juiz.

Notas

¹ *Adolf Wach*, in “*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*”, Leipzig, 1885 - XV, 690 S.

² *Eduardo Couture*, in “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 3ª edição, 1990, pág. 145.

- ³ *Ainda segundo Couture, “o fim da jurisdição é assegurar a efetividade do direito” (op. cit., pág. 44).*
- ⁴ *Apud “Il fondamento del principio dispositivo”, de Enrico Tullio Liebman, in “Problemi del processo civile”, Nápoles, Morano, 1962, esp. n. 8, pág. 14.*
- ⁵ *Cândido Rangel Dinamarco, “A instrumentalidade do processo”, Malheiros Editores, São Paulo, 5ª edição, 1996, pág. 36.*
- ⁶ *No sistema dos Juizados Especiais Cíveis, a não-configuração do efeito da revelia não decorre de enunciação legal rígida. Ao contrário, é o juiz quem decide se, em cada caso concreto, a ausência de contestação importa ou não na presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial (art. 20, Lei nº 9.099/95; art. 1º, Lei nº 10.259/01)*
- ⁷ *Humberto Theodoro Júnior, in “Curso de Direito Processual Civil”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 10ª edição, 1993, pág. 392.*
- ⁸ *J. J. Calmon de Passos, in “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 6ª edição, 1991, pág. 436 e 437.*
- ⁹ *CPC Português, art. 484: “1. Se o réu não contestar, tendo sido ou devendo considerar-se citado regularmente na sua própria pessoa ou tendo juntado procuração a mandatário judicial no prazo da contestação, consideram-se confessados os factos articulados pelo autor”.*
- ¹⁰ *A citação vem contida na obra de Jean Rivero (“Curso de Direito Administrativo Comparado”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª edição, 1995, pág. 20) e se afina com a posição de René David, para quem “o direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento” (“Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 3ª edição, 2ª tiragem, 1998, pág. 5).*
- ¹¹ *Calmon de Passos, op. cit., pág. 436.*
- ¹² *Súmula do STJ, verbete 301: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.*

TEORIA E MÉTODO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

*Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e
Marco Antônio da Silva Lemos (*)*

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília como exigência parcial para a aprovação na disciplina Metodologia Científica do curso Mestrado, sob a orientação da Professora Dra. Dirce Mendes da Fonseca.

“Saio de meu poema
como quem lava as mãos.
Algumas conchas tornaram-se,
que o sol da atenção
cristalizou; alguma palavra
que desabrochei, como a um pássaro“

(João Cabral de Melo Neto, “Psicologia da Composição”)

INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se à abordagem da hermenêutica jurídica sob os aspectos de sua teoria e método, com base no diálogo de autores clássicos e contemporâneos. Para tanto, faz-se breve análise da hermenêutica como ciência, tomando por referenciais as obras de Wilhelm Dilthey (1944) e Hans-Georg Gadamer (1999), para, em seguida, traçar-se um panorama da interpretação jurídica em especial, com força nas lições de Manoel Messias Peixinho (2003), que conduzem a uma visão das escolas e métodos tradicionais, bem assim da interpretação constitucional, esta com ênfase no método tópico-problemático.

A investigação em torno da tópica propicia o encontro com autores como Boaventura de Sousa Santos (2003) e Raimundo Panikkar (1983), que propõem como

(*) *Juízes de Direito do TJDF*

método de pesquisa a hermenêutica diatópica, procedimento segundo o qual os valores de uma cultura, por mais fortes que se apresentem, são sempre incompletos.

Sugere-se, por fim, uma avaliação crítica do papel dos juizes, como articuladores da hermenêutica jurídica, tendo como ponto de sustentação as idéias desenvolvidas por François Rigaux (2000), que chega a reconhecer a existência de uma missão legislativa do julgador, ao suprir momentos de silêncio do legislador, em aproximação ao movimento intitulado ativismo judicial, de que é defensor Mauro Cappelletti (1993).

Este ensaio é fruto dos estudos voltados à consecução do seminário “Hermenêutica Jurídica”, apresentado em 02 de junho de 2005, aos alunos da disciplina Metodologia Científica, sob a responsabilidade da Professora Doutora Dirce Mendes da Fonseca, no curso de Mestrado do Centro Universitário de Brasília - Uniceub.

1 - ORIGENS DA HERMENÊUTICA

Hermenêutica, do grego *hermeneuein*, é hodiernamente tida como uma teoria ou filosofia da interpretação, capaz de tornar compreensível o objeto de estudo, mais do que sua simples aparência ou superficialidade. Não deve seu conceito ser confundido com o de simples e mera interpretação; muito ao contrário, a idéia contida nesse conceito busca a descoberta e a compreensão para além daquilo que o objeto do estudo oferta à primeira vista. Em Direito, em tal contexto, a hermenêutica não se esgota na descoberta e assimilação do comando da norma e das relações humanas que ela objetiva regular. Pretende muito mais, pois seu desiderato é a compreensão tão ampla quanto possível delas, muito especialmente em relação às suas dimensões não aparentes e às suas diversas nuances e possibilidades semióticas.

A palavra grega *hermeios* remete para o deus Hermes, que funciona como *mediador* e *portador de uma mensagem*, o qual, segundo a mitologia grega, foi o descobridor da linguagem e da escrita. Assim, Hermes era tido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para o transmitir às outras pessoas. Ou mesmo enxergar (e decifrar, exibindo) aquele sentido que, em circunstâncias normais, não seria aparente. O deus Hermes sempre foi vinculado a uma função de *transmutação*, ou seja, agia por ajustamento, *transformando* aquilo que a compreensão humana *não alcançava* em algo que essa compreensão *conseguisse compreender*. Nesse sentido, segundo Manoel Messias Peixinho (2003, p. 2), o significado mais amplo do termo “hermenêutica” envolvia a noção de “*tornar compreensível*”, sobretudo quando o processo envolvesse o *uso da linguagem*. As três vertentes do significado do termo *hermeneia* eram, respectivamente, *exprimir em voz alta*, *explicar* e *traduzir*.

O verbo “interpretar”, segundo o *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa* (1977, p. 314), significa “explicar, [...] esclarecer; ser intérprete; traduzir, [...] tomar

(entender, interpretar) em tal ou tal sentido; entender que, pretender que; julgar; [...] compreender; procurar resolver *ou* decidir”. Entretanto, é preciso esclarecer, reiterando a advertência inicial, que a Hermenêutica é mais do que isso, pois visa, para além disso, também revelar, indagar, testar, descobrir, perceber qual o significado mais profundo daquilo que está na realidade manifesta, que por vezes está intencionalmente oculto ou velado. Pela Hermenêutica, assim, descobre-se o significado escondido, não manifesto, não só de um texto (*estricto senso*), mas também da linguagem. Pode-se dizer que, por intermédio da Hermenêutica, chega-se a conhecer realmente o próprio homem, a realidade em que vive, a sua história e sua própria existência. Desde a Teoria da Exegese Bíblica de Danhamer (1654), a Hermenêutica passou por vários momentos: a Hermenêutica Romântica de Schleiermacher; a Hermenêutica Histórica de Dilthey; a Ontologia Hermenêutica de Heidegger; a Teoria Hermenêutica de Betti; a Hermenêutica Filosófica de Gadamer; a Hermenêutica Crítica de Apel e Habermas; e a Hermenêutica Fenomenológica de Paul Ricoeur.

A idéia de que o trabalho hermenêutico envolve compreensão, mais até do que explicação, e que para isso é imprescindível que o exegeta busque mesmo “incorporar” o próprio autor, haurindo e extraíndo significados do objeto de estudo de que até mesmo o autor talvez não tivesse cogitado, não é antiga. É relativamente recente. Essa tentativa de “incorporação” do autor como fórmula de interpretação é enfatizada por Wilhelm Dilthey (1944), que inicia sua abordagem acerca da origem da hermenêutica pontuando que toda ação pressupõe a compreensão de outras pessoas, sendo que boa parte da felicidade humana se deve a este “poder sentir” estados de ânimo alheios (1944, p. 321). Menciona esse autor que as ciências do espírito, assim como a história, dependem, para sua validade, da possibilidade de elevar a compreensão individual a uma validade universalmente aceita, o que as diferencia das ciências naturais (1944, p. 321). Vê-se, assim, que as ciências do espírito estão à frente do conhecimento natural porque seu objeto não é um fenômeno perceptível aos sentidos, mas se trata de uma realidade interna, que se apresenta como uma conexão intimamente vivenciada.

Nesse passo, pode-se afirmar que compreensão é tida como o processo pelo qual, a partir de sinais exteriores que impressionam os sentidos, conhece-se a interioridade, algo psíquico, insiste Dilthey (1944, p. 322).

Uma das maiores lições de Dilthey (1944, p. 323) e um de seus principais contributos à Hermenêutica é que o compreender mostra graus diferentes. Este se encontra condicionado inicialmente pelo interesse. A seguir, anota que a compreensão técnica de manifestações de vida permanentemente fixada constitui a interpretação, para admitir a existência de uma arte interpretativa, que se desenvolve lentamente e se perpetra pelo trabalho dos filólogos, transmitindo-se historicamente pelos próprios intérpretes e mediante suas obras (1944, p. 324). Nesse contexto, Dilthey

(1944, 324) define a ciência hermenêutica como a “técnica da interpretação de testemunhos escritos”.

O autor traça o percurso histórico da hermenêutica (1944, pp. 325-336), iniciando pela interpretação técnica dos poetas, que se desenvolveu na Grécia graças às necessidades da doutrina (do ensino). Na época da ilustração grega se tinha muita predileção, em todo o âmbito da língua grega, pelo jogo engenhoso com a interpretação e crítica de Homero e outros poetas. Encontrou-se uma base mais firme quando, com os sofistas e nas escolas dos retóricos, essa interpretação se pôs em contato com a retórica, porque nesta se encerrava, aplicada à eloquência, a doutrina mais geral de composição. Aristóteles, o grande classificador e analisador do mundo orgânico, dos estados e das produções literárias, ensinou em sua Retórica a conveniência de se analisar o conjunto de um produto literário em suas partes, a distinguir formas de estilo, os efeitos do ritmo, dos períodos, da alegria.

A consciência metódica sobre o procedimento adequado de interpretação se reforçou todavia na escola alexandrina pelo antagonismo com a escola filológica de Pérgamo. Um antagonismo de direções hermenêuticas que encerrava na teologia cristã em uma nova situação e duas grandes visões históricas sobre poetas e escritores religiosos foram condicionadas por esse mesmo antagonismo.

Crates de Mallos levou da escola estóica à filologia de Pérgamo o princípio da interpretação alegórica. O poder duradouro desse método interpretativo se apoiou, em princípio, no fato de buscar alinhar e retificar a contradição entre os testemunhos religiosos e uma visão apurada do mundo. Esse antagonismo ressurgiu posteriormente, só que em circunstâncias distintas, no embate entre a escola teológica alexandrina e a antiaquina. Sua base comum era, naturalmente, que o Antigo e o Novo Testamento se achavam hermeneuticamente travados por uma conexão interna entre predição e cumprimento.

A interpretação e suas regras entram, com o Renascimento, em uma nova etapa. A linguagem, as condições de vida e a nacionalidade haviam estabelecido a separação no tocante à antiguidade clássica e a era cristã. A interpretação foi, neste caso, de maneira distinta da que ocorrera em Roma, um colocar-se em uma vida espiritual estranha por meio de estudos gramaticais, reais e históricos. De todo modo, é inegável que a constituição definitiva da hermenêutica deve-se à arte da interpretação bíblica.

A primeira obra considerável, e por sinal a mais profunda, foi a de *Clavis* de Flácius (1567). Nela, pela primeira vez todo o conjunto das regras interpretativas encontradas até então se viu compilado em um sistema doutrinal, graças ao postulado de que, procedendo-se tecnicamente segundo essas regras, poder-se-ia alcançar sempre uma compreensão que teria validade universal. Flácius tomou consciência desse ponto de vista (ou seja, da existência de um princípio que rege de fato a hermenêutica, v.g., a amplitude e validade universais), em virtude das lutas do século XVI.

Se o intérprete tropeça em seu texto com dificuldades, dispõe para solvê-las de um recurso sublime: a conexão bíblica que se dá na religiosidade cristã viva. O valor hermenêutico da experiência religiosa não é mais do que um caso de princípio segundo o qual todo processo interpretativo implica, como um fato dele mesmo, uma interpretação baseada na conexão real. Mas, junto a esse princípio interpretativo religioso, há também os preceitos intelectuais. O primeiro de todos é a interpretação gramatical. Mas Flácius é o primeiro que capta, junto a esta, a significação do princípio psicológico ou técnico da interpretação segundo o qual se haverá de interpretar as diversas passagens segundo a intenção e a composição de toda a obra. E é o primeiro também a utilizar metodicamente para essa interpretação técnica os ensinamentos da retórica acerca da conexão interna de uma produção literária, de sua composição e de seus elementos verdadeiros pelo uso da linguagem e pelas circunstâncias históricas. Assim se levou a cabo a liberação da interpretação com respeito ao dogma e se fundou a escola histórico-gramatical. O espírito fino e cuidadoso de Ernesti criou no *Interpres* a obra clássica dessa nova hermenêutica. Com sua leitura, Schleiermacher pôde desenvolver sua própria hermenêutica. Também este progresso se levou a cabo dentro de limites rígidos.

Até então a hermenêutica havia sido, no melhor dos casos, um edifício de regras, cujas partes, cada uma das regras, eram contidas em um feixe pelo objetivo de uma interpretação de validade universal. Havia distinguido as funções que cooperam neste processo de interpretação como interpretação gramatical, histórica, retórico-estética e real. E, nutrindo-se do virtuosismo filológico de muitos séculos, havia cobrado consciência das regras a cujo tenor têm que operar estas funções. Schleiermacher passou, além destas regras, à análise do compreender, portanto, ao conhecimento desta ação com ajuste no final, e deste conhecimento deduz-se a possibilidade de uma interpretação de validade universal, seus recursos, limites e regras. Mas lhe era dado analisar o compreender, como um “reproduzir”, um “reconstruir”, somente em sua relação viva com o processo de reprodução literária. Reconhecer, na visão viva do processo criador em que surge uma obra literária cheia de vida, a condição para o conhecimento de outro processo, que consiste em compreender o conjunto de uma obra partindo dos sinais escritos, passando daí ao propósito e a índole espiritual de seu autor.

Mas, para resolver o problema assim exposto, ter-se-ia a necessidade de uma nova visão histórico-psicológica. Entende-se a relação de que aqui se trata desde aquela união existente entre a interpretação grega e a retórica como teoria de um gênero determinado de produção literária. Mas o entendimento dos dois processos continuou sendo sempre lógico-retórico. As categorias com que se levava a cabo eram sempre o feito, a conexão lógica, a ordem lógica e logo um revestimento desse produto lógico com o estilo e as figuras da linguagem. Mas agora passam a ser empregados conceitos novos para compreender uma produção literária. Tem-se uma faculdade unitária e que atua

criativamente, que, sem consciência de sua ação configuradora, acode e desenvolve as primeiras impressões para uma obra. Receber e formar autonomamente são algo inseparável nela. A individualidade opera até a ponta dos dedos e em cada uma das palavras. Sua manifestação suprema constitui a forma externa e interna da obra literária. E essa obra sai ao encontro da necessidade insaciável de completar a individualidade própria mediante a visão de outras individualidades. O compreender e o interpretar atuam constantemente na vida e logram sua culminância na interpretação técnica de obras poderosas, cheias do alento da vida e da conexão das mesmas dentro do espírito de seus autores. Essa era a nova intuição.

Toda interpretação de obras escritas não é mais que o desenvolvimento técnico do processo do compreender que se estende por toda a vida e que se refere a todo gênero de discurso e escrito. A análise do compreender constitui, portanto, a base para a fixação de regras de interpretação. Mas essa análise não pode ser levada a cabo senão a par da análise da produção das obras literárias. Com a relação entre compreensão e produção pode-se fundamentar o nexo das regras que há de determinar os meios e os limites da interpretação.

A possibilidade de uma interpretação de validade universal pode derivar-se da natureza do compreender. Nesta, a individualidade do intérprete e a do seu autor não se enfrentam como dois fatos incomparáveis, já que ambos foram formados sobre a base da natureza humana geral, e com isto se faz possível a comunidade dos homens no discurso e a compreensão. As diferenças individuais não se acham condicionadas, em último caso, por diferenças qualitativas das pessoas, senão por diferenças de grau em seus processos psíquicos. Ao colocar o intérprete em comparação sua própria vida em um meio histórico, pode com isso acentuar certos processos psíquicos e pospor outros, provocando assim, dentro de si, uma reprodução da vida alheia.

Uma vez que se considere o aspecto lógico deste processo veremos que nele se chegará a conhecer uma conexão, além da cooperação constante de um saber gramatical, lógico e histórico, partindo de diversos sinais só relativamente determinados. Expressando-o em nossa terminologia lógica, esse aspecto lógico do compreender consiste em uma cooperação da indução, da aplicação de verdades gerais ao caso particular e do método comparado. A tarefa imediata consistiria em estabelecer as formas particulares que adotaram nesse caso as operações lógicas indicadas em suas combinações.

Nesse ponto se faz ver a dificuldade central de toda arte interpretativa. A totalidade de uma obra tem de ser compreendida partindo-se das palavras e de suas combinações e, sem embargo, da compreensão do conjunto. Esse círculo vicioso se repete na relação de cada obra singular com a índole e o desenvolvimento de seu autor, e se volta a apresentar também na relação da obra singular com o gênero literário a que pertence. Essas dificuldades foram resolvidas por Schleiermacher praticamente,

da maneira mais elegante, na introdução à *República* de Platão e nos apontamentos de suas lições exegéticas encontro outros exemplos do mesmo método. A finalidade última do método hermenêutico consiste em compreender o autor melhor do que ele mesmo se compreendeu. Uma proposição que é consequência necessária da teoria da criação inconsciente.

2 - A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A Hermenêutica Jurídica, um ramo particular da Hermenêutica, é preciso de imediato salientar, deve ser estudada à luz da Hermenêutica Filosófica, iniciando-se com os trabalhos de Friedrich Schleiermacher (*apud* PEIXINHO, 2003, pp. 5-7), no início do Século XIX. Para este, hermenêutica é a arte de compreender, e a distinção entre “falar” e “interpretar” passa a ser a pedra de toque de sua hermenêutica. Para Schleiermacher, compreender ou interpretar passa necessariamente por uma reconstrução daquilo que o autor realmente disse ou escreveu. Todo o processo de compreensão pode ser simbolizado por um círculo, onde se dão voltas até atingir-se o objetivo, o chamado círculo hermenêutico. Assim, para ele a hermenêutica deixa de ser encarada como uma disciplina específica de determinado ramo do conhecimento, e passa a ser entendida como “a arte de compreender uma expressão lingüística” (*apud* PEIXINHO, 2003, p. 7)¹.

A obra de Schleiermacher vem a ter continuidade com Wilhelm Dilthey (1944, pp. 321-325), que acreditava que, diferentemente das ciências naturais, onde a busca é pela verdade e na qual o que os intérpretes devem buscar é a explicação, as ciências sociais, por sua categoria humanística, buscam a compreensão dos fenômenos, consoante registrado na primeira parte deste trabalho. Nelas, a procura é pelo sentido, pela razão, pelo valor, pela lógica, pela beleza, pela transcendência. Nesse passo, a hermenêutica é sobretudo uma teoria da compreensão, e não somente da interpretação do texto ou do discurso. Pela compreensão, de modo não cognitivo, mas sobretudo aprensivo, pode o intérprete captar a mente ou o espírito do autor quando produziu o texto ou o discurso. Por esse processo interpretativo, capta-se então a experiência humana vivida, que vai além da teorização racional.

Em seguida, comparece Martin Heidegger (*apud* PEIXINHO, 2003, pp. 8-9), que expande os conceitos de Dilthey quando passa a exigir pressupostos para a compreensão. Assinala ele que somente se pode alcançar uma compreensão quando se parte de pressupostos já dados, os quais, admitidos ou repelidos, fornecem então condições para uma análise, apreensão e compreensão do fenômeno. Toda vez que se dialoga com um texto ou com um discurso, alcança-se uma compreensão, mas esse próprio ato de diálogo transformará o objeto, ensejando uma desocultação que não estava visível no início. Por fim, chega-se a Hans-Georg Gadamer, herdeiro de Heidegger, que assevera

que a hermenêutica não é um método para se chegar à verdade, e que o problema hermenêutico não é, por sua vez, um problema de método. Segundo ele, a hermenêutica não seria uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender as ciências humanas. Em *Verdade e Método*, Gadamer afirma que a compreensão das coisas e a correta interpretação não se restringe à ciência, mas à experiência humana, principalmente no que respeita ao fenômeno da linguagem como experiência humana de mundo (1999, pp. 39-45).

Já no que se refere à hermenêutica jurídica, Gadamer (1999, p. 483) procurou, inicialmente, descobrir a diferença entre o comportamento do historiador jurídico e do jurista diante de um texto ou de um discurso jurídico. Seu interesse estava em saber se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico se constituía numa diferença unívoca. Conclui que há uma diferença:

“O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei “ (1999, p. 483).

Para o jurista, ainda segundo Gadamer (1999, pp. 486-487), a compreensão histórica é apenas um meio para se chegar a um fim. Se o historiador do Direito tem de enfrentar culturas jurídicas passadas no seu trabalho de interpretação da lei (sem ter diante de si nenhuma tarefa jurídica, pretendendo apenas averiguar o significado histórico da lei), o juiz ou o advogado, por sua vez, têm de adequar a lei transmitida às necessidades do presente, pois trata-se a aplicação da lei a um caso concreto, a uma tarefa prática. Isso não significa que o juiz ou o advogado em nenhum momento não tenham que assumir a posição de historiadores. Pelo contrário, ao interpretar a lei, para melhor concretizá-la, os dois, em especial o juiz, têm de fazer uma tradução necessária da lei, mesmo que essa tradução seja nos moldes de uma mediação com o presente.

Para Gadamer (1999, p. 485), a interpretação da norma ou lei, ou ainda das relações humanas sujeitas a um enfoque jurídico, é simplesmente uma tarefa criativa. A compreensão, todavia, continua a ser a mola mestra da interpretação. Como afirma Lenio Luiz Streck (2004, p. 44), a compreensão apresenta-se como condição de possibilidade da interpretação, arrematando:

“Isto porque a linguagem - morada do ser - está tomada pelo sentido comum teórico [...] que, e aqui parafraseio Bachelard, antes

de ser juiz ou testemunha do processo interpretativo, deve ser visto como réu” (2004, p. 44).

Tomando-se em conta que a Hermenêutica já foi definida como a arte da interpretação, deduz-se disso, obviamente, que hermenêutica acaba por ser fundamentalmente compreensão. A Hermenêutica Jurídica seria então a compreensão que dá sentido à norma. Isso quer dizer que, na norma ou no texto jurídico, há sempre um sentido que não está explicitamente demonstrado para que possa ser alcançado de forma essencialista. Pode-se arriscar a dizer que isso se aproxima um pouco da idéia kantiana de fenômeno e coisa-em-si. Nesse sentido, pode-se dizer que a hermenêutica jurídica, como arte da interpretação jurídica, é um processo de construção e re-construção. A relação sujeito-objeto na interpretação jurídica, portanto, não é uma relação meramente contemplativa, onde a dogmática jurídica se apresenta como verdade absoluta (e mais que isso, como verdade pétrea e rígida), quase como verdade revelada, mas uma atividade subjetiva, onde o sujeito tem papel ativo, mesmo se considerando que grande parte da interpretação só pode ser realizada a partir de conceitos previamente estabelecidos pela tradição na qual o sujeito está inserido.

Desse modo, ao interpretar uma norma jurídica o jurista (sujeito) deve buscar a compreensão desse objeto, desse fenômeno jurídico, mediante um instrumento que irá proporcionar essa compreensão. Tal instrumento é a linguagem. Note-se, entretanto, que a linguagem, como instrumento para a compreensão e interpretação, não é um terceiro elemento, um ente à parte nessa relação sujeito-objeto, mas a própria condição de possibilidade de interpretação da norma jurídica. Entretanto, Gadamer (1999, p. 485) adverte o jurista:

“[...] não pode sujeitar-se ao que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem de determinar de novo a função normativa da lei.”

Por seu turno, Emilio Betti (*apud* PEIXINHO, 2003, p. 12) desconsidera a idéia de uma avaliação mais adequada da verdade de uma obra de arte (como Gadamer) ou de uma compreensão mais profunda do ser (como Heidegger); de índole mais prática, procura distinguir os diferentes modos de interpretação das disciplinas humanas e assim formular um corpo básico de princípios com os quais se pudesse interpretar as ações dos homens e seus respectivos objetos. Para Betti (*apud* PEIXINHO, p. 12), pouco importa a subjetividade da interpretação, pois o objeto manter-se-á sempre

objeto, e assim se poderá fazer dele ou realizar com ele, sempre, uma interpretação objetivamente válida.

3 - A ESPECIFICIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Estritamente no âmbito do Direito, todas as definições de hermenêutica jurídica giram em torno de interpretação racional das leis e das normas. Diferentemente, entretanto, de uma interpretação artística ou literária, há no campo jurídico uma construção interpretativa que se volta para um desiderato objetivo e finalístico, a decidibilidade. Em suma, em Direito o hermenêuta não ataca o texto ou o discurso de forma meramente especulativa, diletantemente e sem um compromisso aparente; ao contrário, ele realiza essa arte com o objetivo de argumentar e obter uma decisão.

De acordo com Carlos Maximiliano (1999, p. 9):

“Interpretar é explicar, esclarecer dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que nela se contém.”

Vale reparar também que, no campo jurídico, há uma diferença entre hermenêutica e interpretação. Enquanto esta última, como as artes em geral, dispõe de uma técnica específica, orientada por regras e princípios, a hermenêutica se vale dos resultados da filosofia jurídica, fixando os novos processos de interpretação. Complementa ainda Maximiliano (1999, p. 1) que a hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Em síntese, pode-se resumir dizendo que hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

4 - A TÓPICA COMO EXPEDIENTE HERMENÊUTICO

O método tópico, que constitui um dos modernos recursos hermenêuticos, foi desenvolvido na Alemanha em por Theodor Viehweg (1954), em trabalho intitulado *Topik und Jurisprudenz*. A tópica é, assim, uma técnica aberta de pensar por problemas, podendo servir de recurso interpretativo das normas jurídicas, estabelecendo uma forma de raciocínio, que procede por questionamentos sucessivos, em torno da relação pergunta-resposta. Assim, quando os meios convencionais para a resolução das questões concretas da vida forem insuficientes, como nos casos das lacunas, o aplicador do Direito, diante da situação *sub judice*, poderá valer-se dos **topoi**, isto é, de pontos de vista que facilitam e orientam a sua argumentação, à luz daquilo que está

inserido nos autos do processo. Os tópicos ou *topoi* são pontos de vista empregáveis em diversas instâncias, com validade geral, lançados na ponderação de pós e contras das opiniões e podem inferir o que é verdadeiro. Não é a interpretação tópica limitada aos empregos dos *a priori* vinculados a uma interpretação por analogia, que em muito, se assemelha ao método sistemático.

4.1 - O DIÁLOGO COM A HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Boaventura de Sousa Santos (2003), ao propor uma concepção multicultural dos direitos humanos, vale-se também dos *topoi* para explicar que o diálogo intercultural pressupõe intercâmbio de diferentes universos de sentido, sendo que estes consistem em “constelações de *topoi* fortes” (SANTOS: 2003, p. 443). O autor sugere que os tópicos ou pontos de vista são os “lugares comuns retóricos abrangentes de determinada cultura” (SANTOS, 2003, p. 443), mostrando que no âmbito de um determinado contexto servem como premissas de argumentação, sem ensejar qualquer tipo de discussão, eis que se apresentam como evidências inquestionáveis.

Entretanto, vale anotar que esses chamados *topoi* fortes, se tomados em cultura diversa, passam a apresentar-se com uma textura vulnerável e problemática; tanto assim é que em experiências de trocas interculturais, sistematicamente os participantes do processo dialógico vêem-se na contingência de explicar ou justificar posturas, condutas e idéias que na sua cultura esbarram no senso comum. Não é por outra razão que se tem a concepção de que a tarefa de compreender determinada cultura a partir dos *topoi* de outra cultura é por demais difícil e até impossível para determinados estudiosos.

Boaventura de Sousa Santos (2003) e Raimundo Pannikar (1983) não se filiam àqueles que têm essa como uma tarefa impossível, razão pela qual propõem a construção teórica em torno de uma hermenêutica diatópica, que se cinge a um procedimento baseado no pressuposto de que os *topoi* de uma cultura, por mais fortes que se apresentem, não são dotados de completude, mostrando-se tão incompletos quanto a cultura a que pertencem. Para esses autores, a proposta da hermenêutica diatópica e de um diálogo intercultural é condição imprescindível à eficácia da luta pelos direitos humanos e pela dignidade humana.

Nada obstante o que vem de ser dito, é importante assinalar que o objetivo da diatópica não é atingir a completude - isso sim seria impossível -, mas ampliar a consciência de incompletude mútua, por meio de um diálogo multicultural, o que significa dizer que o intérprete deve manter um ir e vir entre as culturas - daí o caráter diatópico dessa espécie de hermenêutica proposta, que se traduz por um trabalho de colaboração intercultural e não se realiza a partir de uma única cultura ou por uma só pessoa. Sob esse aspecto é que se aproximam as lições de Boaventura de Sousa Santos (2003) e Rai-

mundo Panikkar (1983) com o método tópico-problemático, utilizável na interpretação da Constituição, como revela Gomes Canotilho (1993, pp. 213-214):

“A interpretação da Constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente do problema.” (Grifos no original.)

5 - O PAPEL DO JUIZ NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Sob a égide da Revolução Francesa de 1789, o juiz comparecia como alguém que exercia um papel limitado, de aplicar a letra da lei ao caso concreto, sem qualquer possibilidade de interferência criativa nesse processo. Contudo, com o advento do *Welfare State*, um novo movimento ganhou força, o chamado ativismo judicial, assim entendido como o fenômeno pelo qual o magistrado cria o direito do caso concreto, ao transportar a abstração da norma jurídica para a hipótese que lhe viesse a ser posta sob apreciação.

Operou-se verdadeira “revolta contra o formalismo”, como já alertara o filósofo Morton G. White (*apud* Cappelletti, 1993, p. 31), oriunda de grande transformação do papel do Direito e do Estado na moderna sociedade do bem-estar, tendo como efeitos imediatos a legislação social, os direitos sociais e a função modificadora da magistratura, que passaram a exigir dos juízes postura mais atuante e reflexiva.

Assim é que Mauro Cappelletti (1993), reconhecendo o fenômeno e assentado na premissa de que “a criatividade constitui fator inevitável da função jurisdicional” (p. 73), estabeleceu as bases e os limites dessa atividade criativa pelos magistrados, traçando a diferença fundamental, moral e estrutural da função jurisdicional em relação à função legislativa, dada a forma de legitimação dos agentes políticos que exercem essas funções.

Do quanto se observa da obra de Cappelletti (1993, p. 74), verifica-se que o pensador italiano reconhece na atividade jurisdicional o papel hermenêutico concebido por Dilthey, vislumbrando a necessidade de verdadeira compreensão, como se extrai destas palavras:

“Efetivamente, eles (os juizes) são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito.”

Igualmente François Rigaux (2000) visualiza uma chamada “missão legislativa do juiz” (p. 322), reconhecendo a atuação criativa do magistrado ao julgar os casos que lhe são submetidos, sem deixar de reconhecer tensão na dinâmica da relação estabelecida entre o juiz e o legislador (p. 323).

O que se verifica atualmente é que o trabalho desenvolvido pelo julgador aproxima-se em tudo e por tudo da concepção conceitual levada a efeito por Dilthey em torno da hermenêutica, vale dizer, a aplicação da norma traduz-se por uma operação complexa, voltada à compreensão plena, sob pena de fraudar-se as origens e a evolução da própria ciência hermenêutica.

CONCLUSÕES

O presente estudo leva a algumas conclusões específicas, deixando entrever que a visão atual da hermenêutica encontra raízes conceituais na sua própria origem, ao verificar-se que a idéia de interpretação se elastece, para atingir o que hoje se tem por compreensão.

Trata-se de visão adquirida a partir da grande contribuição ofertada por Dilthey em torno da importância de incorporar-se o autor como fórmula de interpretação, descortinando suas intenções, expectativas, visão de mundo e chegar a captar seu próprio sentir. Questão essa que se soma à lição de que a compreensão, necessariamente, mostrará graus diferentes.

É nesse contexto que se desenvolve o estudo da hermenêutica jurídica, obrigatoriamente realizado à luz da hermenêutica filosófica, que permite um diálogo permanente entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. E é nesse processo dialético que se abre oportunidade de desocultação do que, a princípio, não era visível, com conseqüente transformação do objeto.

Tal transformação nada mais é do que produto de uma tarefa criativa a que se refere Gadamer, ao propor diferenças entre o labor do jurista e do historiador jurídico. Percebeu-se, ao longo deste trabalho, que o jurista tem por desafio permanente a adequação da norma às necessidades do presente, enquanto o historiador do Direito tem a missão de investigar o significado histórico da norma. Vê-se, assim, que aquele terá por lastro o presente e o futuro, enquanto este toma por base o passado. Não se deve, contudo, inferir que ao jurista não importa o contexto histórico-cultural e social em que foi elaborada a norma.

Esse é o âmbito em que se dá a investigação em torno da especificidade da hermenêutica jurídica, para observar-se que o diferencial reside na idéia de decidibilidade; para tanto, a tópica comparece como expediente hermenêutico que possibilita ao jurista compreender a norma tendo como referenciais problemas pontuais, ditos *topoi*. Esse mecanismo abre espaço ao que aqui se chamou de diálogo com a hermenêutica diatópica, construção teórica sistematizada por Baoventura de Sousa Santos e Raimundo Panikkar, pela qual se permite o ir e vir do intérprete em visita a culturas diversas, sempre tendo por pressuposto a idéia de que não há completude de qualquer cultura.

Essa incompletude alcança o universo de elaboração hermenêutica do juiz, daí a razão de, no âmbito deste estudo, dedicar-se parte especial ao papel do magistrado, haja vista, sobretudo, a distância que hoje se verifica entre a missão original do julgador, ao apenas repetir, no caso concreto, a letra distante da norma, e a tarefa que atualmente se lhe atribui, vale dizer, construir o direito. Trata-se do fenômeno pesquisado por Mauro Cappelletti em torno do ativismo judicial que, como visto, deita raízes nas lições de Dilthey, ao preconizar a idéia de compreensão como inerente ao dever hermenêutico.

Referências:

- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- DILTHEY, Wilhelm. *El Mundo Historico*. México: Fondo de Cultura Economica, 1944.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- MACHADO, José Pedro. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 3º volume. 3ª ed. Lisboa: Livros Horizonte, 1977.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- PANIKKAR, Raimundo. “É a Noção dos Direitos do Homem um Conceito Ocidental?”, *Revista Diógenes*, n. 5. Brasília: Editora Universidade de Brasília, julho-dezembro-1983.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais - Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOTAS

- 1 *Manoel Messias Peixinho sugere a leitura da obra de Richard Palmer, Hermenêutica, Lisboa: ed. 70, 1986, definindo-a como um “excelente livro” de hermenêutica filosófica; para um estudo de hermenêutica filosófica aplicada ao direito, o autor recomenda a leitura de José Lamago, Hermenêutica e Jurisprudência, Lisboa: Fragmentos, 1990 (PEIXINHO, 2003, nota 2, p. 5).*



Jurisprudência

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002001566-7

Apelante - Distrito Federal
Apelado - João Geraldo Casagrande
Relatora - Desa. Carmelita Brasil
Segunda Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRELIMINARES AFASTADAS. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. DOENÇA GRAVE. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DA TUTELA. REQUISITOS DO ART. 273 PRESENTES. DECISÃO MANTIDA.

De acordo com o art. 157, I, da CF/88, pertence ao Distrito Federal o imposto de renda por ele recolhido, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva ou incompetência do juízo. Preliminares rejeitadas.

Presentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela (art. 273, CPC), quais seja, a verossimilhança das alegações e fundado receio de dano de difícil reparação, justifica-se a concessão da tutela pleiteada, não merecendo reformas o *decisum*. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Carmelita Brasil, Relatora, J. J. Costa Carvalho, Presidente e Vogal, e João Mariosi, Vogal, em conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Distrito Federal interpôs o presente Agravo de Instrumento contra a r. decisão que, nos autos de ação ordinária ajuizada pelo ora agravado, deferiu parcialmente a antecipação da tutela pleiteada, determinando ao requerido, ora agravante, que suspenda o desconto do Imposto de Renda dos proventos do Impetrante, nos termos da Lei nº 7.713/88, art. 6º, inciso XIV.

Sustenta o agravante, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam* e a incompetência do juízo em relação ao pleito de repetição de indébito, salientando que referido imposto insere-se na competência constitucional atribuída à União, figurando o Distrito Federal como mero responsável pela retenção e ulterior recolhimento dos valores respectivos.

No mérito, afirma o recorrente que o autor, ora agravado, não faz jus à isenção pretendida por não preencher a segunda condição imposta pela lei, qual seja, ser portador de moléstia grave, segundo os laudos periciais emitidos por serviço médico oficial do Distrito Federal.

Assevera que o fato de o autor, infelizmente, estar sujeito, eventualmente, ao retorno da doença (carcinoma epidermóide), não significa que seja seu portador, com exigido pela norma isencional.

Insiste na inexistência da plausibilidade do direito invocado e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, não se justificando o deferimento da tutela antecipada.

Alega que a manutenção da r. decisão acarreta graves prejuízos ao erário do Distrito Federal, impedindo que o crédito tributário, cuja legalidade restou demonstrada, seja regularmente auferido, mostrando-se clara a existência de *periculum in mora* inverso.

Requer, assim, a concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, suspendendo-se o cumprimento da decisão agravada até o pronunciamento definitivo da Turma e, ao final, o conhecimento e provimento do presente agravo, a fim de que seja reformada *in totum* a r. decisão agravada.

Sem Preparo, eis que isento o agravante.

Decisão de fl. 97, na qual indeferi o efeito suspensivo pleiteado.

Sem contra-razões (certidão de fl. 99).

É o Relatório.

VOTOS

Desa. Carmelita Brasil (Relatora) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pretende o ora agravante a reforma da r. decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela, determinando a suspensão do desconto do Imposto de Renda dos proventos do agravado.

Em preliminar, suscita o agravante sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação ordinária em relação ao pedido de repetição de indébito constante da inicial, o que acarretaria, também, no seu entender, a incompetência desse juízo, em virtude do interesse da União.

Inicialmente, cumpre asseverar que a r. decisão vergastada não menciona a questão da devolução de quantias já recolhidas, cuidando-se, na espécie, de simples suspensão dos descontos relativos ao imposto de renda, o que, por certo, está entre as atribuições do ora agravante.

Ademais, ainda que se levasse em consideração o pedido de repetição de indébito, tenho por certa a legitimidade passiva do recorrente, não havendo que se falar também em incompetência do juízo, pois, de acordo com o disposto no art. 157, I, da CF/88, pertence ao Distrito Federal o imposto de renda por ele recolhido, embora o tributo seja instituído pela União.

Por estes fundamentos, rejeito as preliminares suscitadas.

No mérito, melhor sorte não socorre o agravante.

Assevera o agravante que não estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da antecipação de tutela, merecendo reforma a r. decisão vergastada.

Nos termos do Art. 273 do CPC, o Juiz pode antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida, se presentes os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, além dos elementos específicos do fundado receio de dano de difícil reparação ou da caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito do réu de protelação.

A respeito do tema, leciona o mestre Humberto Theodoro Júnior na obra CPC Anotado, 2ª edição, Forense, Rio, 1996, em comentário ao Art. 273, página 124:

“Verossimilhança, em esforço propedêutico, que se enquadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação *latu sensu*, o próprio *fumus boni iuris*, e principalmente, o *periculum in mora*.

Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável, equivalendo, em última análise, à verossimilhança da alegação, mormente no tocante ao direito subjetivo que a parte queira preservar.

Assim, pode-se ter como verossímil o receio de dano grave que decorra de fato objetivamente demonstrável e não de simples receio subjetivo da parte. O mesmo critério de verossimilhança aplica-se à aferição do abuso do direito de defesa. E como prova inequívoca do direito do requerente, deve-se ter aquela que lhe asseguraria sentença de mérito favorável, caso tivesse a causa de ser julgada no momento da apreciação do pedido de medida liminar autorizada pelo novo Art. 273. Por se tratar de antecipação de tutela satisfativa

da pretensão do mérito, exige-se, quanto ao direito subjetivo do litigante, prova mais que robusta do que o mero *fumus boni iuris* das medidas cautelares (não satisfativas)”.

Feitas estas considerações e após o exame dos elementos que instruem o recurso, observa-se que restou efetivamente demonstrado que o autor, ora agravado, foi acometido por doença grave, qual seja, carcinoma epidermóide invasor, tendo se submetido, por duas vezes, à ressecção cirúrgica de carcinoma, tendo pleiteado a isenção após a primeira cirurgia, ocasião em que teve indeferido seu primeiro pedido administrativo.

Embora sustente o agravante que o ora recorrido, após as duas cirurgias, não é mais portador de doença grave, segundo laudos médicos, reconhece também, em suas razões recursais, a possibilidade de retorno da doença.

Vê-se, ainda, que a jurisprudência prestigia o entendimento esposado pelo autor, no tocante ao seu enquadramento nas hipóteses de isenção do imposto de renda, sendo patente, a meu ver, a verossimilhança das alegações do recorrido.

Quanto ao fundado receio de dano, tenho que também se faz presente, ao contrário do afirmado pelo agravante.

É de sabinça geral a necessidade do paciente que teve carcinoma se submeter a inúmeros tratamentos preventivos, juntamente com a aquisição de medicamentos caros, entre outros, sendo certo os gastos elevados com a saúde, situação que, a meu ver, compromete em muito a sobrevivência do agravado, podendo ser amenizada com a suspensão dos descontos concedida.

Ademais, conforme deixei assentado quando do indeferimento do efeito suspensivo ao presente recurso, não vislumbro qualquer perigo de dano inverso como sustenta o recorrente, sendo certo que, no caso de improcedência do pedido, o tributo voltará a ser recolhido normalmente.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO e mantenho a r. decisão agravada.

É como voto.

Des. João Mariosi (Vogal) - Com a Relatora.

Des. J. J. Costa Carvalho (Presidente e Vogal) - Com a Relatora.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento ao Recurso. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002002511-7

Agravantes - Susana Portilho Troncoso e outros

Agravados - Núcleo de Computação Eletrônica NEC/UFRJ - Brasília - Divisão de Concursos e Distrito Federal

Relator - Des. Cruz Macedo

Quarta Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA CIVIL. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE QUESTÕES DE LÍNGUA PORTUGUESA. APRECIÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PROVA INEQUÍVOCA. INOCORRÊNCIA.

1. Não se compagina com o princípio da universalidade da jurisdição a tese de que ao Judiciário não seria dado proceder ao reexame de questões formuladas em concurso público. Embora esse exame não possa atingir o momento interno de formulação das questões, afeto à liberdade de atuação do administrador, não pode ser alijado quando se demonstre, inclusive por prova pericial, que não se adotou a melhor técnica, própria a cada ramo do saber humano, momento em que é legítima a atuação judicial para corrigir o ato e resguardar o amplo acesso aos cargos públicos. Precedente do STJ.

2. Não se pode descuidar também que significativa parte do saber humano é objeto de regulamentação jurídica, como sucede com as normas cultas da língua portuguesa, cuja interpretação não pode ser considerada monopólio do Poder Executivo.

3. Não demonstradas, contudo, que a formulação das questões *in casu* destoaram das regras da língua portuguesa formal, mantém-se a decisão que indeferiu a antecipação da tutela.

4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Cruz Macedo - Relator, Humberto Adjuto Ulhôa e Vera Andrighi - Vogais, sob a presidência do Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa,

em rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, unânime, de acordo com ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SUSANA PORTILHO TRONCOSO e TATIANA MARTINS DOS SANTOS contra decisão proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Brasília/DF (fl. 76) que indeferiu o pleito de antecipação da tutela reclamado na ação anulatória movida pelas agravantes em desfavor do NÚCLEO DE COMPUTAÇÃO ELETRÔNICA NEC/UFRJ-BRASÍLIA - DIVISÃO DE CONCURSOS e DISTRITO FEDERAL, com vistas ao reconhecimento de sua aprovação na primeira etapa do Concurso Público para Agente da Polícia Civil do DF (Edital/Portaria nº 669/2003).

Sustentam as agravantes a anulação dos resultados que lhes foram atribuídos, confirmados em grau de recurso administrativo, alegando a ocorrência de erro nas questões da prova objetiva de língua portuguesa, especificamente quanto às questões de nº 12, 15, 16, 17 e 21, que, se corrigido, lhes conferiria a pontuação mínima necessária para avançar no certame.

O pleito suspensivo restou indeferido às fls. 84/85.

Contra-razões apenas do Distrito Federal, suscitando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que não é dado ao Poder Judiciário rever o posicionamento administrativo alusivo à correção de provas em concurso público, matéria que se inseriria no âmbito da discricionariedade administrativa. Do contrário, permitir-se-ia verdadeira violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da isonomia. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

Preparo regular (fl. 16). É o relatório.

VOTOS

Des. Cruz Macedo (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

A preliminar suscitada pelo DISTRITO FEDERAL não merece acolhida, pela singela razão de que não se coaduna com o princípio da universalidade da jurisdição - inculcado no Artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito -, pretender afastar-se do exame do Judiciário as eventuais ilegalidades e inconstitucionalidade perpetradas pelas

bancas examinadoras de Concurso Público, sobretudo se considerarmos as constantes notícias de fraudes nesses tipos de certames.

Não há absolutamente nenhum amparo na tese de que o Judiciário não poderia proceder ao reexame de provas, matéria que seria da alçada exclusiva da Administração. O fato de, muitas vezes, o tema das provas envolver questões técnicas, como se daria, por exemplo, se discutida por um candidato uma prova de contabilidade, de economia, de química, de raciocínio lógico-numérico etc, ou outros assuntos que, em geral, não estão na esfera de domínio de conhecimento do magistrado, nada impede que, como sói acontecer em quaisquer questões de ordem técnica, se valha o magistrado do auxílio das provas periciais, o que, aliás, não constituiria nenhuma novidade.

Não se pretende aprofundar a celeuma acerca da teoria dos atos discricionários, cuja distinção relativamente aos aludidos atos vinculados da Administração entendo superada no constitucionalismo moderno, porquanto não há ato administrativo que não necessite do amparo legal ou constitucional, de forma que todo ato administrativo é sempre vinculado, ao menos no sentido de depender da autorização normativa para a sua edição, ainda que afetos aos elementos ditos integrativos do mérito administrativo.

Nesse sentido, pretender alijar o Poder Judiciário desse debate, além de não se coadunar com o princípio da universalidade da jurisdição, significaria uma forma indireta e indevida de, nos casos extremos, se convalidarem as mais diversas violações ao princípio do concurso público e da isonomia. Isso porque a eventual incorreção na formulação de uma questão no certame ou a incorreção nos gabaritos publicados necessariamente implica excluir candidato do certame de forma ilícita e inconstitucional. E, havendo inconstitucionalidade ou ilegalidade, não há afastar a competência do Judiciário, nem há falar em violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto constitui tarefa institucional e organicamente atribuída ao Judiciário a atuação contra qualquer ilegalidade ou ato que desborde dos parâmetros normativo-constitucionais. Em verdade, a pretensão do agravado é a de ressuscitar a velha teoria de que os atos políticos do Executivo (ditos discricionários) não poderiam ser objeto da apreciação judicial, tese que há muito se acha superada.

Naturalmente que esse entendimento não vai ao ponto de autorizar que o Judiciário interfira na escolha e na forma de apresentação das questões de prova, tema que não desborda do âmbito de liberdade do Administrador. No momento, contudo, em que a escolha adotada não se mostra compatível com os princípios técnicos aplicáveis em cada área do saber humano, aduz-se uma questão eminentemente jurídica, relativa ao direito do candidato à observância dessa ordem técnica, sob pena de restar violado o seu direito de acesso aos cargos públicos também à luz desses princípios e da sistemática aplicável ao campo de saber cujos conhecimentos lhe são exigidos. Aliás, constituiria

violação ao princípio da isonomia, considerar falsa a resposta do candidato a essa exigência, fora das regras vigorantes em cada ciência ou técnica.

Nessa linha de raciocínio, já se pronunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça: “*Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração na formulação do julgamento de provas (cf. RMS nºs 5.988/PA e 8.067/MG, entre outros). **Porém, isso não se confunde com, estabelecido um critério legal - prova objetiva, com uma única resposta (Decreto Distrital nº 12.192/90, arts. 33 e 37), estando as questões mal formuladas, ensejando a duplicidade de respostas, constatada por perícia oficial, não possa o Judiciário, frente ao vício do ato da Banca Examinadora em mantê-las e à afronta ao princípio da legalidade, declarar nula tais questões, com atribuição dos pontos a todos os candidatos (art. 47 do CPC c/c art. 37, parág. único do referido Decreto) e não somente ao recorrente, como formulado na inicial.***” (RESP 174291/DF, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJ 29.05.2000 p. 169, RSTJ vol. 135 p. 568).

Não se pode descuidar também que significativa parte das regras próprias da ciência ou técnica a que se refere a prova do concurso público se acham inseridas em normas legais, cuja interpretação incumbe ontologicamente ao Judiciário. É exatamente o que ocorre com as regras da língua portuguesa culta, objeto da discussão no presente agravo, que se acham essencialmente dispostas na Nomenclatura Gramatical Brasileira, nos termos da Lei 5.765/1971 e do Pequeno Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa editado pela Academia Brasileira de Letras, também em conformidade com o Artigo 2º daquele Diploma Legal.

Cuida-se, portanto, substancial e essencialmente de matéria jurídico-legal e não de ato discricionário de monopólio do Executivo ou das comissões por aquele nomeadas.

No mérito, contudo, examinadas as considerações dos agravantes relativamente às questões de língua portuguesa suscitadas nos autos, não vislumbro o acerto das teses, porquanto, em linha de princípio, as questões formuladas estão de acordo com os citados ditames da língua culta.

De qualquer forma, não vindo a prova pericial contundente do desacerto na formulação das questões no certame, nem se afigurando acertadas à conclusões dos agravantes nesse tocante, à luz do conhecimento das regras da língua formal por este Relator, nem sendo possível abrir-se tal dilação probatória na estreita via do agravo, não resta configurada a prova inequívoca e portanto deve ser mantido o indeferimento da antecipação de tutela, nos termos da decisão agravada, reservando-se ao magistrado singular o exame mais aprofundado da questão deduzida em juízo.

Fundado nessas breves considerações, NEGOU PROVIMENTO ao agravo, mantendo a decisão recorrida, embora por fundamento diverso. É como voto.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Presidente e Vogal) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Preliminar rejeitada. No mérito, negou-se provimento ao recurso. Unânime.

— • —

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002003182-1

Agravante - Wilson Jundiro Inoue
Agravada - Edsonina Filho Correia Amaral
Relatora - Desa. Sandra De Santis
Sexta Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - PENHORA DE PARTE DOS PROVENTOS DA DEVEDORA - POSSIBILIDADE - CARÁTER ALIMENTAR - EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA.

1. A execução de honorários advocatícios contratuais possui natureza alimentar. Dessa forma, é possível, nessa hipótese, a constrição de percentual dos proventos da devedora, consoante o artigo 649, inciso IV, do CPC, que excetua a impenhorabilidade absoluta quando do pagamento de prestações alimentícias.
2. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sandra De Santis - Relatora, Ana Maria Duarte Amarante Brito e Jair Soares - Vogais, sob a Presidência da Senhora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito em conhecer, dar provimento parcial ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por WILSON JUNDIRO INOUE em face de EDSONINA FILHO CORREIA AMARAL, contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 14ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, que indeferiu pedido de penhora sobre os vencimentos da agravada, ante a previsão de impenhorabilidade do artigo 649, inciso IV, do CPC.

Informa o recorrente que propôs ação de execução contra a agravada e que, diante da dificuldade de encontrar bens penhoráveis, postulou a penhora de 30% (trin-

ta por cento) dos proventos da recorrida, cujo órgão pagador é o Superior Tribunal Militar. Salienta que o artigo 649, inciso IV, do CPC preceitua que são impenhoráveis os vencimentos, salvo para pagamento de prestação alimentícia. Defende o caráter alimentar dos honorários advocatícios que persegue com a execução e que não foram pagos. Colaciona jurisprudência.

Vieram as informações prestadas pela MM. Juíza às fls. 39/41.

Não houve a apresentação de contra-minuta.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - Recurso tempestivo, cabível e regularmente processado. Dele conheço.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de execução de honorários advocatícios, indeferiu pedido de penhora sobre 30% (trinta por cento) dos proventos da servidora pública agravada, à alegação de impenhorabilidade de vencimentos.

Salienta o recorrente que a regra do artigo 649, inciso IV, do CPC, contém a exceção de que o pagamento de prestações alimentares não se submete à impenhorabilidade. Defende que os honorários advocatícios têm natureza alimentar.

À primeira vista, pareceu-me que os descontos nos proventos da servidora são vedados, em face da impenhorabilidade prevista no Código de Processo Civil.

Entretanto, debruçando-me melhor sobre o tema, concluí que os honorários advocatícios têm natureza alimentar, pois é a remuneração que os advogados auferem para sua subsistência em retribuição ao seu trabalho. Portanto, são ressalvados na regra do artigo 649, inciso IV, do CPC.

Fernando Jacques Onófrio ensina que:

“No Brasil, sob o regime das Ordenações, os advogados eram tidos como quase funcionários da justiça, daí a origem do caráter de atividade pública do advogado. Nessa condição, estávamos impedidos de receber de clientes senão os chamados salários, taxados no regimento de custas.

Historicamente temos, no Direito Romano, após a revogação da *Lex Cincia*, o aspecto indenizatório pela perda de tempo. No Direito Pátrio, embora algumas correntes entendam que se trata de indenização, temos os salários previstos aos oficiais de justiça, instituídos pelo Decreto nº 5.737, de 2 de setembro de 1874, que dão, à contraprestação do advogado, seu caráter remuneratório.

Justamente, no citado decreto, encontramos a origem legal e histórica da natureza remuneratória dos honorários e, de consequência, seu reconhecido caráter alimentar.

Não devemos confundir os conceitos de salários e honorários. (...)

Conquanto conceitualmente distintos os dois institutos, o mesmo não ocorre com suas finalidades que, em princípio, confundem-se. Como um dos direitos constitucionais do trabalhador, o salário deve ser capaz de atender suas necessidades e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, etc. (natureza alimentar do salário definida na Lei Maior). Do mesmo modo, os honorários dos profissionais liberais têm idêntica destinação, conferindo-lhes a evidente natureza alimentar.”(ONÓFRIO, Fernando Jacques. Manual de Honorários Advocatórios. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 31/32)

Em alguns julgados, o Superior Tribunal de Justiça bem como o Supremo Tribunal Federal decidiram que os honorários, inclusive os sucumbenciais, gozam do privilégio da natureza alimentar no sistema de precatórios do artigo 100 da Constituição Federal. Não se pode instituir dois pesos e duas medidas para a hipótese. Trago à colação os precedentes:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO. DECISÃO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL. ATO ADMINISTRATIVO. VIABILIDADE DO EXAME EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. PREFERÊNCIA NA ORDEM DOS PRECATÓRIOS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. Os atos do Presidente do Tribunal nos processos de precatório, são de natureza administrativa. Como ato administrativo está sujeito ao controle pelas vias normais ou por intermédio da ação de mandado de segurança. Precedentes do STJ.
2. Os honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais, possuem natureza alimentar.
3. Incluem-se, portanto, na ressalva do art. 100 da Constituição da República. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso provido.” (RMS 12059/RS; Rel. Min. Laurita Vaz; DJ 09/12/2002)

“PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARÁTER ALIMENTAR.

I - Os honorários advocatícios constituem verba de caráter alimentar, achando-se incluída na ressalva do art. 100, *caput*, da Constituição.

II - Recurso ordinário improvido.” (RMS 1392/SP; Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; DJ 08/05/95)

“CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. PAGAMENTO NA FORMA DO ART. 33, ADCT. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS: CARÁTER ALIMENTAR. ADCT, ART. 33.

I - Os honorários advocatícios e periciais têm natureza alimentar. Por isso, excluem-se da forma de pagamento preconizada no art. 33, ADCT.

II - RE não conhecido.” (RE 146.318/SP; Rel. Min. Carlos Velloso; DJ 04/04/97)

No entanto, tenho que o percentual de 30% (trinta por cento) sobre os proventos da executada é excessivo.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para determinar o desconto de 10% (dez por cento) sobre os proventos brutos da agravada, deduzidos os descontos compulsórios, até que completado o valor da execução. É o voto.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Presidente e Vogal) - De acordo.

Des. Jair Soares (Vogal) - De acordo.

DECISÃO

Conhecido. Provido parcialmente. Unânime.

————— • —————

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002004068-1

Agravante - Adriano de Jesus Gomes

Agravados - Espólio de Geraldo Serafim Gomes e outro

Relator - Des. Jair Soares

Sexta Turma Cível

EMENTA

INVENTÁRIO E PARTILHA. PERMISSÃO DE EXPLORAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO. TRANSFERÊNCIA AOS HERDEIROS. POSSIBILIDADE.

A permissão de exploração de transporte público alternativo, no caso de morte do permissionário, pode ser transferida aos herdeiros (Lei Distrital nº 194/91, alterada pelas Leis Distritais nº 953/95 e nº 1.514/97 e art 12, do Dec. 17.045/95). Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Jair Soares - Relator, Teófilo Caetano - Vogal e Ana Maria Duarte Amarante Brito - Presidente e Vogal, em conhecer e prover. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento de decisão que, em inventário e partilha, excluiu do monte os direitos sobre a permissão para exploração de transporte público alternativo.

Sustenta o agravante, em síntese, que a legislação do Distrito Federal, as leis ordinárias federais e a Constituição Federal prevêm a possibilidade da transferência da permissão, concedida ao falecido, aos seus herdeiros.

Aduz que depende economicamente da exploração do serviço de transporte alternativo para o sustento de sua família, e que realiza regularmente todos os atos ligados à administração da permissão junto à Secretaria de Transportes do DF, inclusive vistorias periódicas exigidas pelo órgão.

Antecipados os efeitos da tutela recursal (fls. 39/41).

Sem resposta do agravado (f. 44).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 45/9).

VOTOS

Des. Jair Soares (Relator) - A permissão de qualquer serviço público, porque deve ser precedida de licitação (CF, art. 175, *caput*), *intuitu personae*, não admite, em princípio, substituição do permissionário, nem a transferência do serviço à terceiro.

No entanto, se há assentimento do órgão que a outorgou, possível a transferência da permissão a terceiro, por ato *inter vivos*, o que, por sinal, no âmbito do Distrito Federal, é previsto no art. 4º, da Lei 953/95, alterada pela Lei 1.514/97, desde que atendidos os requisitos para tanto exigidos.

No caso de morte do permissionário, a transferência ao herdeiro é prevista nos incisos I e II, § único, do art. 12, do Dec. 17.045/95, que nem mesmo exige prazo para se efetivá-la, que ocorre na forma da lei civil.

Significa, pois, que, com a morte do permissionário, aos herdeiros deste transfere-se, desde logo, o direito que resulta da permissão (CC, art. 1.784).

Nem poderia ser diferente!

Com efeito, não se pode ignorar que da permissão - conquanto ato unilateral e precário, deferido *intuitu personae* - resulta direitos, com expressão econômica, às vezes significativa, que, com a morte do permissionário, não se pode privar os herdeiros de usufruí-los, ou seja, impedir que a permissão seja-lhes transmitida por herança que, por sinal, é direito garantido pela Constituição Federal (CF, art. 5º, XXX).

Aqui está se cuidando de uma simples permissão para explorar o chamado transporte alternativo de passageiros que, em regra, o permissionário o explora com apenas um veículo.

Mas imagine-se que se tratasse de uma empresa de ônibus, com centenas de veículos, a exemplos das várias permissionárias de serviço de transporte público urbano do Distrito Federal. Será se, com a morte do permissionário, estaria extinta a permissão, ou seja, perderiam os herdeiros a permissão que, em consequência, seria entregue a outro permissionário em licitação pública? Com certeza que não!

Se a lei não exclui - e nem poderia, pois, o direito de herança é assegurado constitucionalmente (CF, art. 5º, XXX) - não se pode afastar do monte partilhável permissão de serviço de transporte público que detinha o autor da herança.

Aliás, em algumas situações, impedir os herdeiros de continuar com a permissão será retirá-los o único meio que dispõem para se manterem.

Dou provimento e, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela recursal, reformo a decisão agravada.

Des. Teófilo Caetano (Vogal) - Com o Relator.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Presidente e Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Conhecido. Provido. Unânime.

— • —

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002006651-0

Agravantes - Carlos Alberto Dantas de Moura e outra

Apelados - Marlon Daniel da Silva e outra

Relator - Des. Otávio Augusto

Sexta Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERMO DE CONCESSÃO DE USO. JUSTO TÍTULO.

- O termo de concessão de uso conferido pela Administração Pública ao particular representa de forma precária a posse sobre o bem, consistindo documento hábil a ensejar a proteção possessória, sobretudo quando demonstrada pelo autor a intenção permanente de vigilância e zelo pelo imóvel, ainda que não o tenha ocupado de forma efetiva.

- Recurso parcialmente provido. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Otávio Augusto, Ana Maria Duarte Amarante Brito e Jair Soares, sob a presidência da Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, em prover parcialmente o recurso à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2005.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, interposto por Carlos Alberto Dantas de Moura e s/m, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Cível de Brasília que, nos autos da ação de Reintegração de Posse nº 2005.01.1.074080-7, deixou para apreciar o pedido liminar na audiência de justificação. Por ocasião da mencionada audiência, o magistrado indeferiu o pleito reintegratório, sob o argumento de que os autores não comprovaram a posse efetiva sobre o imóvel.

Alegam que obtiveram da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação o termo de concessão de uso do terreno que autoriza a ocupação precária pelo prazo de até cinco anos e o uso exclusivamente pelo beneficiário original.

Acrescentam que, diante da impossibilidade momentânea de edificar sobre o lote, faziam visitas periódicas ao local para evitar a invasão da área. Entretanto foram surpreendidos pela ocupação ilícita dos agravados no final de maio de 2005.

Afirmam que a decisão é contraditória, eis que reconheceu o esbulho praticado pelos réus, mas não a posse dos autores. Requerem o provimento do recurso e a reintegração na posse do imóvel, a teor dos precedentes jurisprudenciais colacionados.

À ausência de pedido liminar, oficiou-se ao MM. Juiz processante, que prestou as informações de fls. 55/56.

Preparo regular.

É o relatório.

VOTOS

Des. Otávio Augusto (Relator) - Cabível e tempestivo o recurso, dele se conhece.

Os autores obtiveram, em julho de 2002, o termo de concessão de uso de terreno no Riacho Fundo, informando que visitavam periodicamente o lote ao fito de evitar invasão por terceiros. Assinalam que lançaram sinais ostensivos de sua posse, guarnecendo o terreno com mourões e cercas de arame farpado, ao tempo em que instalaram placa de identificação nominal do legítimo possuidor.

No entanto, ao se dirigirem em julho de 2005 ao local, depararam-se com edificação de alvenaria erguida no final de maio deste ano.

A fundamentação monocrática apresenta o seguinte teor:

“Analisando os autos, observo, em tese, que o detentor do direito de uso possui posse. Todavia, deve haver contido na decisão manifesta prova da posse direta do bem, uma vez que o Código Civil, adotando a teoria objetiva, esta se exerce pelo corpus, em contraposição à teoria subjetiva, que exige além deste pressuposto o animus. No caso em tela, observo que os autores não comprovaram quantum satis terem exercido efetivamente a posse direta do imóvel em questão, razão por que indefiro o pedido de reintegração, aguardando a decisão do egrégio Tribunal. Tocante ao pedido de demolição, dada a sua característica de irreversibilidade e considerando haver indicativo de boa-fé por parte dos réus, diante da política habitacional desenvolvida pelo DF, acabo também por indeferi-la. (...) Os réus, na oportunidade, ficaram devidamente advertidos que não deverão fazer novas benfeitorias ou melhorias no local até decisão final nos autos.”

A matéria a ser apreciada no presente recurso restringe-se aos fundamentos que nortearam a r. decisão de 1º grau, pena de adentrar no mérito da própria ação possessória.

Ressalte-se, inicialmente, que o tema tem ensejado posicionamentos divergentes no âmbito desta Corte de Justiça, ora reconhecendo a desnecessidade de demonstração da efetiva posse sobre o bem, que se evidenciaria, em hipóteses análogas ao caso em exame, imediatamente à expedição do título de uso pelo Distrito Federal, ora exigindo a comprovação da posse fática para o deferimento da proteção possessória.

No exame restrito do recurso que se trata, crê-se que a melhor interpretação para a controvérsia não pode se afastar do que restou demonstrado nos autos, ou seja, que o autor está legitimado para pleitear a proteção possessória em face do justo título que possui desde o ano de 2002, em contraposição a terceiros que adentraram no terreno e nele construíram no prazo exíguo de dois meses, ao que se noticia, com a intenção deliberada de se beneficiar do programa habitacional do GDF (fls. 44/45).

Na dicção do art. 1.196 do Código Civil, “*considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”.

A meu sentir, o termo de concessão de uso conferido pela SEDUH aos agravantes representa de forma precária o poder dos autores sobre o bem em litígio, tendo estes de fato o exercício, embora não pleno, sobre o imóvel. Esse é o entendimento que melhor se molda à espécie, na conformidade do posicionamento exarado na APC 2003.08.1.0007966, Rel. Des. Cruz Macedo, AGI 1999.00.2.000652-9, Rel. Desa. Adelith de Carvalho Lopes, APC 2000.09.1.007295-8, Rel. Des. Getulio Moraes Oliveira, entre outros.

Assinale-se, ademais, que os agravantes demonstraram a intenção de manter vigilância e zelar pelo imóvel, ainda que nele não tivessem fixado residência, vez que da vistoria do local constataram a recente apropriação por terceiros.

Nessa conformidade, dá-se parcial provimento ao recurso para determinar sejam os agravantes reintegrados na posse do imóvel, mantendo-se a proibição de demolição ou modificação das edificações erigidas no local pelos agravados, pelas razões expostas na r. decisão impugnada.

Ressalte-se, por fim, a natureza incidental desse provimento, que poderá vir a não subsistir no curso da ação possessória, caso se convença o juízo processante pela prevalência de outros elementos de prova na instrução processual.

Nos termos assinalados, fica, pois, parcialmente provido o recurso.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Vogal) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Deu-se parcial provimento ao recurso. Decisão unânime.

———— • ————

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº
2005002000416-2**

Agravante - Sindicato dos Policiais Civis do DF

Agravado - Distrito Federal

Relator - Des. Jeronimo de Souza

Conselho Especial

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA AVIADA PELO DISTRITO FEDERAL. REQUISICÃO E/OU INDICAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA E OUTROS SERVIDORES PARA EXECUTAR AS FUNÇÕES TÍPICAS DE AGENTES PENITENCIÁRIOS. CONCESSÃO. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

I - A fragilidade e inexeqüibilidade do sistema prisional do Distrito Federal, advinda da impossibilidade de serem salvaguardadas as incolumidades física e psíquica não somente da população de internos, como também dos servidores lotados nos referidos estabelecimentos prisionais, muito menos a consecução dos desígnios que lhe são confiados pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), autoriza o reconhecimento de grave lesão à segurança pública.

II - Considerando que a decisão monocrática proferida pelo E. Juízo *a quo* despojou, por completo, a Administração Distrital de meios necessários e imprescindíveis para a contemporização emergencial da delicada e preocupante situação que permeia o quadro de agentes penitenciários e o sistema prisional do Distrito Federal, é incensurável a decisão que divisou os requisitos insertos no artigo 4º, *caput*, da Lei n. 4.348/1964, e impôs, por conseguinte, a suspensão da execução da decisão liminar proferida na ação de mandado de segurança ventilada nos autos de n.º 2005.01.1.004065-3, que proibiu a Administração de requisitar e/ou indicar agentes de polícia e outros servidores para executar as funções típicas de agentes penitenciários.

III - Como as razões de inconformismo do agravante não alteram os fundamentos da decisão impugnada, questões como a alegada deficiência do sistema penitenciário por incapacidade da

administração pública em gerenciá-lo, bem como que o patente clima de animosidade existente entre os agentes de polícia e os detentos colocará em risco a vida dos servidores e a segurança dos presídios, circunstâncias de ordem fática, escapam às inteiras do escopo da suspensão de segurança.

IV - Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Jeronymo de Souza - Relator, Lécio Resende, Nívio Gonçalves, Otávio Augusto, Getúlio Moraes Oliveira, Estevam Maia, Romão C. de Oliveira, Aparecida Fernandes, Edson Alfredo Smaniotto, Mario Machado, Asdrúbal Nascimento Lima, Haydevalda Sampaio, Hermenegildo Gonçalves e Natanael Caetano - Vogais, sob a presidência do Desembargador Jeronymo de Souza, em negar provimento ao recurso. Decisão por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 08 de março de 2005.

RELATÓRIO

SINDICATO DOS POLICIAIS CIVIS DO DISTRITO FEDERAL interpôs agravo (fls. 59/68) contra decisão exarada às fls. 53/55 que suspendeu a execução da decisão liminar proferida na ação de mandado de segurança ventilada nos autos de nº 2005.01.1.004065-3, que proibiu a Administração de requisitar e/ou indicar agentes de polícia e outros servidores para executar as funções típicas de agentes penitenciários.

Afirmou o agravante que o sistema penitenciário vem apresentando deficiências há muito tempo, cujos problemas têm sido reiteradamente examinados por esta Corte, todos no sentido de reconhecer como desautorizada a utilização de servidor em função diversa daquela para qual fora investido.

Sustentou que o incremento da população carcerária não se dera de maneira abrupta e o novo presídio não será inaugurado antes de setembro deste ano. Assim, concluiu que o quadro da segurança pública, embora preocupante, decorreu da incapacidade da administração pública em gerenciá-lo.

Acrescentou, ainda, que o clima de animosidade existente entre os agentes de polícia e os detentos é patente e colocará em risco a vida dos servidores e a segurança dos presídios.

Finalizou asseverando ser inadmissível suprir-se a falta de planejamento do Governo local mediante a aceitação de um ato ilegal.

Requeru, ao final, a reconsideração do *decisum* para restabelecer a eficácia da medida liminar deferida pela nobre Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública do DF nos autos da ação de mandado de segurança - Processo nº 2005.01.1.004065-3.

É o relatório.

VOTOS

Des. Jeronimo de Souza (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso para recebê-lo no efeito meramente devolutivo.

SINDICATO DOS POLICIAIS CIVIS DO DISTRITO FEDERAL interpôs agravo (fls. 59/68) contra decisão exarada às fls. 53/55 que suspendeu a execução da decisão liminar proferida na ação de mandado de segurança ventilada nos autos de nº 2005.01.1.004065-3, que proibiu a Administração de requisitar e/ou indicar agentes de polícia e outros servidores para executar as funções típicas de agentes penitenciários.

Em que pese o esforço do agravante em demonstrar o acerto de sua tese, as razões de seu inconformismo não alteram os fundamentos da decisão impugnada.

Para melhor entendimento, dou ao conhecimento dos eminentes pares os fundamentos externados às fls. 53/55 que serviram de suporte para a suspensão da execução da liminar proferida nos autos do mandado de segurança (Processo nº 2005.01.1.004065-3):

“Postula DISTRITO FEDERAL, requerente, a suspensão da decisão liminar proferida pelo E. Juízo da 1.ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal no iter da ação de mandado de segurança ventilada nos autos de n.º 2005.01.1.004065-3, que proibiu a Administração de, in verbis, “requisitar e/ou indicar agentes de polícia e outros servidores que não os agentes penitenciários, para executar as funções típicas destes (agentes penitenciários)” (fls. 21/24).

Disse o requerente, para tanto, que da decisão proferida pelo E. Juízo a quo adviria, in verbis, “grave lesão à segurança pública”, conforme motivação expandida às fls. 04/14 e documentos colacionados às fls. 15 e seguintes.

É o relatório.

É o requerente, pessoa jurídica de direito público. No iter da ação de mandado de segurança ventilada nos autos n.º 2005.01.1.004065-3, foi proferida decisão, pelo E. Juízo da 1.ª Vara da Fazenda Pública do

Distrito Federal, contra a Administração Distrital. Ex vi do artigo 4.º, caput, da Lei n.º 4.348/64, é possível, in verbis, “suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença”.

Logo, presentes se mostrando os pressupostos processuais e as condições da ação, conheço da presente medida de suspensão de segurança.

A medida de suspensão de segurança não se escuda em *error in procedendo* ou *error in iudicando* padecido pela decisão proferida pelo E. Juízo *a quo*, mas, ressalte-se, em juízo de conveniência e oportunidade, em contemplação à supremacia do interesse público - em particular, da ordem, saúde, segurança e economia públicas (Lei n.º 4.348/64, artigo 4.º, caput) (- da contenção dos efeitos, até final deslinde do *mandamus*, de decisório proferido contra o Poder Público.)

Para o deslinde da presente medida, necessário se mostra um breve histórico substrato fático subjacente ao sistema penitenciário do Distrito Federal.

Dos minuciosos dados estatísticos de fls. 17/18, apura-se vertiginoso incremento da população de internos abrigada no sistema prisional do Distrito Federal. Por conseqüência, determinados estabelecimentos prisionais, conforme fls. 18, abrigam população de internos que em muito suplanta a capacidade técnica a que eles inicialmente se destinavam.

Supra referida circunstância adversa, conforme informações da Administração (fls. 18), encontra-se na iminência de ser minorada, decorrente de, *in verbis*, “fase final das obras de construção da Penitenciária do Distrito Federal II, no Complexo Penitenciário da Fazenda da Papuda”.

Contudo, o aumento da população de internos abrigada no sistema penitenciário do Distrito Federal não se fez acompanhar pelo necessário incremento, também, do quadro de agentes penitenciários da Administração Distrital, conforme informações de fls. 16.

Não somente se apresenta reduzido o quadro de agentes penitenciários - porquanto limitado, pela Lei n.º 9.659/98, a 800 (oitocentos) cargos - como padece de 87 (oitenta e sete) cargos não providos.

Segundo a Administração, a superação da situação adversa em tela não demanda, apenas, a realização de concurso público para provimento dos claros retro mencionados, como, também, o aumento do quadro de agentes penitenciários mediante alteração da Lei n.º 9.659/98, da competência do Congresso Nacional, ex vi do artigo 21, inciso XIV, da Constituição Federal.

Feito o necessário histórico, depreende-se que a decisão proferida pelo E. Juízo a quo despojou, por completo, a Administração Distrital de meios - frise-se - de caráter episódico, excepcional e temporário - necessários e imprescindíveis para a contemporização emergencial da delicada e preocupante situação que permeia o quadro de agentes penitenciários e o sistema prisional do Distrito Federal.

Da limitação da administração do sistema penitenciário distrital, única e exclusivamente, aos 713 (setecentos e treze) agentes penitenciários de que dispõe o Poder Público (fls. 16) - conforme decisão proferida pelo E. Juízo a quo - emerge, indene de dúvidas, a fragilidade e, por conseguinte, a inexequibilidade de todo o sistema prisional, não mais se afigurando possível a salvaguarda das incolumidades física e psíquica não somente da população de internos, como também dos servidores lotados nos referidos estabelecimentos prisionais, muito menos a consecução dos desígnios que lhe são confiados pela Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84). Divisa-se, por conseguinte, grave lesão à segurança pública.

Porque tolhido, o requerente do, in verbis, “exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”, conforme magistério de Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança (26.ª ed., pág. 87, Malheiros Editores), vislumbra-se, também, grave lesão à ordem pública.

Dessarte, contemplando o substrato fático subjacente ao sistema prisional do Distrito Federal - no qual vislumbra-se aumento vertiginoso da população de internos sem o necessário incremento do quadro de agentes penitenciários, que, além de se afigurar reduzido, é, também, permeado de claros - divisos os requisitos insertos no artigo 4.º, caput, da Lei n.º 4.348/64, impondo-se, por conseguinte, a suspensão da execução da decisão liminar proferida pelo E. Juízo a quo no iter da ação de mandado de segurança ventilada nos autos de n.º 2005.01.1.004065-3, porquanto, do contrário, adviria grave e irreparável lesão à ordem e segurança públicas.

ANTE O EXPOSTO, suspendo a execução da decisão liminar proferida na ação de mandado de segurança ventilada nos autos de n.º 2005.01.1.004065-3, que proscrevera a Administração de, in verbis, “requisitar e/ou indicar agentes de polícia e outros servidores que não os agentes penitenciários, para executar as funções típicas destes (agentes penitenciários)” (fls. 21/24).

Oficie-se ao E. Juízo a quo, para que dê cumprimento ao presente decisório (RITJDFT, artigo 200, § 2.º).”

Conforme restou salientado no início da decisão ora agravada, o deferimento de medida de suspensão de segurança se escuda no juízo de conveniência e oportunidade, com vistas à supremacia do interesse público - em particular, da ordem, saúde, segurança e economia públicas (Lei n. 4.348/1964, artigo 4º, *caput*) - cuja consequência é a contenção dos efeitos, até final deslinde do *mandamus*, de decisório proferido contra o Poder Público.

Assim, as assertivas relacionadas com as alegadas deficiências do sistema penitenciário e o patente clima de animosidade entre os agentes de polícia e os detentos, não têm o condão de obviar as razões de conveniência e oportunidade administrativas que levaram ao deferimento da suspensão de segurança, vez que elas visam à assegurar o funcionamento e a manutenção do sistema penitenciário do Distrito Federal, sob pena de levá-lo ao colapso, conforme já ressaltado na decisão vergastada.

Considerando que as razões recursais não desautorizam os fundamentos da decisão recorrida, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

A situação é realmente preocupante e até certo ponto dramática, porque o número de agentes penitenciários está estacionado em número absolutamente insuficiente para a execução dos serviços de manutenção da guarda dos internos e de todas as demais tarefas inerentes a eles, decorrentes da aplicação da Lei de Execuções Penais.

A superpopulação carcerária causa muita inquietação, porque o sistema penitenciário teria uma capacidade de aproximadamente cinco mil internos e já está com oito mil. Está para ser inaugurada mais uma penitenciária e não há agentes penitenciários para isso, uma vez que a iniciativa cumpre ao Governo Federal, e este não encaminhou ao Congresso, apesar de o Distrito Federal solicitar, o projeto de lei aumentando o quadro de agentes penitenciários. Daí por que, emergencialmente, o Senhor Secretário de Segurança baixou uma portaria contra qual se insurgiu o Sindicato de Policiais Cíveis, determinando que, nessa emergência, agentes, policiais cíveis, policiais militares e policiais do Corpo de Bombeiros, depois de fazerem um curso de quatro meses, executassem tarefas nos presídios, auxiliando os agentes penitenciários.

O Sindicato dos Policiais Cíveis é o impetrante do mandado de segurança, para que eles não recebam essa tarefa.

O Juiz de 1º Grau concedeu liminar, determinando que o Secretário de Segurança não só ficaria impedido de designar esses policiais cíveis, policiais militares e policiais do Corpo de Bombeiros para ajudarem os agentes penitenciários, como também determinou que ele tirasse do sistema prisional todos os que lá estão (policiais cíveis, policiais militares e do Corpo de Bombeiros) ajudando os agentes penitenciários.

Isso traria, simplesmente, o caos ao sistema prisional. É uma situação de emergência que está sendo contornada até que se faça uma ampliação do número de agentes penitenciários, com a aprovação da lei no Congresso e posterior realização de concurso público.

Essa situação não é de hoje que surge. Vez por outra o sistema prisional fica superlotado, o aumento do número de internos se faz presente e a defasagem do número de agentes penitenciários ocorre. E ao longo dos anos, nessas emergências, o Secretário de Segurança sempre lança mão do auxílio dos policiais civis, dos policiais militares e dos policiais do Corpo de Bombeiros.

Na época em que fui Juiz, na Vara de Execuções Criminais surgiu essa situação, no início da década de 80, e a Secretaria de Segurança também teve de lançar mão desses policiais civis, militares e do Corpo de Bombeiros para ajudarem os seus colegas, agentes penitenciários. O Desembargador Mario Machado, que foi meu Juiz Auxiliar na Vara de Execuções Criminais, deve se lembrar disso. É uma emergência que, superada, feito o concurso, aumentado o quadro, esses policiais retornam.

Essa é a questão que está sendo submetida a Vossas Excelências em grau de agravo regimental, e pelas razões do meu despacho concessivo na suspensão de segurança, com esses esclarecimentos adicionais, é que estou negando provimento ao agravo.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o douto voto proferido por Vossa Excelência.

Des. Nívio Gonçalves (Vogal) - Acompanho o douto voto do eminente Relator.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Senhor Presidente, *venia concessa* do voto de V. Ex.a, defiro o presente agravo para provê-lo, à consideração de que a manutenção dos policiais em outra área de atribuição, para a qual não foram concursados e nem nomeados, representa inequívoco desvio de função.

Questões de política local, que não providenciam atempadamente a melhoria dos quadros funcionais dos agentes que dispensam serviço nas cadeias públicas, crê-se que não devam ser levadas em consideração, daí por que, mais uma vez pedindo vênua a V. Ex.a, acolho as razões do agravo.

Des. Jeronymo de Souza (Presidente e Relator) - Desembargador Otávio Augusto, conforme esclareci, o Distrito Federal tomou todas as providências.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - O problema é que, neste país, o provisório acaba se transformando em definitivo. Temos exemplos, às inteiras, a respeito disso. Basta ver a CPMF.

Des. Jeronymo de Souza (Presidente e Relator) - O Governo Federal é que não tomou as providências para encaminhar ao Congresso Nacional o projeto de lei aumentando o quadro.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Daqui a um ou dois anos, teremos esta mesma situação, que não considero justa.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Vossa Excelência me permite?

Talvez até concorde com V. Ex.a, porque tivemos oito anos de desmandos no Governo anterior, em que a máquina estatal foi sucateada, pulverizada, sem qualquer consequência para o governante. Nossas empresas públicas foram vendidas a preço de banana, e tudo mais, e nada disso é apurado. Talvez, por essa razão, vivamos a situação que vivemos hoje. Inúmeras carreiras foram destruídas. Para falar o mínimo, o Judiciário acabou transformando-se em um grupo de operários. Magistrados, hoje, são operadores do Direito, para dar idéia de operários e não de juristas, como deveriam ser. E por aí vai. Mas V. Ex.a tem toda razão.

Acompanhei o eminente Presidente, preocupado com a possibilidade, inclusive, de um motim no interior de um estabelecimento prisional desse, com milhares de réus privados da liberdade por terem cometido os mais diferentes e gravíssimos delitos - porque só vão para ali aqueles que praticaram crimes da maior gravidade -, colocando em risco a sociedade.

É muito difícil, eminente Desembargador Otávio Augusto, compreendo a preocupação de V. Ex.a, mas estabelecer que não haja desvio de função... Se V. Ex.a se debruçar, e tenho certeza que já o fez, sobre as atribuições dos cargos de carreira dos diversos órgãos que compõem a Administração Federal, V. Ex.a verá que nem toda atribuição é possível de ser cumprida pelo ocupante do cargo, por faltarem os mais diferentes meios.

É uma situação grave, e compreendi perfeitamente a preocupação do eminente Presidente, por isso acompanhei S. Ex.a.

Des. Jeronymo de Souza (Presidente e Relator) - Para conhecimento do egrégio Conselho, esclareço que fui procurado pelo Secretário de Segurança Pública, General Atos, pelo Comandante da Polícia Militar e pelo Diretor Geral da Polícia Civil, e eles me disseram que, se retirarmos os policiais que lá estão, o Distrito Federal não poderá inaugurar a nova penitenciária de maneira alguma. Há risco de uma rebelião no sistema prisional, porque existe um excesso enorme de presos, que seriam transferidos para a nova penitenciária, e estaríamos em face de uma situação extremamente delicada. Nessa emergência é que a Secretaria de Segurança, como em outras ocasiões na história do Distrito Federal, lançou mão desses policiais civis, na maior parte, e na

menor parte dos policiais militares e dos componentes do Corpo de Bombeiros. Nunca, em vezes anteriores, houve essa inconformidade dos órgãos de classe.

Estou aqui, em sede de suspensão de segurança, tentando prevalecer o interesse maior, que é o da segurança pública, da ordem pública, em uma situação de absoluta emergência.

Esse foi o contexto em que se tomou essa decisão de suspender a decisão do Juiz de 1º Grau.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, vou pedir respeitosa vênua ao Desembargador Otávio Augusto, para acompanhar o douto voto de V. Ex.a.

A suspensão de segurança é uma medida judicial de natureza excepcional, onde o enfoque que se dá é a situação excepcional, permitindo ao Presidente da Justiça interferir na execução de julgado de 1º ou 2º Grau. É uma franquia adotada universalmente, onde ocorre um derradeiro apelo - provisório, é verdade -, mas muitas vezes capaz de evitar malefícios à população, de modo geral, ou, sobretudo, à ordem pública.

No caso em concreto, tenho a relatar uma experiência.

Fui relator de um mandado de segurança impetrado por um desses policiais civis que foram designados para servir na penitenciária como agente. Ele combateu o ato concreto. Aqui é em tese, porque o sindicato, na realidade, está digladiando em tese. Penso que o juiz vai examinar isso oportunamente. Lá não, o ato era concreto: ele foi designado e já estava no trabalho há noventa dias. Depois de refletir sobre a situação, cheguei à conclusão de que não se tratava de desvio de função, porque provisória e no particular a situação era e é caótica.

Nessa emergência, o Poder Público tem de lançar mão de recursos que minimizem efeitos deletérios à população e, sobretudo, à ordem pública.

Naquele processo conclui assim e a Turma votou no mesmo sentido por unanimidade. Isso não significa que o juiz desta causa deva seguir tal orientação. Ele é juiz da causa exatamente para decidir segundo a própria convicção. É apenas um precedente que indico para forrar o voto que ora profiro, mas enfocando, mais uma vez, que nesta suspensão de segurança a visão que se deve ter é, sobretudo, a da excepcionalidade e creio que o Presidente agiu com costumeiro acerto.

Assim, pedindo vênua respeitosa ao Desembargador Otávio Augusto, cuja tese é respeitável, moralizadora, sob todos os aspectos, e até profilática para o Distrito Federal, no caso em concreto, acompanho o eminente Relator.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Senhor Presidente, também participei da reunião com a cúpula da segurança: o Secretário de Segurança, o Diretor da Polícia Civil, o Comandante Geral da PM, o Corpo de Bombeiros, e a situação realmente é de emergência.

Claro que esses policiais, tanto militares quanto civis, não têm a formação adequada para exercer a função de agentes, mas se eles não forem designados, os presídios ficarão sem qualquer segurança, porque o número de agentes é pequeno e o de presos, enorme.

Não estou aqui a sustentar que se deva fazer desvio de função. Considero que o desvio de função tem de ser coibido. Para casos excepcionais, medidas excepcionais.

Creio que a suspensão de segurança foi muito bem concedida, com a devida vênia de quem pensa de modo contrário, e por isso nego provimento ao agravo.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, V. Ex.a, no preâmbulo de seu douto voto, disse que a decisão é de conveniência e oportunidade, e isso já me tira a autoridade de proferir decisão noutra rumo.

Tenho em mente que, se a decisão do Presidente é para esse fim - conveniência e oportunidade da Administração -, só teria a indagar quantos são os agentes penitenciários de que dispõe e quantos são os presos. Não vou fazê-lo, porque não quero adentrar por esse campo, mas penso que o Presidente deve ter cotejado esses dados para poder proferir uma decisão de conveniência e oportunidade.

Na minha limitação, dou razão ao sindicato impetrante que ora agrava, porque, na verdade, agente penitenciário exerce papel completamente diferente do agente da Polícia Civil. Preso é inimigo do agente policial civil, porque este é que o levou às barras dos tribunais e ao presídio, e há uma dificuldade muito grande em trabalhar lá dentro, ainda que ele saiba, rigorosamente, como se comportar se agente penitenciário fosse. Não estou dizendo que ele não tenha o conhecimento de um agente penitenciário. É que ele, agente policial civil, é visto como inimigo do preso, pelo preso, evidentemente, que está até a procurá-lo para a desforra.

É nesse sentido que tem razão o sindicato ao procurar proteger os seus afiliados, agentes de polícia, que ora estão sendo nitidamente desviados das funções. Não há de se confundir a função de agente penitenciário com a de agente da Polícia Civil. O agente da Polícia Civil conduz uma arma e, de surpresa, rende o bandido na rua e o domina. Essa é a grande tática de não dar um tiro, como tem feito a Polícia Federal nos últimos tempos, e prender dezenas e até centenas de pessoas. O agente penitenciário sequer usa arma e nem pode surpreender o preso. O tratamento é completamente diverso.

Mas se a hipótese é de conveniência e oportunidade da Administração, limitar-me-ei a proferir decisão nesses limites.

Penso que tenho de concordar com o Presidente, que deve ter cotejado esses dados todos e, juntamente com a Administração, ter avaliado esse grande risco que essas pessoas estão a enfrentar e a responsabilidade, sobretudo do Estado, se contra essas pessoas vier a acontecer qualquer dano.

Acompanho o Presidente, lamentando que esse quadro tenha chegado à capital da República, porque costume dizer, por onde passo, que temos a melhor polícia, e hoje vamos ter uma polícia deficitária porque estamos desviando suas atribuições. Já são poucos em campo para combater o crime, agora serão menos porque estão sendo desviados.

Des. Jeronymo de Souza (Presidente e Relator) - A Polícia Civil, inclusive, tem sido receptiva e cumpridora não só das decisões judiciais, como também das recomendações do Ministério Público.

Creio que o Distrito Federal seja a única unidade da federação onde não existem presos nas delegacias aguardando julgamento ou cumprindo pena. O Ministério Público do Distrito Federal insistiu nisso e a Polícia Civil do Distrito Federal hoje não tem um preso em delegacia, ao contrário de todos os outros estados da federação. Isso redundou em um aumento da chamada massa carcerária em aproximadamente setecentos presos - ocorreu no segundo semestre do ano passado -, de maneira que tornou o quadro do sistema penitenciário bastante delicado.

Agora, para tranquilidade do eminente Desembargador Romão C. de Oliveira, posso garantir, com a experiência que tive nos cinco anos em que fui Juiz da Vara de Execuções Criminais - na época em que lá estive, em duas ocasiões foi necessário acudir o sistema penitenciário com policiais civis -, que eles não correm risco nenhum. O risco é mínimo. Primeiro, porque eles se acautelam; e segundo, porque ai do preso que intentar qualquer atitude agressiva ou ofensiva, não só ao policial civil, como também ao agente penitenciário. O preso pode ter todos os seus desvios de julgamento, desvios de caráter, mas ele não é bobo, não é alucinado de agredir, de ameaçar um policial civil, um agente penitenciário, a não ser que ele esteja sofrendo das faculdades mentais.

Desa. Aparecida Fernandes (Vogal) - Senhor Presidente, concordo em gênero, número e grau com o que disse o Desembargador Romão C. de Oliveira, mas trata-se de uma situação emergencial e temporária que precisa ser decidida.

Como V. Ex.a fez, também denego o agravo.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, o tema é tão delicado, tão melindroso, que vou me animar, com a vênia de V. Ex.a, a não deixar o Desembargador Otávio Augusto sozinho.

Vou acompanhar o douto voto divergente, e esboço o seguinte entendimento: quando o Brasil subscreveu as regras básicas do sistema penitenciário da Organização das Nações Unidas, ele o fez na certeza de que não há nenhuma compatibilidade entre Polícia Militar, Corpo de Bombeiros e Polícia Civil e a função de agente penitenciário. Nenhuma convergência entre tais funções. E a ONU põe em destaque essa sua

preocupação na carta subscrita pelo Brasil. A formação é totalmente diversa; há um desvio manifesto de função. Vejam, V. Ex.as que estaríamos muito mais confortáveis em julgar esse tema se a Secretaria da Segurança Pública ou se o Governo do Distrito Federal tivesse convocado professores, assistentes sociais, em vez de policiais, para ocuparem o espaço de agentes penitenciários.

O treinamento de agente de polícia, o treinamento de um policial militar é um treinamento que pressupõe a força bruta, o ataque, e esse treinamento, esse perfil psicológico afronta diretamente o critério de reintegração do condenado, da emenda do condenado no convívio social, ou seja, a presença de policiais no interior da prisão, no contato corporal com o condenado, faz com que se diminua o tônus da violência, e quando se diminui o tônus da violência, a expectativa da ação violenta torna-se mais aguçada, torna-se mais visível.

É bem verdade que estamos, como ressaltou V. Ex.a, diante de uma situação de emergência, mas não cabe ao Poder Judiciário homologar atitudes manifestamente ilegais. O Poder Executivo está aí exatamente com essa função. Que função? A de atentar para a ordem pública, a de velar pela segurança pública dentro dos critérios da lei. Parece-me, disso não tenho dúvida, que ao Poder Judiciário cabe, isto sim, sinalizar qual é a correção do ato administrativo. Dizer qual é o apego à legalidade, porque todos estamos abaixo da lei, ninguém pode ficar acima da lei, e esse desvio de função é uma atitude que afronta direito líquido e certo dos representados do sindicato.

Por essa razão, Senhor Presidente, peço vênia a V. Ex.a e aos demais Desembargadores, mas penso que a própria magnitude do problema até favorece que o resultado do julgamento jamais se dê à unanimidade.

Acompanho a douda divergência que se estabeleceu a partir do voto do eminente Desembargador Otávio Augusto.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, a controvérsia em sede deste agravo não se resolve por um juízo exclusivo de legalidade. É que a decisão que suspende a execução de medida liminar em mandado de segurança, na forma da Lei 4.348/64, reflete, também, um ato político que se contrapõe à eventual lesividade de ato judicial à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, ou seja, não revela, neste âmbito de agravo, verificar da legalidade ou ilegalidade da decisão do juiz ao deferir a liminar no mandado de segurança. Do que temos de nos ocupar aqui, é apenas desse aspecto político.

A propósito, é esclarecedora a decisão do pleno do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos:

“No âmbito estreito do pedido de suspensão da decisão proferida contra o Poder Público é vedado o exame de mérito da

controvérsia principal, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” (Corte Especial, STJ, Reclamação 541, GO, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ - 12/04/1999, pág. 84).

E nesse quadro, Senhor Presidente, V. Ex.a bem aquilata a lesão à segurança pública, principalmente a que resultaria da execução da liminar concedida nos autos do mandado de segurança.

É verdade que partilho igualmente das preocupações manifestadas pelo eminente Desembargador Otávio Augusto e pelo eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. Não há dúvida de que decorrem graves inconvenientes desse desvio de função. O primeiro reside no momento em que se cobre o desfalque de agentes penitenciários, porque se aumenta o desfalque de policiais civis, militares e do Corpo de Bombeiros. Temos reparado, em julgamentos nas Turmas Criminais, que audiências não se realizam porque os presos não são conduzidos, alegando-se a falta de policiais. Essa ausência mais aumentará com essa medida de possibilitar a requisição de policiais civis, militares e do Corpo de Bombeiros.

Outro aspecto, também já ressaltado, é o de que esses policiais civis e militares, principalmente, são muitas vezes os responsáveis pela prisão daqueles que se encontram do outro lado das grades. Todavia, V. Ex.a bem destacou que, nessa situação grave, pior ainda seria não propiciar ao sistema penitenciário do Distrito Federal as condições mínimas de sustentabilidade de que ele necessita, e esse juízo V. Ex.a fez, seguro dos dados que lhe foram fornecidos, para preservar a segurança pública.

Assim, pedindo vênias aos que se posicionam de forma contrária, acompanho o voto de V. Ex.a e nego provimento ao agravo.

Des. Asdrubal Nascimento Lima (Vogal) - Senhor Presidente, com os acréscimos do eminente Desembargador Mario Machado, acompanho às inteiras V. Ex.a.

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênias para divergir do entendimento de V. Ex.a.

Reiteradamente, em casos concretos e individuais, tenho decidido da mesma forma que se posicionou o eminente Desembargador Otávio Augusto. Entendo que, na hipótese, ocorre e ocorreu desvio de função. Quem prestou concurso para policial civil não o fez para agente penitenciário. Há uma diferença latente entre as duas funções. Mesmo que se trate de um ato político, como destacado pelo eminente Desembargador Mario Machado, não vislumbro qualquer ilegalidade no ato do Juiz de 1.º Grau.

É verdade que a situação é drástica e caótica, mas não se pode obrigar alguém que prestou concurso para uma área exercer outra função. A justiça que me imbui, não me leva a posicionar dessa forma.

Assim, novamente reiterando as devidas vênias, acompanho o eminente Desembargador Otávio Augusto, com as anotações feitas ainda pelo eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Senhor Presidente, vejo a questão da seguinte maneira: é claro que o servidor tem direito a exercer o cargo para o qual prestou concurso e, assim, não deve ser desviado da sua função, mas esse direito, na hipótese, se contrapõe a um outro direito maior que é o direito que todos os cidadãos têm à segurança pública. A segurança pública é um direito do cidadão e é um dever do Estado.

Diante da emergência caracterizada pela deficiência de servidores para atuarem no sistema prisional, tem-se um problema objetivo de segurança pública.

As prisões devem continuar pondo em risco a segurança pública ou deve-se buscar algum outro servidor para suprir essa deficiência na emergência? E pergunto ainda: Que outro servidor, para satisfazer essa emergência, não estaria sendo desviado?

Des. Lécio Resende (Vogal) - V. Ex.a me permite um aparte?

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Pois não.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Responderia com a Constituição.

Segurança pública é direito de todos, dever do Estado e responsabilidade de todos.

Até nós poderíamos ser convocados, em última análise, para preservar a ordem, a segurança pública, a incolumidade, etc.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Portanto, diante dessa emergência e diante dessa circunstância de não possuímos agentes penitenciários em número suficiente é preciso agir. Não se pode pôr em risco concreto a segurança dos cidadãos, deixando que ocorram fugas ou rebeliões.

Vejo a questão desse ponto de vista.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Veja, V. Ex.a, que esse critério de emergência, parece-me, é fruto de nosso imaginário. Não é emergência, é um descaso da Administração.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - *Data venia*, não concordo. A lei que autoriza a suspensão da segurança fala claramente em hipóteses de grave lesão à ordem pública, à segurança pública. É nessa situação é que se autoriza a presidência e, tão-só a presidência a suspensão da liminar.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Veja, V. Ex.a , que, dentro desse critério de emergência, não temos, na capital da República, ainda, estabelecimento prisional de regime semi-aberto. Temos um no SIA, que não atende jamais a demanda dos condenados. Não temos, na capital da República - e a lei é de 1984 -, estabelecimento prisional de regime aberto. Não temos casa do albergado, ou temos uma em Taguatinga que, parece-me, está pronta para receber uma dezena, quando são milhares de condenados a cumprir pena nesse regime. Na capital da República não temos colônia agrícola, não temos colônia industrial e tudo isso é entendido como situação de emergência. Quer dizer, é um descaso absoluto da Administração com a questão penitenciária. Essa é a verdade.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, só pediria a V. Ex.a que dissesse claramente a que Administração V. Ex.a se refere, porque há uma omissão da Administração, mas qual Administração, a local ou a federal?

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Eminente Desembargador Lécio Resende, não tenho essa preocupação de nomear eventual governante. Quando me refiro à Administração, não há conotação política nenhuma no meu voto, apenas administração pública, em sentido amplo.

Des. Lécio Resende (Vogal) - V. Ex.a se referiu a um pacto do qual o Brasil foi signatário junto com outras nações do mundo. Se a subscrição desse pacto teve o efeito de incorporá-lo à Constituição como norma até supraconstitucional, mas de cumprimento obrigatório, cogente, para o governo brasileiro, penso que ele o fez com o propósito de dar cumprimento e execução à orientação da Organização das Nações Unidas.

É como nosso famoso Plano Nacional de Segurança Pública: não saiu do papel. Essa responsabilidade é do Governo Federal. Os estados não recebem os repasses devidos, V. Ex.a tem razão na crítica. A Lei 7.210 é de 1984, a Lei de Execuções, que nunca foi observada, e que determina, inclusive, que o não-cumprimento desses dispositivos acarretaria suspensão do repasse de recursos. Isso também nunca se fez. Agora, o Judiciário é chamado para se manifestar sobre uma questão onde prevalecem os critérios de conveniência e oportunidade - e o eminente Desembargador Mario

Machado corretamente acrescentou - e a questão do critério político. Há uma omissão do Estado. O Estado é omissor. Não podemos receber a culpa por esse pecado. Esse pecado não é nosso. Mas V. Ex.a tem razão na crítica que faz.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Penso que, quando homologamos, participamos dessa omissão.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Entendo que até na emergência pode haver graus, existem graus na emergência. A omissão do Poder Executivo é notória nessa matéria, mas não estamos propriamente julgando a omissão do Executivo, estamos enfrentando um problema em que há nitidamente uma contraposição entre um direito menor e um direito maior.

Vou, assim, negar provimento ao agravo, porque não me sentiria bem se ocorresse uma rebelião e a autoridade executiva dissesse: olha, quis levar uns servidores para melhorar a segurança, mas não foi possível porque a Justiça não deixou.

Acompanho V. Ex.a, Senhor Presidente.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia a V. Ex.a e aos Colegas que votaram acompanhando-o, para ficar com a divergência aberta pelo Desembargador Otávio Augusto. Quero tornar minhas as palavras do Desembargador Edson Alfredo Smaniotto e da Desembargadora Haydevalda Sampaio, porque penso que não podemos, com esse propósito de atender a uma emergência que nunca vai ser resolvida, porque não depende de nenhum de nós, tomar uma decisão que contraria frontalmente o Direito. Ninguém é obrigado a trabalhar desviado de função.

Depois, penso que tem razão o Desembargador Mario Machado, quando diz que estamos sendo chamados para tomar uma decisão política, e não quero, neste Tribunal, colaborar para tornar uma realidade nossa, pois critico acrememente o que se resolveu chamar de princípio da solidariedade. Não podemos, decididamente, homologar essa situação que a conveniência política de outros tribunais entendeu de estabelecer.

Com a devida vênia, acompanho a divergência e dou provimento ao agravo para os fins solicitados.

DECISÃO

Negado provimento ao recurso. Decisão por maioria.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998011081656-3

Apelantes - Companhia de Seguros Minas Brasil, Francisca Coelho Viana Bezerra e outros

Apelados - Os mesmos

Relator - Des. Getúlio Moraes Oliveira

Quarta Turma Cível

EMENTA

DANO MORAL. MORTE. FILHO. TERMO *AD QUEM*. PENSÃO. SEGURO OBRIGATÓRIO. DEDUÇÃO. OBSERVÂNCIA. APÓLICE.

Segundo a mais nova diretriz traçada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, fixa-se o termo *ad quem* para recebimento de pensão pelos genitores, decorrente do falecimento de filho, a idade de 65 anos, que se presume viria a ser alcançada pela vítima, haja vista ser compatível com a idade média do brasileiro.

No entanto, presume-se também que o *de cujus* se casaria aos 25 anos, momento a partir do qual já não mais teria a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seu pai, pois que, a partir do casamento, passaria a suportar novos encargos, que da constituição de uma nova família são decorrentes; razão pela qual, a partir desta idade a pensão deve ser reduzida à metade, assim ficando, caso haja a sobrevivência dos pais, até os presumíveis 65 anos.

O seguro obrigatório, por sua função especial de minoração dos danos em qualquer caso, é quantia que deve ser abatida do montante da indenização, para que a reposição não ultrapasse a extensão do prejuízo.

Deduz-se, também, da condenação imposta à seguradora, o ressarcimento do valor pago pelo segurado aos genitores da vítima, a título de danos morais, tendo em vista a inexistência de previsão contratual neste sentido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Getúlio Moraes Oliveira - Relator, Cruz Macedo - Revisor e Humberto Adjuto Ulhôa - Vogal, sob a presidência do Desembargador

Humberto Adjuto Ulhôa, em dar parcial provimento a ambos os recursos por unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2005.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença:

(lê fls. 198/200).

Acrescento que o MM. Juiz deu o seguinte desfecho ao processo:

“Em face do exposto, julgo em parte procedente o que foi pedido na inicial desta ‘ação de indenização por danos morais e materiais’ para condenar Pedro Alves Ribeiro a pagar a Francisca Coelho Viana Bezerra e José Vivaldo Bezerra a indenização por dano material correspondente a 2/3 de um salário mínimo ao mês pelo período de 07/05/1997 até 30/12/2014, quando a vítima Felipe Coelho Bezerra completaria 25 anos (incluído o 13º salário), atualizado o salário mínimo ao instante do seu pagamento, bem como a indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) que será atualizada desta data porque já concentra a inflação do período (cf. Ac. un. apel. nº 2001 01 1 075.298/2).

Os valores serão acrescidos de juros de mora da citação (26.04.1999/f.37/cf. RSTJ 33/618), cabendo ao réu as custas do processo e o pagamento da verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o total das prestações vencidas, mais um ano das vincendas (cf. RTJ 98/394, 103/678 e 109/1231).

Os valores pagos em virtude da ‘transação penal’, assim como aqueles referentes a indenização do DPVAT devem ser compensados com que se há a pagar à guisa de danos materiais. Serão corrigidos monetariamente desde o desembolso.

O réu deverá também constituir capital cuja renda garanta o pagamento das prestações vincendas (art. 602 do CPC).

A Companhia de Seguros Minas Brasil reembolsará o réu dos valores despendidos com as indenizações (sem as compensações), até o limite da apólice (fls. 55), na forma do art. 70/ III do Código de Processo Civil, valendo para esse fim esta sentença como título executivo (art. 76 CPC).”

Inconformados, recorreram Autores, às fls. 227/232, e litisdenunciada, às fls. 212/218.

Em suas razões, os Autores asseveram que o valor arbitrado na sentença a título de danos morais não atendeu aos critérios da razoabilidade, mostrando-se insuficiente e irrisório para incutir-lhes o sentimento de punição pela perda do filho, razão porque postulam a sua majoração para duzentos salários mínimos.

Sustentam ainda que a idade média do brasileiro admitida pelos tribunais é de 65 anos, razão pela qual a pensão mensal de um salário mínimo deve ser paga até a data em que a vítima completaria a aludida idade.

Colaciona jurisprudência que entendem abonar a sua tese.

A litisdenunciada, em seu recurso, agita preliminar de carência da ação, ao argumento de que os Autores já receberam a quantia de R\$ 9.280,00 (nove mil, duzentos e oitenta reais), proveniente do contrato de seguro de automóvel firmado entre ela e o Réu, bem como acerca da existência de composição civil perante o Juizado Especial Criminal.

No mérito, atenta para o fato de que já efetivara o pagamento devido, em função da apólice, o que induz ao abatimento desta quantia, sob pena de pagamento em duplicidade.

Da mesma forma, requer o abatimento do seguro DPVAT, pois já recebido pelos Autores.

Postula também a dedução do valor da pensão que já estava sendo paga aos genitores da vítima, no valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Quanto aos danos morais, entende que não merece suportar referida condenação diante da falta de previsão contratual no seguro entabulado.

Preparo da litisdenunciada, às fls. 219.

Dispensado o recolhimento do preparo pelos Autores, pois figuram como beneficiários da justiça gratuita.

Contra razões dos Autores, às fls. 223/226, propugnando pela improcedência do recurso interposto pela litisdenunciada.

É o breve relatório.

VOTOS

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

Início pelo exame do recurso dos Autores.

Insurgem-se quanto ao valor arbitrado na sentença a título de indenização por danos morais, afirmando que o mesmo é irrisório para incutir-lhes o sentimento de punição pela perda do filho, razão porque postulam a sua majoração para 200 salários mínimos.

Sustentam ainda que a idade média do brasileiro admitida pelos tribunais é de 65 anos, razão pela qual a pensão mensal de um salário mínimo deve ser paga até

a data em que a vítima completaria a aludida idade e não 25 anos, conforme fixado na sentença.

Entendo que o recurso merece prosperar, ao menos, em parte.

Com efeito, embora inexistam parâmetros para o encontramento do *quantum* a ser fixado, a jurisprudência, fonte relevantíssima do Direito, tem considerado o patamar de até aproximadamente 200 (duzentos) salários-mínimos como aquele que razoavelmente mitiga o sofrimento dos familiares sobreviventes.

Conforme destaquei em oportunidade pretérita, situação ideal, em termos de indenização, e considerados os aspectos morais envolvidos, é aquela que atinja um ponto razoável, ou seja, nem subestime demasiadamente o valor da reparação econômica, nem faça com que a morte de alguém seja considerada geradora de vantagens (ApC. nº 41.826/96).

Assim, entendo que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) melhor se aproxima do *quantum* perseguido, perfilhando, portanto, o entendimento da impossibilidade de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, sob pena de ofensa ao art. 7º, IV, da CF/88.

A respeito, confira-se lição de Alexandre de Moraes *in* Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 4ª ed., pg. 477:

“Vinculação ao salário mínimo. Considerando que o dispositivo do inciso IV do art. 7º da CF veda a utilização do salário mínimo como fator de correção (‘salário mínimo fixado em lei...’, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;’) a Turma deu provimento a recurso interposto contra acórdão que confirmou sentença que fixara em número de salários mínimos indenização por dano moral, para determinar que se considere que a condenação em número de salários mínimos é aquela ao valor em dinheiro recorrido, devendo esse valor, a partir do acórdão recorrido, ser corrigido monetariamente por índice oficial. Precedentes citados: RE 217.700-GO e 237.965-SP (STF - 1ª Turma - RE 225.488-PR, Rel. Ministro Moreira Alves)”.

No que concerne ao termo *ad quem* do pensionamento devido aos pais da vítima, posicione-me na esteira da mais nova diretriz traçada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, assim como é dado presumir-se que o filho trabalhador, vítima de acidente fatal, teria, não fosse o infausto evento, uma sobrevida até os sessenta e cinco anos, e até lá auxiliaria a seus pais, prestando alimento, também pode-se supor, pela ordem natural dos fatos da vida que ele se casaria aos vinte e cinco anos, momento a partir do qual já não mais teria a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seu pais, pois que, a partir do casamento, passaria a suportar novos

encargos, que da constituição de uma nova família são decorrentes; razão pela qual, a partir dos vinte e cinco anos a pensão deve ser reduzida à metade, assim ficando, caso haja a sobrevivência dos pais, até os presumíveis sessenta e cinco anos. (REsp. nº 159.671/SP - DJ 14/06/99 - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; REsp. nº 208.894/MA - DJ 28/06/99 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. nº 66.437/PR - DJ 30/11/98 - Rel. Min. Barros Monteiro; REsp. nº 172.457/RJ - DJ 12/04/99 - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, entre outros).

Passo a apreciar o recurso da litisdenunciada.

Preliminarmente, aduz a carência da ação, tendo em vista que os Autores já receberam quantia proveniente do contrato de seguro do automóvel envolvido no sinistro, conforme atestam os recibos de fls. 53/54, o que teria acarretado a ausência do interesse de agir.

Razão não lhe assiste.

O interesse processual, ou de agir, situa-se nas condições da ação, por isso que não se imiscui na essência do direito propriamente dito. O interesse de agir que se perquire como condição da ação é aquele prontamente percebível, manifesto, claro.

No caso, a falada “renúncia” de direito em face da composição civil perante a Vara de Delitos de Trânsito (e não perante o Juizado Especial, segundo alega a Apelante) não se pode confundir com o interesse de agir manifesto, como acima dito, sobretudo porque a se tomar literalmente as expressões utilizadas na referida audiência (fls. 58), houve apenas a manifestação de um propósito transitório, não permanente, sendo que, inclusive, já tinham ajuizado ação de reparação de danos visando ao recebimento de quantias maiores decorrentes do sinistro.

Dessa forma, não se confunde o interesse de agir com a renúncia do direito, ato jurídico que exige manifestação expressa e fora do alcance de dúvidas (não se presume: STF - RE 35.211).

Repilo a preliminar suscitada.

No mérito, insurgem-se quanto aos valores já pagos aos Autores referentes à apólice de seguro do automóvel do primeiro Réu.

Razão lhe assiste.

Com efeito, as fls. 53/54 retratam o recebimento pelos Autores de valores atinentes ao acidente que vitimou seu filho, no valor de R\$ 4.640,00 (quatro mil, seiscentos e quarenta reais) para cada genitor.

Assim, tal quantia deve ser deduzida da condenação imposta à empresa Ré, a título de danos materiais, sob pena de enriquecimento sem causa dos Autores.

Com relação ao abatimento do seguro obrigatório sobre a condenação imposta, entendo que melhor sorte também lhe assiste.

O seguro obrigatório, por sua função especial de minoração dos danos em qualquer caso, é quantia que deve ser abatida do montante da indenização - para que a reposição não ultrapasse a extensão do prejuízo.

Nesse sentido, cito pronunciamento anterior, no sentido de que o valor do seguro deve ser considerado como reparação parcial, por isso deve ser deduzido do pagamento da indenização:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Os danos decorrentes de ato ilícito devem ser reparados de forma ampla, e, em se tratando de morte, deve-se levar em consideração o salário da vítima.

No cálculo do valor da indenização deve-se abater o valor recebido a título de seguro obrigatório para que a reposição não ultrapasse a extensão do prejuízo. Orientação do STJ.

A hipoteca legal, sendo um gravame que diminui a força de obtenção de crédito da culpada, pode ser dispensada para evitar um sacrifício inútil, sem prejuízo de que o credor, ocorrendo fundados motivos, posteriormente venha a pedi-la e comprove sua necessidade.” (Sem grifos no original). Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL APC5089698 DF, Registro do Acórdão Número: 118202, Data de Julgamento: 17/05/1999, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Relator: GETÚLIO MORAES OLIVEIRA, Publicação no DJU: 06/10/1999, Pág.: 09).

Esta também foi a orientação ditada pelo Eg. STJ, no REsp nº 28.104-4, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, para quem a importância recebida a título de seguro obrigatório deve ser abatida do montante da indenização.

O recurso, pois, merece provimento nessa parte.

Insurge-se a litisdenunciada, ainda, quanto à condenação ao pagamento de indenização por danos morais aos Autores, haja vista a inexistência de previsão contratual neste sentido.

O recurso, neste aspecto, também merece prosperar.

A indenização por danos morais não pode ser incluída na condenação incidente sobre a seguradora, visto que os artigos 757 e 760 do Código Civil hodierno limitam a responsabilidade desta ao contrato, razão pela qual não está obrigada a Apelante ao ressarcimento de todos os danos a que foi condenado o segurado.

In casu, consoante se pode inferir da apólice (fls. 55), não há previsão para a indenização de danos morais, pelo que somente está obrigada a Apelante ao pagamento da importância segurada para os danos avençados e decorrentes do sinistro.

O fato da apólice prever seguro de danos pessoais não significa prever danos morais, pois aqueles com estes não se confundem, posto que estes são referentes ao chamado pela doutrina de “patrimônio ideal do indivíduo”.

Assim já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça, em voto da minha lavra, que restou assim ementado:

“Acidente de Trânsito. Responsabilidade Civil. Danos Morais, estéticos. Seguro. Pensão. Sucumbência... - No contrato de seguro tem-se uma estipulação de natureza contratual, contraprestacional, diferente da culpa aquiliana ou extra-contratual, por isso que não é aceitável entender que a apólice cubra danos morais.” (APC 44.86797 - 2ª Turma Cível - 14.06.1999).

Dessa forma, imperiosa a dedução dos valores referentes ao dano moral da condenação imposta à Apelante.

Por último, no que concerne ao abatimento da pensão mensal paga pelo Réu aos Autores, melhor sorte não lhe assiste.

Ora, a pensão mensal paga pelo Réu durante o prazo da suspensão condicional do processo é espécie do gênero dano material, contratualmente previsto na apólice de seguros, às fls. 55.

Se fosse determinado o abatimento do valor despendido pelo Réu, a Seguradora seria indevidamente beneficiada, visto que era ônus dela o pagamento referente aos danos materiais.

À vista do exposto, rejeito a preliminar aduzida nas razões de recurso da Ré e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso dos Autores para: a) majorar o valor da indenização a título de danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e b) condenar a Ré ao pagamento da pensão mensal de um salário mínimo até que a vítima viesse a completar 25 anos de idade, quando deverá ser reduzida à metade, até quando presumivelmente completaria 65 anos de idade ou venham os beneficiários a falecer, o que primeiro ocorrer. Quanto ao recurso da Ré/litisdenciada, também merece provimento em parte para: a) abater da condenação impingida o valor dos recibos de fls. 53/54, no total de R\$ 9.280,00 (nove mil, duzentos e oitenta reais), b) deduzir o seguro obrigatório (DPVAT) e c) afastar a responsabilidade da Seguradora quanto ao ressarcimento dos valores fixados a título de dano moral ao segurado, haja vista a inexistência de previsão contratual neste sentido.

É como voto.

Des. Cruz Macedo (Revisor) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

PROCEDE A IRRESIGNAÇÃO VERTIDA NA APELAÇÃO interposta por FRANCISCA COELHO VIANA BEZERRA e OUTRO.

É que a indenização por danos morais, como registra a boa doutrina e a jurisprudência pátria, há de ser fixada tendo em vista dois pressupostos fundamentais, a saber, a proporcionalidade e razoabilidade da condenação em face do dano sofrido pela parte ofendida, de forma a assegurar-se a reparação pelos danos morais experimentados, bem como a observância do caráter sancionatório e inibidor da condenação, o que implica o adequado exame das circunstâncias do caso, da capacidade econômica do ofensor e a exemplaridade - como efeito pedagógico - que há de decorrer da condenação.

Assim sendo, entendendo que a fixação da indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mostra-se adequada a satisfazer a justa proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano moral sofrido pelos apelantes, bem como atende ao caráter compensatório e ao mesmo tempo inibidor a que se propõe a ação de reparação por danos morais, nos moldes estabelecidos na constituição, suficiente para representar um desestímulo à prática de novas condutas pelo agente causador do dano.

Lembre-se ainda que para as hipóteses de inscrição indevida nos cadastros do Serasa, esta respeitável Turma Cível tem mantido a indenização em torno de R\$10.000,00. No presente caso, porém, trata-se da dor indescritível e insuperável dos pais que perdem o filho de oito anos de idade, atropelado ao atravessar a faixa de pedestre, quando retornava da escola.

Com relação ao pensionamento concedido aos apelantes, concordo que é devido até que a vítima completasse sessenta e cinco anos de idade, devendo, porém, a pensão ser reduzida pela metade a partir da data em que a vítima alcançaria vinte e cinco anos de idade, pois é de se supor que se casaria e constituiria família, diminuindo o auxílio dado aos pais. Nesse sentido, inclina-se a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (RESP 507120/CE; Segunda Turma. Rel.: Ministra ELIANA CALMON; publicação: DJ 10.11.2003 p.00175; ERESP 106327/PR; Segunda Seção; Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA; publicação: DJ 01.10.2001 p.00160. RESP 257454/PR; Quarta Turma; Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR; publicação: DJ 27.11.2000 p.00170).

No que concerne ao recurso interposto pela litisdenunciada COMPANHIA DE SEGUROS MINAS BRASIL, verifica-se que a composição de danos civis da Lei 9099/95 não impede o lesado a buscar indenização no juízo cível. Do mesmo modo, os documentos acostados às fls. 53 e 54 não possuem a natureza jurídica de transação, eis que contemplam apenas concessões por parte dos autores, ao passo que um dos requisitos e ponto essencial da transação é a presença de concessões recíprocas, cuja falta importará em outro tipo de negócio jurídico (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. II, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 163). Servem, contudo, para dar quitação dos valores nele apostos, sem obstar a propositura ou a continuidade da ação para alcançar a integral reparação dos danos sofridos com o acidente (RESP 326971/AL; rel.: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR; publicação: DJ 30.09.2002 p.00264).

Por outro lado, o valor do seguro obrigatório recebido pelos autores deverá ser abatido da condenação por danos morais, matéria, aliás, que já se encontra sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo texto do verbete nº 246 diz o seguinte: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”. Porém, a seguradora é responsável pelo ressarcimento do valor de R\$100,00 (cem reais), pago mensalmente pelo réu aos autores pelo prazo de dois anos, por se tratar de espécie de reparação civil abrangida na apólice de seguro.

Por último, a contratação de seguro de danos pessoais inclui o pagamento do benefício a título de danos morais. Assim ocorre porque, quem causa dano moral, causa, na verdade, um dano pessoal, eis que o dano moral está inserido na própria abrangência e proteção dos direitos da personalidade, que são os direitos imanescentes à pessoa. Ademais, a relação jurídica entre a seguradora e o segurado é nitidamente consumerista e, não tendo aquela seguradora demonstrado a inequívoca ciência por parte deste quanto à exclusão da indenização por danos morais, estes devem ser suportados pela seguradora até o limite contratado na apólice.

Esta posição é acolhida pela Quarta Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos seguintes acórdãos:

“CIVIL. SEGURO. APÓLICE. DANOS PESSOAIS. ABRANGÊNCIA. DANOS MORAIS. 1 - Em contrato de seguro em que a apólice prevê cobertura por danos pessoais, compreendem-se nesta expressão os danos morais. Precedentes desta Corte. 2 - Recurso especial não conhecido” (RESP 131804/PR; rel.: Ministro FERNANDO GONÇALVES; publicação: DJ 15.03.2004 p.00274).

“SEGURO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCLUSÃO PRETENDIDA PELA SEGURADORA POR NÃO SE ENCONTRAR O DANO MORAL ABRANGIDO PELO DANO DE NATUREZA PESSOAL - O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral. Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial conhecido, mas desprovido” (RESP 122663/RS; rel.: Ministro BARROS MONTEIRO; publicação: DJ 02.05.2000 p.00142).

Nesses termos, DOU PROVIMENTO ao apelo dos autores para elevar o valor da indenização por danos morais ao patamar de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

e determinar o pagamento da pensão mensal aos autores até que a vítima viesse a completar 25 anos de idade e, a partir dessa idade e até a data em que atingisse 65 anos de idade, o pagamento da pensão será reduzido pela metade. Quanto ao apelo da litisdenunciada, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO para tão-somente excluir da condenação por danos morais o valor recebido pelos autores em virtude do seguro obrigatório (DPVAT).

É o meu voto.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Deu-se parcial provimento a ambos os recursos por unanimidade.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998061000484-5

Apelante - Espólio de José Cândido de Souza rep. por Maria Angélica de Souza Dias Gerassi

Apelados - Dévio da Costa Barros Mascarenhas e outro

Relator - Des. Waldir Leôncio Júnior

Segunda Turma Cível

EMENTA

DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PROTESTO LEVADO A EFEITO POR TERCEIRO (CREDOR) DO PROPRIETÁRIO DO BEM USUCAPIENDO. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.

Os documentos juntados pelo réu, a despeito de intempestivos, dão conta de que o ocupante que celebrou com os autores desta ação o contrato de cessão de direitos possessórios foi notificado por terceiro (credor do proprietário do bem *usucapiendo*) antes de transcorrido o prazo de vinte anos. É imperativo o reinício da contagem do prazo da prescrição aquisitiva. O CC/1916 dispõe em seu art. 553, “*as causas que obstam, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (...)*”. Por outro lado, o artigo 172, II, deste mesmo Código estabelece que “*a prescrição interrompe-se pelo protesto*”. Logo, admitido que, nos moldes da prova testemunhal coligida, a posse cujo início ocorreu entre 1969 e 1971, foi interrompida pelo protesto e ainda não completou o prazo de 20 (vinte) anos exigido pela lei, revela-se improcedente o pedido de usucapião. Recurso conhecido e provido. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Waldir Leôncio Júnior - Relator, Costa Carvalho - Revisor, João Mariosi - Vogal, sob a presidência do Desembargador Costa Carvalho, em dar provimento. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Dévio da Costa Barros Mascarenhas e cônjuge, Maria José Neves Mascarenhas, qualificados nos autos, ajuizaram, em face do espólio de José Cândido de Souza, representado pela inventariante Maria Angélica de Souza Dias, também qualificada, ação de usucapião extraordinário.

Em apertada síntese, argumentaram que ocupam, com ânimo de dono e boa-fé, o imóvel usucapiendo há cerca de 27 (vinte e sete) anos, contando-se, para os fins da prescrição aquisitiva, o tempo de posse de seus antecessores.

Sobreveio sentença procedente (f. 305-314). O juiz decretou a revelia do réu (f. 307); considerou que a prova testemunhal amealhada comprovou o exercício manso, contínuo e ininterrupto da posse pelo interregno vintenário (f. 308-310); ponderou que parte dos documentos juntados pelo réu não demonstraria satisfatórias confiança e autenticidade; finalmente, argumentou que em nada aproveitaria o protesto judicial levado a efeito em face dos ocupantes que antecederam os autores desta ação na posse do imóvel objeto da usucapião.

Irresignado, apelou o espólio (f. 317-332). Alegou que revelia não houve; argumentou que a área pretendida não estaria ocupada sequer há 10 (dez) anos - conforme demonstrariam alguns dos documentos por ele juntados, consistentes em fotografias aéreas e panorâmicas; aduziu que a prova testemunhal acolheria sua tese; ponderou que a posse dos autores teria sido descontínua; e, finalmente, suscitou a interrupção da prescrição aquisitiva em razão do protesto dirigido contra os posseiros que antecederam os autores desta ação.

Preparo regular (f. 333).

Contra-razões (f. 342-350).

Parecer do MP, oficiando pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 355-362).

É o relatório.

VOTOS

Des. Waldir Leôncio Júnior (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Dévio da Costa Barros Mascarenhas e cônjuge, Maria José Neves Mascarenhas, ajuizaram, em face do espólio de José Cândido de Souza, representado pela inventariante Maria Angélica de Souza Dias, ação de usucapião extraordinário.

Em apertada síntese, argumentaram que, na época da propositura da ação - 20.02.1998 - já ocupavam determinado imóvel - Chácara Paranoazinho - há cerca de

27 (vinte e sete) anos, contando-se, para os fins da prescrição aquisitiva, o tempo de posse de seus antecessores, Severino Caetano de Souza e Josefa Maria de Souza.

Alegaram que, durante todo o interregno, exerceram posse com ânimo de dono e de boa-fê. Informaram, ademais, que acederam ao bem inúmeras benfeitorias, as quais se enumeram na inicial.

Assim, porque estimaram presentes os requisitos do art. 550 do Código Civil de 1916 - cuja disciplina jurídica deve ser observada no caso dos autos -, requereram a procedência do pedido.

Determinada a citação nos termos do CPC, art. 942 (f. 33), a ela não atenderam nem confinantes (f. 53-81), nem aquele em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo, *i. e.*, o espólio de José Cândido de Souza (f. 80-81).

Então, iniciada a audiência de instrução e julgamento (f. 100), registrou-se um incidente. E já neste passo, é importante analisá-lo, uma vez que, das conclusões a seu respeito, advirão conseqüências para a justa composição da lide.

Reporto-me ao fato de que a Defensoria Pública ainda não havia se manifestado como Curadora de interessados ausentes, incertos e desconhecidos. Com efeito, o juiz designou outra data à continuação da audiência, bem como determinou a remessa dos autos à Defensoria para o cumprimento daquele mister (f. 102-104).

Essa providência, entretanto e *data venia*, descabia. A razão é simples. Presumem-se inexistentes réus incertos citados fictamente.

É que “*não se trata propriamente de uma citação no sentido técnico do termo, mas de uma convocação geral para todos os que possam ter interesse em impugnar a pretensão do usucapiente virem ao processo apresentar sua manifestação*” (MARCATO, A. C. *CPC interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2.445). Se não atendem ao chamamento, é porque inexistem.

Destarte, incensurável o entendimento de Nelson Nery, segundo quem, em duas breves glosas ao CPC, art. 942 (*in CPC comentado*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1.309), *verbis*:

“Não deve ser nomeado curador especial aos revéis incertos citados fictamente na ação de usucapião”

“A citação por edital de réus incertos ou indeterminados não enseja a nomeação de curador especial (Mazzilli, Just. 128/60)”

Nesse mesmo sentido, as judiciosas lições de Antônio Carlos Marcato. Confira-se:

“Com relação aos efeitos da revelia, estes só poderão ser aplicados aos réus certos (proprietários e confinantes) que deixaram de

apresentar suas defesas no prazo legal. Quanto aos eventuais interessados, citados por edital segundo determinação legal, que não atendam a essa convocação, (...) segundo sempre entendemos, estes deveriam ser dados como inexistentes, mas nunca como revéis, pois isso implicaria ter o juiz de nomear curador especial para os mesmos, o que, para nós, configura-se um absurdo (...)” (*Op. cit.*, p. 2.446).

Com efeito, também nestes autos, mister desconsiderar as intervenções da Curadoria Especial. Ver-se-á por que adiante.

Pois bem. Dizia que, determinada a citação nos termos do CPC, art. 942 (f. 33), a ela não atendeu aquele em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo, *i. e.*, o espólio de José Cândido de Souza (f. 80-81).

Porém, por ocasião da continuação da audiência de instrução e julgamento (f. 115), o réu compareceu aos autos. Posteriormente, requereu (f. 158) a juntada de petição secundada por inúmeros documentos (f. 164-223).

Ocorre que o requerimento pela juntada dos documentos foi indeferido pelo juiz (f. 257-258). Considerou-se que há muito haveria precluído, para o réu, a faculdade de produzi-los. Ponderou-se que a juntada extemporânea de documentos justificar-se-ia apenas se novos fossem. Segundo o juiz, porém, não era o caso.

Interposto agravo de instrumento (f. 260-278), o recurso logrou parcial êxito no Tribunal (f. 294-303). Confira-se a ementa do julgado:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. JUNTADA DE DOCUMENTOS PELO RÉU.

1. Excepcionalmente, observada a pertinência e a importância, admite-se a juntada de documentos destinada a fazer prova dos fatos objeto da lide, mesmo após os articulados das partes, respeitado o contraditório (CPC, art. 397) e incorrente a má-fé. 2. Os documentos que instruem contestação intempestiva podem permanecer nos autos para merecer a avaliação do julgador no momento oportuno. Isso não significa, contudo, pretexto para que a parte, no requerimento de juntada, teça considerações a respeito de matéria que deveria ter sido suscitada e discutida em sede de contestação. 3. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para deferir a juntada dos documentos apresentados pelo agravante. Unânime.”

Sobreveio sentença procedente (f. 305-314). O juiz decretou a revelia do réu (f. 307); considerou que a prova testemunhal amealhada comprovou o exercício manso,

contínuo e ininterrupto da posse pelo interregno vintenário (f. 308-310); ponderou que parte dos documentos juntados pelo réu não demonstraria satisfatórias confiança e autenticidade; finalmente, argumentou que em nada aproveitaria o protesto judicial levado a efeito em face dos ocupantes que antecederam os autores desta ação na posse do imóvel objeto da usucapião.

Irresignado, apelou o espólio (f. 317-332). Alegou que revelia não houve; argumentou que a área pretendida não estaria ocupada sequer há 10 (dez) anos - conforme demonstrariam alguns dos documentos por ele juntados, consistentes em fotografias aéreas e panorâmicas; aduziu que a prova testemunhal acolheria sua tese; ponderou que a posse dos autores teria sido descontínua; e, finalmente, suscitou a interrupção da prescrição aquisitiva, em razão do protesto dirigido contra os posseiros que antecederam os autores desta ação.

Pois bem. Revisitada a história dos autos, passo, doravante, à análise articulada das questões deduzidas.

I - Da revelia.

De fato, revelia houve. Pois a contestação oferecida pela Curadoria Especial não pode aproveitar ao réu nos termos do CPC, art. 320, I, como ele assim o reivindica. A razão está delineada supra, ao se concluir por desconsiderar todas as intervenções da Curadoria, porquanto legalmente descabidas.

Mas como se sabe, os efeitos advindos da revelia decretada - notadamente, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor - não são peremptórios e inafastáveis. É ocioso lembrar que se trata de presunção meramente relativa. Afinal, “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” (CPC, art. 131).

Com essas considerações, passo ao tópico seguinte.

II - Da produção extemporânea da prova documental.

Este capítulo seria desnecessário. No entanto, o parecer do douto representante do Ministério Público (f. 355-362) suscitou questão que - é certo - não venceria, nestes autos, o obstáculo intransponível da preclusão. Porém, a gravidade de suas ponderações exige um tratamento igualmente circunspecto. Acompanhe-se o raciocínio seguinte.

Quod non est in actis non est in mundo. O que não está nos autos inexistente. Eis um brocardo decrépito. Tão antigo quanto senil. Felizmente, porém, os tempos são outros. Mas é preciso explicar. Afirmção assim, tão retumbante e aparentemente subversiva, exige fundamentos obviamente. Ei-los, portanto.

Como se sabe, a realização probatória observa, no processo, um itinerário lógico. Refiro-me às etapas da proposição, admissão, determinação e realização da prova

(cf. BARBOSA MOREIRA, J. C. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 56-57).

A prova documental, todavia, apresenta uma particularidade. Sua produção se serve de um atalho ao itinerário lógico referido. Na lição de Marinoni, “*a parte que deseja trazer aos autos alguma prova documental deve, em regra, apresentá-la juntamente com o requerimento de sua admissão*” (grifei) (in *Manual do Processo de Conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 415).

Na dicção da lei, “*compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações*” (CPC, art. 396). Logo, caberia indagar: decorrido o prazo, extinguir-se-ia o direito de praticar esse ato, *i. e.*, de realizar essa prova (CPC, art 183, *caput*), certo? Depende. E é porque depende, que aquela observação inaugural é, a meu aviso, manifesta e insofismável. Prossigo argumentando.

A parêmia romana etiquetada no preâmbulo deste tópico do voto se presta a intento consabido. Trata-se da consagração do princípio da verdade formal, consoante o qual ao magistrado competiria decidir conforme a verdade dos autos; não segundo a verdade real (cf. GRECO FILHO, Vicente. *Idem*, pp. 213-214).

Porém, a verdade real - não se esqueça - deve ser perseguida. É um ideal, vale dizer. O próprio Greco Filho o confessa (*Idem*, p. 214).

Naturalmente, não se quer afirmar que o magistrado está autorizado a buscar fundamentos alheios aos autos, afastado do contraditório. Não é isso.

O que se propõe é a busca infatigável pela verdade. Pois, como lembra Marinoni, “*(...) nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo - senão a função principal do processo de conhecimento -, a busca da verdade substancial*” (in *Op. cit.*, p. 298). A verdade material, ou substancial, é o “*(...) escopo básico da atividade jurisdicional*”, reitera o ilustre processualista (*Idem*, p. 300).

Não destoa o entendimento do professor Sálvio de Figueiredo Teixeira, notável Ministro do c. STJ. Confira-se ilustrativa ementa de julgado relatado pelo insigne processualista:

“O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abandonou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real” (REsp 17.591/SP, in DJ 27.06.1994).

Talvez tenham sido essas as lições que provocaram importante reconsideração jurisprudencial. Notadamente no trato do CPC, art. 396, a que se referiu há pouco.

Cuida-se de alteração em nada inaudita - absolutamente -, porquanto já se encontra registrada em doutrina sobejamente prestigiada (cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 407-408). Reporto-me à flexibilização que se tem aplicado ao excessivo rigor daquele dispositivo, o CPC, art. 396.

É que se tem admitido a produção extemporânea da prova documental. E o fundamento é o seguinte, *verbis*:

“Como o art. 396 faz expressa remissão ao art. 283 e este, por seu turno, exige que a inicial seja instruída ‘com os documentos indispensáveis à propositura da ação’, boa parte da doutrina e jurisprudência tem entendido que, quanto aos documentos ‘não indispensáveis’, não estariam as partes impedidas de produzi-los em outras fases posteriores àquelas aludidas pelo art. 396” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 407).

De fato. Mais uma vez, na jurisprudência sempre autorizada de Sálvio, *verbis*:

“Somente os documentos tidos como indispensáveis, porque ‘substanciais’ ou ‘fundamentais’, devem acompanhar a inicial e a defesa. A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e de surpresa do juízo” (REsp 431.716/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ 19.12.2002).

Humberto Theodoro Júnior, defensor dessa posição hermenêutica, justifica-nos seguintes termos, *verbis*:

“Mesmo para os que são mais rigorosos na interpretação do dispositivo em mira, o que se deve evitar é a malícia processual da parte que oculta desnecessariamente documento que poderia ser produzido no momento próprio. Assim, quando já ultrapassado o ajuizamento da inicial ou a produção da resposta do réu, desde que inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la. A solução é justa e harmoniza-se com os poderes de instrução que

o art. 130 confere ao juiz, aos quais não sofrem efeitos da preclusão e podem ser manejados em qualquer momento, enquanto não proferida a sentença” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 407).

Aliás, não foram outras as razões que iluminaram o Tribunal ao decidir a propósito da juntada extemporânea, pelo réu, dos documentos de f. 164-223. Conforme se ponderou textualmente no v. acórdão, *verbis*:

“(…) sob o prisma eminentemente formal, poder-se-ia descolher os documentos exibidos, visto que o momento oportuno seria a contestação.

Ocorre, no entanto, que os documentos juntados são relevantes para o tratamento adequado do litígio de origem, dadas as suas rigorosas conseqüências: caracterização da posse *ad usucapionem* e interrupção do prazo prescricional insculpido no art. 172, II, do Código Civil de 1916.

De outro lado, não restou demonstrado o intuito de obter vantagem indevida com a juntada tardia ou qualquer indício de conduta desleal por parte do agravante, o qual, aliás, atribui a extemporaneidade do requerimento aos seus patronos.

Não vejo, portanto, qualquer óbice para que seja deferida a juntada, máxime porque os agravados já tiveram oportunidade de se manifestar quanto à referida documentação.”

Pois bem. Conforme observei, seria despicando esse discreto bosquejo. Afinal, estar-se-ia reprisando discussão já abrigada pela preclusão. Mas provocado pelas razões do parecer ministerial, não me poderia furtar ao registro desse breve estudo. Mormente porque, em diametral oposição ao que sustenta o MP - segundo quem o CPC, art. 397 não autorizaria juntada “*grosseiramente intempestiva*” (f. 360) dos documentos já mencionados -, valer-me-ei do arsenal probatório pelo réu conduzido aos autos.

E não conviria reiterar as judiciosas razões catalogadas supra, que bem fundamentam a permissão para que se juntem documentos aos autos, posto que ulteriormente. Basta consignar que as subscrevo tranqüilamente.

III - Do protesto.

Este é o capítulo decisivo para a composição da lide.

Os documentos juntados pelo réu - no caso, aqueles que documentam um protesto judicial (f. 183-197) - dão conta de que, em 02.02.1987, Severino Caetano

de Souza - o ocupante que celebrou, com os autores desta ação, o contrato de cessão de direitos possessórios (f. 10) - foi notificado (f. 196) a respeito da litigiosidade do imóvel invadido. Esse fato é inegável.

Ora, como se sabe, nos termos do CC/1916, art. 553, “*as causas que obstem, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (...)*”. Por outro lado, o artigo 172, II, deste mesmo Código dispõe que “*a prescrição interrompe-se pelo protesto*”. Logo, admitido que, nos moldes da prova testemunhal coligida (f. 159-163), a posse exercida por Severino Caetano de Souza teve início por volta de 1969 e 1971, impende concluir que, antes de completado o prazo de 20 (vinte) anos exigido pela lei, interrompeu-se a prescrição aquisitiva. Lembre-se, Severino Caetano de Souza foi notificado em 02.02.1987.

Destarte, se a prescrição foi interrompida, revela-se manifestamente improcedente o pedido deduzido em 20.02.1998, por lhe faltar um dos pressupostos indispensáveis à aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária, qual seja, o decurso do prazo de 20 (vinte) anos.

E não prospera o argumento esgrimido pelo juiz, segundo o qual “*(...) o protesto foi requerido por Paulo César Gontijo (...)*” de modo que “*(...) não há que se falar na suspensão do prazo prescricional em relação ao proprietário se quem a requereu foi terceiro, enquanto aquele [o réu] se quedou inerte*” (f. 313). É que o protestante era credor do proprietário do imóvel. Logo, consoante observou o MP, *verbis*:

“*(...) o direito do protestante somente poderia restar resguardado se ocorresse a interrupção da prescrição em favor do espólio. Tanto era assim que o protestante requereu que fosse ‘interrompida a prescrição do prazo que lhes possa vir beneficiar de futuro em qualquer ação contra o espólio’, ao referir-se a eventuais direitos dos invasores (f. 190).*

Ademais, o protestante era à época depositário do imóvel que hoje se pretende usucapir e, nesse contexto, tinha o dever legal de fazer o protesto judicial, como efetivamente fez (f. 183-184 e 191, item 6)” (f. 361).

É óbvio que ao preservar o patrimônio do seu devedor e, pelo protesto, conservá-lo, o credor nada mais fez senão pugnar pela defesa de seus próprios interesses. Isso porque a garantia do direito do credor reside no patrimônio do devedor. Essa a razão do respeito aos direitos de terceiros na usurpação.

Feitas essas considerações, não há como acolher a pretensão. Embora outras questões pudessem ser deslindadas, a constatação de que inexistente o lapso temporal exigido pela lei, em razão do oportuno protesto, basta para indeferir o pedido.

Posto isso, CONHEÇO do apelo e DOU-LHE PROVIMENTO para julgar improcedente o pedido inicial. Invertem-se os ônus sucumbenciais.

É o meu voto.

Des. Costa Carvalho (Presidente e Revisor) - Com o Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Peça vista.

DECISÃO

Após o voto do eminente Relator dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo eminente Revisor, pediu vista o Des. João Mariosi.

PEDIDO DE VISTA VOTO

Des. João Mariosi (Vogal) - Conheço do recurso por preencher os requisitos formais.

Os autores ajuizaram ação de usucapião extraordinário contra o Espólio/apelante.

Contaram o tempo de 27 anos somando a posse própria com a posse de Severino Caetano de Souza e Josefa Maria de Souza.

A posse tinha *animus domini*; é mansa e pacífica. O pedido foi feito suporte na legislação da época do Código Civil de 1916, art. 550.

Frise-se que o MM. Juiz enviou o feito à Defensoria, tendo em conta réus incertos e não sabidos.

Ora, isto é um despropósito! É bem verdade que já houve caso em Minas Gerais de colocação de magistrado em disponibilidade compulsória, com parecer ministerial, porque não se tomou tal providência. *Data Venia*, o MP que assim se pronuncia e o Desembargador que assim o fazem, fazem emuladamente por outros motivos feudais e anuentes a interesses escusos.

Réu incerto e não sabido presume-se inexistente, quando citados *de forma ficta* por editais.

Veja-se o que dizem os seguintes tratadista sobre o tema;

Nelson Nery, comentando o art. 942 do CPC:

“Não deve ser nomeado curador especial aos revéis incertos citados fictamente na ação de usucapião.” *In CPC Comentado*, 5ª edição, São Paulo: RT, 2001, pág. 1.309.

Da mesma forma Marcato, também comentando o CPC traça os seguintes ensinamentos a essa citação ficta:

“... não se trata propriamente de uma citação no sentido técnico do termo, mas de uma convocação geral para todos os que possam ter interesse em impugnar a pretensão do usucapiente virem ao processo apresentar sua manifestação.

Com relação aos efeitos da revelia estes só poderão ser aplicados aos réus certos (proprietários e confinantes) que deixaram de apresentar suas defesas no prazo legal. Quanto aos eventuais interessados, citados por edital segundo determinação legal, que não atendam a essa convocação, (...) segundo sempre entendemos (MARCA TO, A. C. - CPC interpretado, Atlas, São Paulo, 2004, pág. 2445).”

No que diz respeito ao tema da revelia, acompanho o Eminentíssimo relator.

Quanto ao protesto judicial apresentado pelo réu, f 183197, observa-se que Severino Caetano de Souza - ocupante do imóvel que cedera posse aos autores, f10, foi notificado a respeito de estar em litígio o mesmo imóvel.

Em outro processo: APC45.209/97, O MESMO RÉU CONTESTA OUTRO USUCAPIÃO COM OS MESMOS ARGUMENTOS. Da mesma forma na APC 41.507/96, de Relatoria de Des. Campos Amaral, o usucapião foi concedido.

No entanto a ementa que se aproxima da realidade deste caso, advém da Rel. Des. Carmelita Brasil, onde se salienta que o protesto por si só não é suficiente para interromper a prescrição aquisitiva:

“APC 46.822/97 -58 TURMA CÍVEL EMENTA USUCAPIÃO - DESUSO DO PRAZO EXIGIDO EM LEI PARA A CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - ÂNIMO DE DONO.

Para o reconhecimento do usucapião extraordinário, basta a prova do lapso temporal de vinte anos da posse mansa e pacífica, independentemente de justo título e boa fé.

O fato de o possuidor **reconhecer a existência de um titular da propriedade, não afasta a característica de exercer a posse com ânimo de dono**, isso porque não são incompatíveis, de um lado a idéia de que o imóvel é de propriedade alheia, e de outro, o ânimo de possuí-lo como seu.”

No STJ, o Min. Rui Rosado, no RESP 24.238/92-GO tem o mesmo entendimento.

Diante do exposto, mantenho a sentença por seus fundamentos, quanto à parte dispositiva que meritoriamente analisa a posse.

É meu voto.

DECISÃO

Deu-se provimento. Maioria.

— • —

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000011076025-6

1º Apelante - Didio Cavalcante de Almeida

2º Apelante - Vera Regina Cordeiro Bentim

Apelados - Os mesmos

Relator - Des. Romão C. Oliveira

Segunda Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. RECONVENÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO ANULADO - DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - OBSERVÂNCIA DO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELO ADESIVO JULGADO PROCEDENTE.

Verificando-se que o contrato celebrado entre as partes abriga objeto ilícito, imperiosa a proclamação dessa nulidade.

Tratando-se de negócio jurídico nulo devem as partes retornar ao *status quo ante* e as parcelas pagas, pela promitente compradora, devolvidas.

A parte vencida deve arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, observando-se, quanto a estes, o que estabelece o art. 20, § 3º do CPC.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romão C. Oliveira - Relator, J. J. Costa Carvalho - Revisor e Fernando Habibe - Vogal, sob a presidência da Desembargadora Carmelita Brasil, em negar provimento ao recurso do autor e dar provimento ao recurso da ré (adesivo), à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2004.

RELATÓRIO

Senhora Presidenta, Didio Cavalcante de Almeida ajuizou Ação de Cobrança em face de Vera Regina Cordeiro Bentim aduzindo que vendeu a ré em 27/

05/94, o lote residencial descrito na inicial. Informa que a ré pagou somente 23 (vinte e três) parcelas, possuindo um saldo devedor que perfaz o montante de R\$ 34.241,76 (trinta e quatro mil, duzentos e quarenta e um reais e setenta e seis centavos). Alega o autor, que apesar do lote estar localizado em condomínio irregular, possui toda infraestrutura, estando em fase de regularização pelo poder público. Finalmente, requer a procedência do pedido para condenar a ré ao pagamento do valor do saldo devedor remanescente, devidamente atualizado, ou alternativamente, seja determinado o depósito do débito em Juízo, para o fim de ser deduzido o valor, por acaso devido ao Governo do Distrito Federal, “ficando a diferença em poder do Autor, ou, ainda, caso seja do interesse da Ré desistir da aquisição, a devolução das importâncias pagas, acrescidas de eventuais benfeitorias.”

Devidamente citada, a ré apresentou contestação, alegando que a pretensão do Autor não pode ser acolhida, eis que o objeto do contrato de compra e venda não corresponde ao terreno descrito na escritura pública referida no contrato. Afirma que, realmente firmou contrato de compra e venda para aquisição do lote nominado, acreditando estar adquirindo um imóvel de propriedade do Autor, legalmente escriturado, entretanto, em 1995, com a instauração da CPI da grilagem e em face da decisão judicial proferida nos autos do processo nº 18.738/97, tomou conhecimento que o Condomínio Ville de Montagne está situado em terras públicas, de propriedade da TERRACAP. Sustenta que o autor dolosamente induziu a erro inúmeras pessoas, valendo-se de escritura de outra área, que sabia não corresponder aos lotes vendidos, sendo anulável o contrato celebrado, de acordo com os artigos 86, 87 e 92 do CCB. Sustenta a impossibilidade de posse civil em terras públicas. Finalmente, requer a improcedência do pedido.

A requerida formulou pedido de Reconvenção, alegando as matérias aduzidas na contestação e requerendo seja decretada a nulidade do contrato firmado com o autor e procedida a devolução das importâncias pagas.

A MM. Juíza julgou o autor carecedor do direito de ação, extinguindo o feito com fulcro no artigo 267, inciso VI, do CPC. Julgou procedente, em parte, a reconvenção para declarar nulo o Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda, juntado à fl. 07, firmado entre as partes, envolvendo o lote residencial 18, da Quadra 08, do Condomínio Ville Montagne, no Lago Sul - DF. Condenou o autor/reconvindo ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Com as razões de fls. 133/137, o apelante pleiteia a reforma da r. sentença, sustentando que a comprovação do registro do processo do condomínio Ville de Montagne, foi devidamente comprovado na inicial, com os documentos juntados, processo nº 030.019.120/90. Sustenta, ainda, tratar-se de área urbana e que a fração utilizada pela apelada é de propriedade do apelante.

Noutro naípe, sustenta que a apelada construiu e usufrui do imóvel, sem contudo pagar pelo lote. Finalmente, requer o provimento do apelo para reformar a r. sentença.

O preparo encontra-se à fl. 138.

Com o recurso adesivo de fls. 144/149, a apelante pleiteia a reforma da r. sentença, reeditando os mesmos argumentos expendidos na contestação, onde sustenta que o lote que o autor, ora apelado entregou à apelante, está situado em área pública, de propriedade da Terracap, conforme comprova o laudo pericial anexado aos autos às fls. 75/86.

Noutro naípe, sustenta que os honorários de sucumbência deveriam ser fixados de acordo com o parágrafo 3º, do Artigo 20 do CPC, em, pelo menos, 10% (dez por cento). Finalmente, requer o provimento do apelo para condenar o apelado a lhe restituir o valor das parcelas por ele recebidas indevidamente e fixar o valor dos honorários de sucumbência em patamar compatível com o disposto no artigo 20 do CPC.

O preparo encontra-se à fl. 150.

As contra-razões da ré vieram às fls. 151 a 156 e as do autor às fls. 160 a 162.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Senhora Presidenta, conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade, inclusive quanto à tempestividade e ao preparo.

A sentença veio a lume contendo a seguinte fundamentação:

“Cuida-se de **Ação de Cobrança** promovida por **DIDIO CAVALCANTE DE ALMEIDA** em face de **VERA REGINA CORDEIRO BENTIM**.

Julgo antecipadamente o feito com fundamento no artigo 330, inciso I, do C.P.C.

Do exame dos documentos, verifica-se que o Autor adquiriu da empresa INTERLAGOS - AGROPECUÁRIA E COMÉRCIO LTDA uma gleba de terras com área de 174 hectares, no lugar denominado Serrinha, na Fazenda Taboquinha, da qual vendeu ao Autor o lote 18, da Quadra 08, do Condomínio Ville de Montagne, com área de 1.000m² (fls.08/10), dizendo-se “**senhor e legítimo possuidor da área**”.

Vê-se, também, que a Requerida, que contratou a compra do lote em 47 meses, suspendeu o pagamento das prestações assumidas sob a alegação de que se trata de loteamento “simulado e fraudulento”, posto que situa-se em terras públicas, sendo parte desapropriada do domínio da TERRACAP, sendo que esta na época oportuna da regularização e avaliação procederá a cobrança do valor correspondente à fração ocupada pela Ré.

Aliás, concorda o Autor com a situação do Condomínio (situado em terras públicas), a teor de que alternativamente na inicial sugeriu que fosse depositado pelo Requerido valor que viesse a cobrir o importe que deverá o mesmo despendar para pagamento da fração a pessoa detentora do domínio, no caso a TERRACAP.

Em se tratando de contrato particular de promessa de Compra e Venda firmado entre as partes, há de neste momento se averiguar os requisitos de validade desse contrato, além das condições da ação.

Dispõe o parágrafo terceiro do artigo 267, do C.P.C., que o juiz conhecerá, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria consignada em seus incisos IV, V e VI.

Assim, havendo o reconhecimento por parte do Autor de que se trata de fração situada em terras públicas, e da confirmação por parte da TERRACAP de que efetivamente o **Condomínio “Ville de Montagne” situa-se em terras desapropriadas, portanto de domínio da TERRACAP**, como noticiam os documentos anexados aos autos, há evidente impossibilidade jurídica do pedido de cobrança das parcelas que restaram suspensas, ante a falta de interesse de agir do Autor.

O nosso sistema processual preza pela boa técnica no manejo dos instrumentos processuais, que devem ser utilizados corretamente na busca do provimento jurisdicional reclamado. Além do que, ao ajuizar uma ação, deve o Autor estrita obediência às condições da ação, classicamente divididas em possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*. *Repousa a primeira na inaptidão do pedido para ser apreciado pelo Poder Judiciário, enquanto a segunda assenta-se na premissa de que, embora o Estado tenha interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil, no autorizado magistério de ANTÔNIO*

CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in Teoria Geral do Processo, 17ª edição, págs. 258/259.

Torna-se imperioso, portanto, declarar o autor carecedor de ação, já que inexistentes as duas condições explicitadas acima, em razão da impossibilidade jurídica do pedido de cobrança das parcelas por venda de área da qual não detém legitimidade e da falta de interesse de agir, demonstradas, de forma clara, na argumentação acima esposada.

Considerando que a Reconvenção é autônoma, podendo prosseguir, independentemente do destino dado à Ação Inicial, e ante aos fundamentos acima descritos, entendo proceder o pedido de declaração de nulidade do contrato de compra e venda firmado entre as partes.

Quanto à devolução dos valores pagos pleiteada, deverá a Reconvinte aguardar o desfecho do assunto na área administrativa, para saber a quem deverá pagar pela compra de seu lote, sendo certo que o detentor da propriedade do Condomínio é quem caberá reivindicar os valores que já foram pagos a título de aquisição do imóvel questionado”.

Como se viu do relatório, o MM. Juiz julgou o autor carecedor do direito de ação, e julgou procedente o pedido deduzido na reconvenção, declarando nulo o contrato particular de promessa de compra e venda entabulado entre as partes, condenando o autor/reconvindo no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Vale ressaltar que o apelante, quando da celebração da avença, declarou ser o “senhor e legítimo possuidor” das terras em comento, ajustando as condições de pagamento e entrega do imóvel, sem qualquer ressalva.

Com efeito, comprovou-se em perícia realizada perante o Juízo de Direito da Primeira Vara de Fazenda Pública, em autos de Ação de Interdito Proibitório, relativa ao Condomínio *Ville de Montagne*, que o mesmo encontra-se contido em terras públicas (fls. 38 a 46).

Resta, portanto, demonstrado satisfatoriamente, que a fração de terra negociada trata-se, na verdade, de bem público, tornando impossível juridicamente sua alienação nos moldes pretendidos.

Irreprochável, pois, a sentença quando reconhece que o contrato celebrado entre partes continha a eiva de nulidade, vício essencial insanável, abrigando objeto

ilícito, levando, conseqüentemente, a aplicação do artigo 145, inciso II, do Código Civil de 1916, que dispõe:

“ Art. 145. É nulo o ato jurídico:
(...)
II - quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto.”

Por outro lado, todavia, no que concerne à questão da devolução dos valores pagos trazida à balia através do recurso adesivo interposto pela reconvinte, ora apelada, a MM. Juíza não se houve dentro da melhor técnica, *data venia*.

Sabidamente, verificando-se a impossibilidade do cumprimento do contrato, eis que padece de vício insuperável, a conseqüência lógica é o retorno dos contratantes ao estado anterior à celebração da avença questionada.

Nesse sentido, sobre os efeitos da declaração de nulidade, vale transcrever o escólio de Maria Helena Diniz, *verbis*:

“... De modo que um negócio nulo é como se nunca tivesse existido desde sua formação, pois a declaração de sua nulidade produz efeito *ex tunc*.”(in Código Civil Anotado, 1995, Saraiva, página 144)

Destarte, o autor/apelante deve ser condenado à restituir à reconvinte/apelada todas as parcelas recebidas, devidamente corrigidas a partir de cada desembolso.

No mesmo sentido encontram-se os seguintes julgados:

“Ementa

CIVIL. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS. TERRAS PÚBLICAS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. É NULO O CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS QUE TEM POR OBJETO TERRAS PÚBLICAS. DECLARADO NULO O CONTRATO, DEVEM AS PARCELAS PAGAS SEREM RESTITUÍDAS DEVIDAMENTE CORRIGIDAS.” (TJDFT APC 20030110295392, 2ª Turma Cível, Reg. 193361. Rel. Des. CARMELITA BRASIL, DJU 16/06/2004, p. 45)

“Ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE RESCISÃO DE

CONTRATO C/C DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - TERRAS PÚBLICAS - NULIDADE DO CONTRATO. - CUIDANDO-SE DE LOTEAMENTO PARTICULAR IRREGULAR, ABRANGENDO TERRAS PÚBLICAS, MOSTRA-SE À EVIDÊNCIA ESTAR A PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO BEM IMÓVEL EIVADA DE NULIDADE, CONFIGURADO O OBJETO ILÍCITO, A IMPOR A APLICAÇÃO DO ARTIGO 145, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL.” (PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS). (TJDFT. APC 4805398, 5ª Turma Cível, Reg.114674, ReL Des. DÁCIO VIEIRA, DJU 16/06/1999, P. 50).

Provejo, pois, em parte o recurso adesivo e o faço para condenar o autor/apelante a devolver as quantias recebidas que totalizam 23 (vinte e três) parcelas ao valor individual de 3 CUB’S cada, bem como, para condená-lo ao pagamento os honorários de sucumbência os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor das referidas parcelas.

Conseqüentemente, nego provimento ao recurso independente.

E é o voto.

Des. J. J. Costa Carvalho (Revisor) - Conheço dos recursos, presentes os pressupostos que autorizam sua admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação e recurso de apelação adesivo interpostos pelo autor e ré, de sentença prolatada pelo ilustrado juízo da 20ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília que, em julgamento de ação de cobrança ajuizada por DIDIO CAVALCANTE DE ALMEIDA em desfavor de VERA REGINA CORDEIRO BENTIM, julgou o autor carecedor do direito de ação e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, e parcialmente procedente o pedido formulado em sede reconvenção, para “*declarar nulo o contrato particular de promessa de compra e venda, ..., envolvendo o lote residencial 18, da quadra 08, do Condomínio Ville de Montagne, no Lago Sul-DF.*”

Conforme consignado pelo eminente relator, penso que o autor apelante contratou algo que não poderia garantir, isto é, a transferência do domínio do imóvel objeto do contrato, haja vista o condomínio ainda não estar regularizado e, portanto, não ser ele proprietário do lote negociado.

Cuida-se de contrato cujo objeto, além de ilícito é impossível. A lei 6.766/1979 é clara ao exigir, antes do loteamento, a realização de projeto, que deve ser aprovado pelos órgãos competentes e registrado. Tudo isso para garantir, não só a sociedade preocupada com a ocupação desordenada do solo, mas também o

promitente comprador. Tanto que o artigo 39 da referida lei prevê “será nula de pleno direito a cláusula de rescisão de contrato por inadimplemento do adquirente, quando o loteamento não estiver regularmente inscrito”.

Este o entendimento deste egrégio Tribunal, *in verbis*:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - TERRAS PARTICULARES - CONDOMÍNIO EM FASE DE REGULARIZAÇÃO - INDEFERIMENTO DA INICIAL EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - ILICITUDE DO IMÓVEL OBJETO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - PRETENSÃO POSSESSÓRIA AJUIZADA PELO PROMITENTE-COMPRADOR EM FACE DE TERCEIRO: POSSIBILIDADE - DISTINÇÃO DO CONCEITO DE POSSE JUSTA, EM SE TRATANDO DE AÇÃO POSSESSÓRIA, DAQUELE A SER CONSIDERADO QUANDO SE DISCUTE A POSSE EM FACE DO DIREITO DE PROPRIEDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO À UNANIMIDADE.

I - O contrato que dispõe sobre venda ou promessa de compra e venda de terras particulares situadas no Distrito Federal, parceladas e vendidas ao arremio da Lei nº 6.766/79, pode ser, de ofício, considerado nulo de pleno direito, ante a ilicitude do objeto.(...). (TJDFT, 3ª Turma, Apc 4030-3, Rel. Des. Wellington Medeiros, j. 24/05/2003, DJ 30/04/2003).

“CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL SITUADO EM LOTEAMENTO EM FASE DE REGULARIZAÇÃO. NULIDADE CONTRATUAL. DECRETO-LEI N.º 58/1937 E LEI N.º 6.766/1979. NULIDADE CONTRATUAL. OBJETO ILÍCITO E IMPOSSÍVEL (ARTIGOS 82 E 145, INCISO II, E 146 DO CPC).(…) 3. Restando evidenciado Ter sido o loteamento constituído irregularmente, em afronta à legislação apenas como reforço ao recolhimento de tal mácula, o negócio entabulado dever ser reputado nulo, por ilícito do seu objeto (arts. 82 e 145, inciso II do CCB), resultando a decretação da nulidade do contrato *ex officio* restituindo as partes compromitentes ao *status quo ante*, com conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267, inciso VI, parágrafo 3º, do CPC), não havendo que se falar, em face disto, em julgamento *extra petita*.”

(TJDFT, 3ª Turma, APC 404-7, Rel. Des. Jeronymo de Souza, j. 16/12/2002, DJ 12/03/2003).

Neste contexto, tenho como nulo o contrato em razão da ilicitude e impossibilidade de seu objeto, pelo que não há que se falar em inadimplência da promissória compradora a fundamentar a presente ação de cobrança. Pelo contrário, tratando-se de negócio jurídico nulo, devem as partes retornar ao *status quo ante* e as parcelas pagas serem devolvidas, conforme pleiteado pela ré apelante em sede reconvenicional.

Destarte, a meu juízo, deve a sentença ser parcialmente modificada apenas para que seja garantido à ré apelante o direito em ter restituídos os valores pagos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso do autor e **dou provimento** ao da ré para julgar totalmente procedente a reconvenção. Em face da sucumbência, arcará o autor com custas processuais e honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É o meu voto.

Des. Fernando Habibe (Vogal) - Acompanho a egrégia Turma, considerando que, no contrato o autor se disse titular do domínio de terras que, em verdade, são públicas.

DECISÃO

Negou-se provimento ao recurso do autor e deu-se provimento ao recurso da ré (adesivo). Unânime.

————— • —————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011046049-7

Apelante - Márcio Diniz
Apelado - Angel Mário Calvi Perez
Relator - Des. Estevam Maia
Quarta Turma Cível

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DO DEVEDOR - EXECUÇÃO FUNDADA EM CHEQUE ENDOSSADO - ACORDO FIRMADO NO JUIZADO ESPECIAL COM O ENDOSSANTE - INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO ENDOSSATÁRIO - SENTENÇA REFORMADA - PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Com a circulação do cheque, por endosso, destituiu-se o primitivo beneficiário da titularidade do crédito nele estampado e, por isso, acordo feito com o emitente, ainda que homologado em juízo, não afeta o direito do endossatário.
2. Apelo provido. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Estevam Maia - Relator, Humberto Adjuto Ulhôa - Revisor, Getúlio Moraes Oliveira - Vogal, sob a presidência do Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa, em conhecer o recurso. No mérito, dar provimento. Unânime. Tudo de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da ilustrada sentença de fls. 78/81, nestes termos concebido, *in verbis*:

“ANGEL MÁRIO CALVI PEREZ opõem os presentes Embargos à Execução que lhe move MÁRCIO DINIZ, em partes qualificadas nos autos, alegando que o processo executivo está baseado em título já declarado nulo através da ação nº 2000.01.1.005935-8,

que teve trâmite perante a 6ª Juizado Especial Cível desta Circunscrição Judiciária, sendo evidente a litigância de má-fé do Embargado/Exeqüente. Aduz que o cheque objeto da execução foi emitido para pagamento de uma compra efetuada na Medsystems Equipamentos Biomédicos Ltda e o seu resgate estava condicionado ao recebimento da mercadoria, contudo o negócio entre as partes não foi cumprido como contratado, razão pela qual ajuizou ação declaratória de nulidade de título em face da referida empresa. Sustenta que a empresa Medsystems Equipamentos Biomédicos Ltda já havia repassado o cheque à uma instituição de crédito denominada Aliança Factoring e Fomento Com. Ltda. Assevera que a sentença proferida nos autos da ação de nulidade de título determinou que o representante da empresa Medsystems, Sr. Alex Sandro Dias dos Santos, se responsabilizaria pelo resgate do cheque, devolvendo o mesmo ao Embargante, entretanto não houve cumprimento da decisão. Afirma que a empresa Aliança Factoring e Fomento Com. Ltda, desde a época da sentença, tinha conhecimento da nulidade do título, pois procurou o Embargado/Exeqüente e entregou-lhe cópia da referida sentença, porém não obteve êxito em reaver o título. Requer a improcedência da execução, condenando-se o Embargado como litigante de má-fé.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 07/61.

O Embargado apresentou impugnação, às fls. 66/68, alegando, preliminarmente, inépcia da petição inicial, por não preencher os requisitos do art. 282 do CPC. Sustenta que a sentença proferida nos autos da ação declaratória de nulidade de título apenas homologou o acordo entabulado entre as partes, não tendo feito qualquer menção à validade do título que instruiu a execução e, mesmo que tivesse feito, tal decisão não lhe alcançaria, pois é terceiro de boa-fé e não foi parte naquele processo. Aduz, ainda, que o cheque em questão preenche todos os requisitos legais, não padecendo de qualquer vício, sendo que os argumentos expendidos pelo Embargante para eximir-se da obrigação não lhe podem ser opostos, vez que é estranho ao negócio realizado entre o mesmo e a empresa Medsystems Equipamentos Biomédicos Ltda. Pugnou pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, pela improcedência dos embargos, condenando o Embargante nos ônus da sucumbência.

Instadas as partes a especificarem provas, apenas o Embargante manifestou-se, requerendo o julgamento antecipado do pedido.”

Acrescento que foram acolhidos os embargos, extinguido-se a Ação de Execução nº 23509-5/2000, em face do reconhecimento de nulidade do título executivo. O embargado foi condenado, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformado, o embargado/exeqüente interpôs apelação, sustentando que o acordo homologado na ação declaratória não o alcança, eis que é terceiro, portador de boa-fé do título.

Assevera, o apelante, que o cheque é título passível de endosso e, uma vez emitido e colocado em circulação, fica o emitente obrigado a garantir seu pagamento, persistindo sua responsabilidade, ainda que tenha circulado contra sua vontade.

Requer o provimento do apelo, para que seja reformada a r. sentença e declarada a subsistência do título executivo e, por conseguinte, da execução.

Preparo comprovado (fl. 87).

Em contra-razões apresentadas às fls. 90/93, o apelado pugna pela manutenção da r. sentença guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Estevam Maia (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de apelação, interposta por Márcio Diniz contra r. sentença que, nos autos dos Embargos à Execução, movidos em seu desfavor por Angel Mário Calvi Perez, acolheu os embargos, extinguindo, por conseguinte, a Ação de Execução nº 23509-5/2000, em face do reconhecimento da nulidade do título executivo.

O inconformismo do apelante gravita em torno do entendimento de que a sentença homologatória, proferida em sede de ação anulatória, na qual o representante da empresa Medsystems - Equipamentos Biomédicos assume a responsabilidade do resgate do título, não alcança o exeqüente, porquanto este não integrou a relação processual e é terceiro portador de boa-fé de título que entrou em circulação.

A meu sentir, a irrisignação do apelante merece acolhida.

Cumpra esclarecer, inicialmente, que o exeqüente não integrou a relação processual na Ação Declaratória de Nulidade do título, que tramitou no 6º Juizado Especial Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília sob o nº 2000.01.1.005935-8, na qual foi celebrado acordo entre o embargado e a Medsystems, obrigando-se, a empresa ré, a resgatar o título emitido pelo autor.

Nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Frise-se que ficou estabelecido, nos autos da ação declaratória, que o réu estaria obrigado a resgatar o título, sob pena de multa diária, inclusive. O próprio embargante reconheceu que o cheque emitido por ele já estava em circulação.

A sentença homologatória difere da contenciosa, pois, esta resolve questão litigiosa, ao passo que naquela - a homologatória, há, apenas, o referendo do Estado ao ato praticado pela parte.

Com efeito, a sentença homologatória de acordo não faz coisa julgada material, apenas, coisa julgada formal, inviabilizando a discussão da matéria somente no âmbito dos autos em que se deu a homologação.

Portanto, tendo havido a circulação do título, este torna-se abstrato, não havendo mais possibilidade de discutir-se a causa de sua emissão, exceto se comprovada a má-fé do terceiro portador do título. A circulação opera a abstração dos direitos nele contidos.

Aplica-se ao caso, portanto, o princípio da inoponibilidade das exceções, haja vista que o endosso do cheque, que o torna abstrato, impossibilita a discussão do negócio. É pacífico o entendimento de que as exceções pessoais só podem ser invocadas quando o título ainda permanece com o credor original.

Deste modo, sendo o exequente, terceiro endossatário de boa fé, ao emitente impõe-se a obrigação de arcar com o pagamento do crédito.

Na lição do insigne doutrinador Waldirio Bulgarelli, “a abstração, como nota a doutrina moderna, foi construída não em favor do credor de boa-fé, mas para garantir a segurança da circulação. Ela atua basicamente, pois, em favor do terceiro que não foi parte da relação fundamental (o negócio que deu origem à emissão ou criação do título). Entre as partes, obviamente, a causa dessa emissão ou criação do título poderá ser invocada, processualmente, por via do direito pessoal do réu contra o autor em decorrência da Lei que os criou. Necessário é, a propósito, distinguir-se a causa da relação fundamental (o negócio jurídico entre as partes, ou seja, mútuo, compra e venda, doação, etc.) da causa da emissão ou criação do título (esta, chamada pela doutrina, de convenção executiva, ou seja, negócio distinto da relação fundamental, embora decorrente dele, como: pagamento, garantia, crédito, declaração, etc.)... Entre as partes originárias dos dois negócios jurídicos (o fundamental e a convenção executiva) a invocação da causa poderá ser admitida, processualmente, não assim porém em relação a terceiro de boa-fé.” (“Títulos de Crédito”, Ed. Atlas S.A., p.57)

Destarte, em virtude da abstração do título impugnado, operada com o endosso, não é permitido ao executado invocar a coisa julgada, eis que a sentença homologatória faz lei apenas entre as partes do processo, não tendo ela, eficácia *erga omnes*.

Não podemos afirmar que o título é nulo, pois foi emitido boa-fé e contém os requisitos do artigo 1º da Lei 7.357/85. A r. sentença proferida na ação declaratória, repita-se, por se tratar de homologação de acordo, não alcança o exequente que não integrou a relação processual do citado processo.

Deste modo, o emitente deve honrar o pagamento do cheque, em observância aos princípios que regem o direito cambial, sendo inoponíveis as exceções pessoais a terceiro de boa-fé. Sendo a r. sentença da ação declaratória, título executivo judicial, cabe ao embargante/apelado buscar satisfação de seus interesses, pelas vias adequadas.

Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao apelo para, reformando a r. sentença recorrida, REJEITAR os embargos, possibilitando o prosseguimento da execução. Ante a sucumbência, condeno o embargante/apelado ao pagamento das custas processuais e honorários que, na conformidade do disposto no § 4º do art. 20 do CPC, fixo em R\$ 300,00 (trezentos reais).

É como voto.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Presidente e Revisor) - Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Compulsando os autos, verifica-se que na ação de nulidade do cheque ora executado, proposta no 6º Juizado Especial Cível de Brasília, houve acordo entre o apelado e a empresa Medsystems, no sentido de que esta, por não ter entregue os equipamentos adquiridos pelo ora apelado, estaria obrigada a resgatar a cártula que fora repassada para a Instituição de Crédito Aliança Factoring e Fomento Com. LTDA.

Com razão o apelante.

O cheque é título de crédito cingido por princípios (literalidade, autonomia e abstração) que, embora não sejam absolutos, impedem, *in casu*, que seja discutida a causa *debendi*. Vale dizer, aludidos princípios obstam discussões subjacentes ao título apresentado, isto é, impedem o questionamento acerca das causas pelas quais o título foi posto em circulação, nada impedindo o direito do embargado de fazer valer seu crédito.

Por essa razão, eventuais defesas pessoais do embargante quanto à origem da obrigação ligada à emissão do título, como por exemplo a homologação judicial supramencionada, não alcançam o embargado/apelante, sendo válidas apenas entre as partes que firmaram o acordo.

Observa-se, *in casu*, que o título já circulou, entrando na esfera patrimonial do apelante que, sem dúvida, quanto à relação de compra e venda firmada entre o emitente do cheque e a empresa Medsystems, apresenta-se como terceiro de boa-fé.

A matéria, aliás, já foi examinada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê dos seguintes arestos:

“COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA. CHEQUES DE PAGAMENTO. ENDOSSO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. NEGÓCIO SUBJACENTE. AUTONOMIA DA CÁRTULA. RECONHECIMENTO EM ACÓRDÃO DO STJ. POSTERIOR RESCISÃO DO NEGÓCIO IMOBILIÁRIO. AÇÃO MOVIDA EXCLUSIVAMENTE CONTRA O VENDEADOR. SENTENÇA PASSADA EM JULGADO QUE DECRETOU O DESFAZIMENTO DO CONTRATO E A NULIDADE DOS CHEQUES. INOPONIBILIDADE CONTRA O PORTADOR DOS TÍTULOS DE CRÉDITO. PARTE ESTRANHA À AÇÃO DE RESCISÃO. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CPC, ART. 746.

I. Reconhecido pelo STJ, em julgamento de embargos à execução, que os cheques endossados a terceiro de boa-fé, constituíam títulos autônomos em relação ao compromisso de compra e venda em que era comprador o emitente das cártulas, impossível opor-se à cobrança, que prosseguiu então, embargos à arrematação calçados em sentença proferida posteriormente à penhora, em ação de rescisão do aludido contrato.

II. Errônea aplicação do art. 746 do CPC, eis que a decisão singular que desfez o compromisso e declarou nulos os cheques emitidos pelo comprador-executado, por que movida exclusivamente contra o vendedor, não tem efeito contra o exeqüente, portador dos cheques, que não integrou a lide.

III. Recurso especial conhecido e provido, para julgar improcedentes os embargos à arrematação, ressalvado o direito de regresso do recorrido contra o vendedor do imóvel, que endossou os cheques recebidos ao terceiro de boa-fé” (Resp 50607/MT. Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior. T4 - 4ª T., DJ 06.12.99/p. 93).

“CHEQUE. ENDOSSO. CIRCULAÇÃO. EXCEÇÃO PESSOAL. SUA INOPONIBILIDADE AO ENDOSSATÁRIO.

Não pode o emitente de cheque nominal, depois de posto em circulação, por endosso, opor ao endossatário exceção pessoal que teria contra o endossante (art. 25 da lei 7357/85).” (Resp 9175/SP. Rel. Ministro Dias Trindade. T3 - 3ª Turma, DJ 24.06.91/p. 8637).

Pelo exposto, dou provimento ao apelo, reformando a r. sentença monocrática para rejeitar os embargos, devendo ter prosseguimento o processo de execução. Quanto aos honorários de sucumbência, acompanho o em. Desembargador Relator.

É como voto.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Vogal) - De acordo.

DECISÃO

Recurso conhecido. No mérito, deu-se provimento. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011076743-0

Apelante - Banco General Motors S.A.
Apelada - Heloísa Maria de Amorim Leite
Relator - Des. Natanael Caetano
Primeira Turma Cível

EMENTA

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REALIZAÇÃO DE PROTESTO LEGÍTIMO. TÍTULO VENCIDO. PAGAMENTO EFETUADO A DESTEMPO. CANCELAMENTO DE PROTESTO. INCUMBÊNCIA DO DEVEDOR. ALEGADO DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE CULPA DO CREDOR NA MANUTENÇÃO DE PROTESTO E CONSEQÜENTE NEGATIVAÇÃO PERANTE O SERASA. IMPROCEDÊNCIA.

De acordo com o disposto no art. 26 da Lei 9.492/97, o cancelamento do registro do protesto poderá ser solicitado por qualquer interessado, não se podendo atribuir ao credor do título protestado essa obrigação.

Dessa forma, não pode o autor, na qualidade de devedor, extrair da manutenção do protesto e dos efeitos daí decorrentes, como a negativação do nome perante órgãos de proteção ao crédito, qualquer culpa do credor para buscar indenização por danos morais.

Recurso provido para julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Natanael Caetano - Relator, Flavio Rostirola e Nívio Gonçalves - Vogais, sob a presidência do Desembargador Nívio Gonçalves, em rejeitar a preliminar, no mérito, dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo BANCO GENERAL MOTORS S.A. contra sentença (fls. 186/194) proferida em audiência de instrução pelo MM. Juiz da 9ª Vara Cível de Brasília-DF que, em sede de ação de conhecimento pretendendo indenização por danos morais proposta por Heloísa Amorim Leite, em razão de manutenção indevida de protesto e de negativação perante o SERASA por mais de 1 (um) ano, julgou procedente o pedido condenando o apelante ao pagamento da importância de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) a título de danos morais, reajustados monetariamente e acrescido de juros de 12% ao ano, a partir da data em que foi proferida a sentença. Também condenou ao pagamento de custas processuais e 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação de honorários advocatícios. Narra a inicial que a autora, ora apelada, firmou contrato de compra de um veículo com o réu, ora apelante, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento de 36 (trinta e seis) parcelas de R\$ 524,48 (quinhentos e vinte e quatro reais e quarenta e oito centavos) com vencimento todo dia 11 (onze) do mês. Sustenta que pagou devidamente todas as parcelas, cumprindo integralmente a obrigação. Todavia, narra que houve protesto indevido do débito referente à parcela, com vencimento em 11/05/99, o que culminou na negativação do nome da apelada perante o SERASA por mais de 1 (um) ano, configurando o dano moral que justifica a verba indenizatória pleiteada em juízo. Acompanha a inicial as provas documentais de fls. 27 a 56.

Invoca o apelante a reforma da sentença sustentando que a decisão hostilizada não indicou a razão de se considerar o protesto como indevido, em contrariedade ao reconhecimento da própria autora de estar em mora. Assevera que o magistrado *a quo* não examinou os artigos 14, 19, 20 e 26 da Lei 9.492, de 10/09/97, argumentando que trata de legislação pertinente e necessariamente aplicável ao caso. Salienta ainda, que não há nos autos qualquer prova de que a autora tenha requerido a expedição de carta de anuência para a baixa do título no cartório.

Preparo regular à fl. 225.

Contra-razões às fls.231/237, suscitando, em preliminar, a intempestividade recursal em razão da inobservância do prazo para interposição do recurso de apelação, aduzindo que não houve interrupção por causa da oposição dos embargos declaratórios, por força do conteúdo da decisão de fl. 202, que não os conheceu, porque incabíveis. No mérito, pugna pela manutenção da sentença pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Natanael Caetano (Relator) - Cumpre, inicialmente, a apreciação dos pressupostos recursais.

Com relação à intempestividade recursal ventilada nas contra-razões pela apelada, entendo sem razão.

Primeiramente, impõe-se examinar a ocorrência ou não do fenômeno da interrupção do prazo recursal, quando ocorre interposição de embargos declaratórios. Neste ponto, a jurisprudência já pacificou que havendo interposição de embargos de declaração, desde que deduzido tempestivamente, configura-se hipótese de interrupção do prazo para a interposição de outros recursos, de acordo com a disposição expressa do art. 538 do CPC.

Se da sentença de fls. 122/128, proferida e publicada em audiência no dia 05/04/2005, foram interpostos embargos de declaração (fls. 198/200) no dia 07/04/2005, é o caso de se ressaltar, portanto, a tempestividade recursal, porque a dedução do recurso se deu dentro do prazo de 5 (cinco) dias prescritos na lei processual. Nesse caso, houve a interrupção do prazo para interposição do recurso de apelação, nos moldes do art. 538, do CPC que, aliás, vem em benefício de ambas às partes do processo e não somente em prol do embargante.

Por outro prisma, observa-se que houve uma fusão do conteúdo colocado na peça recursal com o próprio objeto da via eleita, uma vez que ali se buscou sanar um alegado vício de omissão, sob o argumento de que o magistrado *a quo* não expôs no *decisum* as razões de seu convencimento para considerar o protesto realizado pelo apelante, como indevido, aduzindo que não houve o enfrentamento da legislação pertinente trazida no bojo da contestação.

Apesar de a decisão ter sido no sentido de não conhecer dos embargos por falta de pressuposto de cabimento, a meu ver, não foi esse o caso. O embargante, apontou, nas suas razões de pedir, qual o vício que pretendia sanar, no caso, vício de omissão. Também indicou o ponto que entendeu deveria o magistrado haver se pronunciado, de tal forma que, ao julgar concluindo pela inexistência de quaisquer dos vícios elencados no art. 535, do CPC, acabou examinando o próprio mérito dos embargos de declaração. Isso demonstra que o magistrado *a quo* apenas se utilizou de má técnica processual, já que restou claro que pretendia, na verdade, improvê-los. Tanto foi assim que, interposta a apelação, decidiu recebê-la, conforme se vê na decisão de fl. 227. Desta decisão, incumbe registrar que ambas as partes se conformaram, haja vista não ter sido interposto qualquer recurso a desafiá-la.

Dessa forma, em benefício de ambas as partes do processo, a dedução dos embargos declaratórios tempestivamente interrompeu o prazo recursal que, levado a efeito pela publicação no dia 11/05/2005, passou a integrar a sentença que ora se ataca, fazendo com que o apelo interposto no dia 25/05/2005 seja tempestivo. Por essa razão há que ser afastada a preliminar de intempestividade argüida pela apelada.

Resta, portanto, conhecer do recurso de apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade. Passo, pois, ao exame do mérito recursal.

Não se conforma o apelante com a sentença de procedência do pedido de indenização de danos morais, proferida com base em protesto tido como indevido, com negativação do nome da apelada perante o SERASA, por mais de 1 (um) ano. Para tanto, assevera, respaldado pelos documentos que acompanham a inicial, que o protesto foi devido, haja vista que, à época da realização do protesto, a apelada se encontrava efetivamente em mora. Por isso, sustenta que a responsabilidade da baixa do protesto junto ao cartório, segundo o disposto na Lei de Protestos de Títulos de Crédito nº 9.492/97, que rege a matéria, é do próprio devedor e não sua, quando o devedor realiza o pagamento, razão suficiente para elidir a condenação que lhe foi imposta pela sentença.

Necessário se faz, pois, o exame do protesto realizado que culminou na informação restritiva de crédito, fls. 27 e 28, causando à apelada o abalo de seu crédito deduzido na inicial e reconhecido na sentença guerreada.

Compulsando os autos, verifico que o documento de fl. 52, certidão positiva emitida pelo Cartório Partidor e Distribuidor de Belo Horizonte, informou constar contra a apelada o protesto, realizado no dia 04.06.1999, da nota promissória, nº m602183009, no valor de R\$ 524,48 (quinhentos e vinte e quatro reais e quarenta e oito centavos), cujo vencimento se deu em 11.05.1999. Cumpre registrar que o pagamento dessa dívida, conforme se depreende do documento de fl. 33, somente foi realizado no dia 11.08.1999, ou seja, quase dois meses depois.

O que se verifica, portanto, é a existência de título de dívida líquida em favor do apelante que se encontrava vencida, tendo havido protesto por falta de pagamento de forma lícita, cujo pagamento se deu a destempo. Logo, não há falar-se, *in casu*, em protesto indevido, tendo em vista que o apelante apenas exerceu um direito que lhe assistia, objetivando a publicidade *erga omnes* da mora em questão. Não houve, portanto, qualquer irregularidade no protesto realizado a justificar o dano aventado na inicial.

Quanto à medida complementar atinente ao registro nos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito, por sua vez, nada há de ilegal. Aliás, é de se destacar que é da própria essência da presunção de publicidade *erga omnes* buscada pela via do protesto, onde se permite aos agentes econômicos o real conhecimento do fato, já que houve, de fato, a mora por parte da apelada.

A questão é saber se a manutenção do registro foi indevida a ponto de configurar ato lesivo causado pelo apelante, por ação ou omissão voluntária, causando prejuízo moral à apelada, a ponto de fazer nascer a obrigação de repará-lo.

Verifica-se nos autos que o título realmente foi pago, conforme documento acostado à fl. 33. Todavia não há qualquer documento demonstrando que esse documento foi encaminhado ao cartório para o cancelamento do protesto realizado, conforme preceitua o art. 26 da Lei 9.492/97, *in verbis*:

“Art. 26. O cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada.

“§ 1º Na impossibilidade de apresentação do original do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor, originário ou por endosso translativo.”

Apesar de a autora, ora apelada, tentar fazer crer que a obrigação de providenciar o cancelamento do protesto, com a respectiva exclusão do nome dos cadastros é do seu credor, o entendimento correto é exatamente o inverso, ou seja, tal obrigação incumbe a quem tenha o interesse de retirá-lo, sendo óbvio que o maior interessado nessa providência não é outro senão o próprio devedor.

Sendo o protesto legítimo, não cabia ao apelante providenciar o cancelamento da inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, mas sim ao próprio devedor. Portanto, como o apelante não tinha tal obrigação, não pode ser responsabilizado a pagar indenização por danos morais que não causou.

Neste sentido, a Eg. 3ª Turma Cível já se pronunciou em caso semelhante fixando, a teor do referido dispositivo (art. 26 da Lei 9.492/97) que, “*o cancelamento do registro do protesto poderá ser solicitado por qualquer interessado, não se podendo atribuir ao credor do título protestado tal obrigação*” (vide Acórdão 175.041, APC 2001/1-25727/7, da Relatoria do Des. Wellington Medeiros, julgado em 05/05/2003).

Seguindo essa mesma linha de entendimento, manifestou-se a Eg. 5ª Turma Cível, em acórdão relatado pelo Desembargador Roberval Casemiro Belinati, assentando que “*efetuado o pagamento do cheque protestado, caberá a qualquer interessado, especialmente ao devedor, providenciar o cancelamento do protesto no tabelionato de protesto de títulos, mediante a apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada, segundo o disposto no artigo 26 da lei 9.492, de 10/09/97, e artigo 2º da Lei 6.690, de 25/09/79. O credor só terá obrigação de providenciar o cancelamento do protesto no caso de o ter tirado ilegalmente, ou havendo impossibilidade de o devedor apresentar o original do título ou documento de dívida protestado, caso em que dele será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, consoante se deduz do § 1º do artigo 26 da Lei 9.492/97. O artigo 29 da Lei 9.492/97, com a redação que lhe deu a Lei 9.841, de 05/10/99, autoriza os cartórios de protesto de títulos a remeterem informações aos órgãos de proteção ao crédito. Assim, uma vez tirado o protesto de um cheque devolvido por insuficiência de fundos, o nome do emitente será encaminhado pelo cartório aos cadastros de inadimplentes, independentemente da vontade do credor. Neste caso, após a*

quitação do título, caberá ao próprio devedor; ou a qualquer interessado, providenciar a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes. Não tendo sido o nome do devedor negativado pelo credor, a obrigação de tal cancelamento não pode ser atribuída ao credor. O protesto legítimo não acarreta dano moral ao devedor; porque representa o exercício regular de um direito” (Acórdão 176.564, APC 2001/1-46251/9, recurso julgado em 07/04/2003).

Dessa forma, não havendo culpa do réu, que ora apela, a despeito da manutenção do registro do protesto e nas conseqüências que daí decorreram, DOU PROVIMENTO ao recurso para reformar a sentença julgando improcedentes os pedidos formulados na inicial, invertendo, conseqüentemente, o ônus da sucumbência, cabendo à autora o pagamento das custas do processo e da verba honorária que fixou em 5% (cinco por cento) sobre o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que foi dado à causa .

É como voto.

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

Des. Nívio Gonçalves (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Preliminar rejeitada, no mérito, deu-se provimento. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011087153-6

Apelante - Mina Empreendimentos Imobiliários e Agropastoris Ltda.

Apelada - Daisy Gaspar

Relatora - Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito

Sexta Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - CESSÃO DE DIREITOS - REGISTRO - DESNECESSIDADE - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA CONSTITUIÇÃO DA MORA - TERMO CERTO - PRESCINDIBILIDADE.

Os contratos não vinculam quem deles não fez parte. Todavia, o princípio comporta exceções. Uma delas é a possibilidade de o titular de um dos pólos da relação contratual ceder a sua posição para terceiro, que passaria a ser o novo titular dos direitos e obrigações assumidos pelo cessionário inicial. Assim, não havendo qualquer impedimento de natureza contratual para que a obrigação seja transferida a terceiro, não pode, ele, ser prejudicado por fatos alheios ao negócio que entabulara com o cessionário inicial, já que de boa-fé, devendo-se resguardar, portanto, os seus direitos.

Prevê o enunciado nº 239, de Súmula do STJ, que o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do instrumento de compromisso de compra e venda junto ao Cartório de Imóveis. A notificação prévia para constituição em mora somente é exigível quando não existe termo certo para o cumprimento da obrigação.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Ana Maria Duarte Amarante Brito - Relatora, Jair Soares - Revisor, Otávio Augusto - Vogal, sob a presidência da primeira, em conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

DAISY GASPAR ajuizou ação de adjudicação compulsória em desfavor de MINA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E AGROPASTORIS LTDA., GIOVANI ANTUNES MEIRELES e ANDRÉA MARISA MOREIRA MEIRELES, alegando que adquiriu, por instrumento particular de Cessão de Direitos e Obrigações, em caráter de irretroatividade, o imóvel nº 105, do bloco B, com a respectiva vaga de garagem nº 12T, do Ed. Residencial Geraldo Carneiro, matriculado junto ao Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis do DF, sob o nº 121.532. Informou que cumpriu sua obrigação, pagando o preço integralmente e que se encontra regularmente imitada na posse, exercendo-a pacificamente. Asseverou que, apesar de o aludido imóvel já estar pronto e com a Carta de Habite-se expedida, a 1ª ré se nega a conceder a escritura definitiva do bem, sob infundados argumentos que em nada dizem respeito à autora, já que adquirente de boa-fé. Ressaltou que o Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda, do qual é cessionária, informa que o pagamento do imóvel à 1ª ré se deu no ato, em moeda corrente, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Informou, ainda, estar evidenciada a malícia da 1ª ré, eis que esta *“autorizou expressamente a parceira comercial Dinâmica Engenharia Ltda a proceder à assinatura dos instrumentos de cessão, aí incluído o da autora, como foi reconhecido em Decisão Judicial proferida nos autos da Medida Cautelar nº 2002 01 1 049657-0”*, em trâmite na 6ª Vara Cível desta Circunscrição Judiciária e que a rescisão de contrato entre a 1ª ré e *“uma empresa na Asa Sul”*, não poderá prejudicar a situação da autora.

Lastreou seu pedido com suporte nos arts. 15 e 16 do Decreto-Lei nº 58 de 10/12/1937, Lei 6.014/73 e na doutrina pertinente, requerendo, ao final, fosse julgado procedente o pedido.

Juntou documentos às fls. 08/58.

Pedido de desistência da ação quanto aos réus Giovani Antunes Meireles e Andréa Marisa Moreira Meireles, em razão de terem, os mesmos, concordado com adjudicação compulsória em favor da autora, conforme declaração acostada às fls. 70/71.

Citada, a ré Mina Empreendimentos Imobiliários e Agropastoris Ltda, não compareceu à audiência de conciliação designada para o dia 22 de setembro de 2004, apresentando contestação extemporânea em 24 de setembro do mesmo ano (fls. 73/218). Na peça contestatória, a ré alegou não ter comparecido à audiência de conciliação pelo fato de a data designada *“ter passado batido”*, apesar de ter feito carga do aludido processo. Alegou que não viu a tarja na capa do processo, com a citada data. Requeru fossem desconsiderados os efeitos da revelia e recebida a contestação, mormente pelos documentos acostados e por se tratar de matéria exclusiva de direito.

Homologada a desistência formulada pela autora à fl. 219.

Agravo retido da 1ª ré às fls. 225/230 contra a decisão que determinou a conclusão do feito para fins de sentença, sob o argumento de haver supressão da fase instrutória e de oportunidade de provar, em juízo, o alegado em contestação. Despacho mantendo a decisão agravada (fl. 256).

Indo os autos conclusos, o MM. Juiz prolatou sentença e julgou procedente o pedido formulado pela autora, condenando a ré outorgar àquela, no prazo de 30 (trinta) dias, a escritura definitiva do imóvel descrito na inicial, bem assim ao pagamento de custas e honorários de advogado. Para tanto, atribuiu os efeitos da revelia à ré, concluindo serem os fatos alegados pela autora incontrovertidos, portanto, presumidamente verdadeiros, nos termos do art. 319 do CPC e que a autora fundou sua pretensão na condição de cessionária dos direitos de Giovani Antunes Meireles, decorrentes da promessa de compra e venda de fls. 17/18. Destacou não haver qualquer impedimento de natureza contratual para que a obrigação fosse transferida para terceiro, que passaria a ser o novo titular dos direitos e obrigações assumidos pelo cessionário inicial. Argumentou que o contrato entabulado entre as partes originárias previa, em sua cláusula 08, essa possibilidade de transferência dos direitos e obrigações e que, por essa razão, não haveria como negar a validade e eficácia da obrigação em face da ré. Alegou que a ré declarou sua vontade de transferir os apartamentos do Residencial Geraldo Carneiro, excetuando as unidades 104, 206 e 606, conforme o documento acostado às fls. 20/21. Ressaltou que no contrato de promessa de compra e venda, celebrado entre a ré e Giovani Antunes Meireles, este tinha a obrigação de pagar o preço e arcar com as despesas do imóvel posteriores à data da concessão do “Habite-se” e que a obrigação principal da ré era entregar “*todas as certidões exigidas pelo Cartório de Registro de Imóveis livres e desembaraçadas de qualquer ônus, no ato da escrituração da Unidade Comprometida*”. Argumentou que com a cessão de direitos, as obrigações de Giovani passaram à autora e as da ré se mantiveram; que o preço foi pago, cumprindo a autora com suas obrigações, não havendo provas, porém, do cumprimento da obrigação que competia à ré (fls. 261/263).

A ré opôs embargos de declaração às fls. 266/271, apontando a existência de oito omissões no r. julgado, requerendo fossem as mesmas sanadas. Em decisão interlocutória, o MM. Juiz *a quo* rejeitou os embargos, mantendo incólume a r. sentença (fl. 272).

Irresignada, apelou a ré, pleiteando fosse o recurso conhecido e provido, para o fim de anular a r. sentença, já que o Distrito Federal deveria integrar a lide, eis que credor do ITBI referente ao aludido imóvel; pelo fato de não haver deferimento de pedido de perícia de vistoria em imóvel e por ter sido julgado extinto o feito em relação aos dois últimos réus, uma vez que houve, na verdade, o reconhecimento da procedência do pedido por parte destes. Requereu a apreciação do agravo retido e das preliminares argüidas. Para tanto, repisou os termos da contestação extemporânea. Fez justificativas

para o não comparecimento à audiência de conciliação. Argüiu ausência de notificação premonitória, falta de constituição em mora, carência de ação, ilegitimidades ativa e passiva para a causa. Alegou não ter feito contrato com a apelada e sim com os demais réus, não tendo sequer conhecimento do contrato de cessão de direitos entabulado entre a apelada e os cessionários iniciais; que não foi procurada para a outorga da escritura pública e que estaria obrigada a entregar as certidões exigidas pelo Cartório à pessoa do Sr. Giovani, pois foi com este que firmou o contrato de promessa de compra e venda e não à apelada. Concluiu, alegando que entabulou negócio jurídico de compra e venda da empresa Roda & Roda, dando, como forma de pagamento, 11 (onze) apartamentos no residencial já mencionado e que ao tomar posse da sede da empresa que estava comprando, assinou os contratos de promessa de compra e venda dessas unidades, sendo uma delas a da apelada. Por essa razão, o imóvel da apelada estaria inserido em negócio jurídico anterior à cessão de direitos formulada entre ela, apelada, e os cessionários iniciais e que, diante da rescisão do negócio jurídico entabulado com a empresa Roda & Roda, não poderá prevalecer o contrato de cessão de direitos da apelada, já que posterior àquele (fls. 277/313).

Regular preparo à fl. 317.

Contra-razões às fls. 323/337, prestigiando o decisório impugnado e requerendo fosse o mesmo mantido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Relatora) - Conheço do recurso, presentes que se fazem os pressupostos para sua admissibilidade.

Trata-se de Ação de Adjudicação compulsória, tendo por objeto a outorga da escritura definitiva do imóvel descrito na inicial, em que a autora, ora apelada, alega ser cessionária dos direitos e obrigações relativos ao aludido imóvel, uma vez que entabulou o respectivo contrato com os cessionários iniciais. Alega que pagou o valor do bem e mesmo encontrando-se exercendo pacificamente a posse do imóvel e estando este com carta de “Habite-se”, a ré, ora apelante, nega-se a lhe conceder a outorga definitiva, para fins de escrituração junto ao cartório de imóveis.

Analiso, inicialmente, o agravo retido de fls. 225/230.

Insurge-se a agravante contra a decisão do MM. Juiz *a quo* que determinou a conclusão dos autos para sentença, ao argumento de que haveria supressão da fase instrutória e de oportunidade de provar, em juízo, os fatos alegados na contestação, ante o julgamento antecipado da lide.

Não há cerceio de defesa perante julgamento antecipado da lide, quando existem nos autos documentos hábeis à sua solução. Há nos presentes autos perfeita

harmonia com os princípios informadores do processo, como o que se estampa no art. 131 do CPC, que dispõe sobre a livre apreciação das provas pelo Juiz, na modalidade de persuasão racional.

No caso em apreço, as questões suscitadas são meramente de direito, havendo, portanto, total desnecessidade de novas provas, a exemplo da perícia requerida pela Apelante, concernente à vistoria do imóvel onde se localiza a sede da empresa Roda & Roda e a juntada de prova emprestada, que, aliás, nada têm a ver com a presente ação de adjudicação, já que estranhas à lide. Ademais, a própria apelante, em sede de contestação, mesmo que extemporânea, inferiu serem as provas exclusivamente de direito, lastreadas em farta documentação, conforme se observa à fl. 75 dos autos.

Portanto, conheço do agravo, negando-lhe, porém, provimento.

PRELIMINARES

Quanto às preliminares argüidas pela apelante, tenho que razão não lhe assiste. Observa-se que o patrono da ré fez carga do processo e deixou de comparecer à audiência de conciliação prevista em rito processual próprio, apresentando contestação de forma extemporânea, tendo o magistrado do 1º grau prolatado a sentença com suporte no art. 330, inc. II, do CPC, ao argumento de que a ré foi regularmente citada e advertida para os efeitos da revelia.

Embora o art. 319 do CPC preveja a presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu, em sede recursal, é possível a discussão da matéria fática ventilada, já que condizente com o suposto direito do réu e por se tratar de presunção relativa, mormente pelos documentos acostados aos autos por ambas as partes. Assim, pode, o magistrado, apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento.

Não se trata aqui de afastar a revelia, conforme o pleiteado, mas somente apreciar o recurso em sua plenitude, pondo de lado o efeito da presunção da veracidade dos fatos.

Infundado, também, o argumento de que haveria necessidade de interpelação prévia para a constituição em mora da apelante. No caso concreto não se vislumbra tal necessidade.

A exigência do citado ato se daria quando o promissário-vendedor pretendesse rescindir o contrato de compromisso de compra e venda, cujos requisitos delineados são os do decreto-lei nº 58/37, em razão de o promissário-comprador deixar de pagar as prestações avençadas, por exemplo.

No presente caso, a situação é outra. Trata-se de pretensão à obtenção da tutela jurisdicional que venha a substituir o ato de vontade da apelante, concernente em outorga de escritura definitiva do imóvel citado na inicial, eis que a apelada alega ter cumprido com sua obrigação, qual seja, pagar o preço avençado e não receber a contrapartida, ou seja, a outorga da escritura definitiva do imóvel.

Do mesmo modo, somente se notifica previamente o devedor, para constituição em mora, quando não haja termo certo para o cumprimento da obrigação. Se já consta de cláusula contratual, livremente pactuada, que compete ao promissário-vendedor “*entregar todas as certidões exigidas pelo Cartório de Registro de Imóveis, livres e desembaraçadas de qualquer ônus, no ato da escrituração da Unidade Comprometida*” (cláusula 5.1 - fl. 13), não há pertinência alguma em se exigir a prévia notificação para constituição em mora da apelante, uma vez que esta já se encontra ciente da forma como deve cumprir sua parte no avençado e no tempo certo, qual seja, quando do cumprimento da obrigação por parte do promissário-comprador, obrigação esta que se dá no momento da quitação dos valores acordados.

Ademais, pelo que se verifica nos autos, a renitência da apelante é crível em proceder à outorga da escritura definitiva à apelada, sendo, pois, ato absolutamente inútil, a aludida interpelação. A própria apelante alegou que mesmo que tivesse sido interpelada, não poderia proceder à outorga da escritura, “*porquanto, somente poderia transferir o bem à pessoa com quem firmou contrato e não com terceiro* (fl. 299).

As alegadas ilegitimidades, ativa e passiva *ad causam*, também não merecem prosperar. Mostra-se equivocado o argumento de que o “*vínculo contratual emana da vontade das partes, portanto, o terceiro alheio ao contrato não pode ficar atado à convenção da qual não participou*”. Conforme dispôs o nobre sentenciante, “*prevalece em Direito Contratual o princípio de que os contratos não vinculam quem deles não fez parte. Ocorre que esse princípio comporta exceções previstas na própria ordem jurídica. Uma dessas exceções é a possibilidade de o titular de um dos pólos da relação contratual ceder sua posição para terceiro, que passa a ser o novo titular dos direitos e obrigações assumidos pelo cessionário inicial. Destaque-se que não há qualquer impedimento de natureza contratual para que a obrigação seja transferida a terceiro, pelo contrário, o contrato de promessa de compra e venda prevê a cessão, ao regular que ‘qualquer taxa ou imposto gerado pelo ato da Cessão ou Promessa de Cessão será de inteira responsabilidade do cessionário ou promitente cessionário’ - cláusula 08, fl. 14*”. Dessa forma, perfeitamente cabível a figuração da apelante no pólo passivo da demanda, já que, conforme alega, o imóvel citado é de sua propriedade e da apelada no pólo ativo, eis que sub-rogou-se nos direitos e obrigações dos cessionários iniciais.

Portanto, rejeito as preliminares argüidas e passo à análise do mérito propriamente dito.

Analisando todo o conjunto probatório, mostra-se tênue a alegação da apelante de que não firmou contrato com a apelada ou mesmo tomou ciência da cessão de direitos e obrigações entabulada entre esta e os cessionários iniciais e que por isso não poderia outorgar à apelada a escritura definitiva do aludido imóvel, havendo a necessidade formal de registro dessa cessão de direitos junto ao cartório de imóveis.

Primeiramente cumpre esclarecer que os fatos trazidos pela apelante, concer-

nentes à suposta rescisão de contrato de compra e venda da empresa Roda & Roda, empresa alheia ao processo, em nada alteram o desfecho da presente lide, devendo-se buscar o direito em ação própria.

A apelante suscitou várias questões envolvendo o objeto da presente demanda, tudo com o intuito de repisar fatos que não dizem respeito à lide. O ponto controvertido, *in casu*, cinge-se ao direito de outorga ou não da escritura à apelada, uma vez que a apelante alega não ter entabulado qualquer contrato de promessa de compra e venda com aquela e pelo fato de o instrumento de cessão não ter sido devidamente registrado.

O alegado desconhecimento da cessão de direitos relativa ao imóvel descrito na inicial é por demais descabido. Consoante o documento acostado às fls. 20/21, a ré, ora apelante, declarou sua vontade de transferir os apartamentos do Residencial Geraldo Carneiro, por intermédio de sua interveniente-anuente Dinâmica Engenharia Ltda, com exceção das unidades 104 e 206 do bloco B e 606 do bloco A.

Por outro lado, o contrato de fls. 10/15 faz menção de que a unidade, objeto da cessão de direitos, foi adquirida pelo cessionário inicial e paga no ato, em moeda corrente. Dessa forma, a posterior cessão dos direitos relativos à aludida unidade se deu de forma regular, eis que não havia qualquer óbice à transmissão dos direitos e obrigações inerentes ao imóvel. Deve-se resguardar, portanto, os direitos do terceiro adquirente, não podendo, ele, ser prejudicado diante de fatos alheios ao negócio que entabulara com o cessionário inicial, já que de boa-fé. Como bem frisou o MM. Juiz *a quo*, “*com a cessão de direitos, as obrigações de Giovani passaram à autora e as da ré se mantiveram. O preço foi pago. O cumprimento das obrigações por parte da autora está demonstrado. Porém, não há prova do cumprimento da obrigação que incumbia à ré*”.

Esse é o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça. Vejamos:

“Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL APC3466195 DF
Registro do Acórdão Número: 77059
Data de Julgamento: 22/05/1995
Órgão Julgador: 3ª Turma Cível
Relator: VASQUEZ CRUXÊN
Publicação no DJU: 07/06/1995 Pág.: 7.774 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)

EMENTA

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. Procede quando reconhecido o ajuste da cessão de direitos, com promessa de compra e venda, assim como indubitado o pagamento do preço, situação em que os cessionários têm o sagrado direito de verem transferidos a propriedade sobre o bem, conforme preceituam os artigos 15, 16 e 22, do Decreto-Lei nº 58/37.

Decisão

Conhecer e negar provimento ao apelo, à unanimidade de votos.”

Nesse sentido, a renitência da apelante em proceder à outorga da escritura definitiva mostra-se clara, sendo cabível a pretensão da apelada.

Como dito alhures, a apelada sub-rogou-se nos direitos e obrigações dos cessionários iniciais, no momento em que adquiriu destes os direitos relativos ao imóvel descrito na peça preambular.

São claras as obrigações das partes. A da promissária-vendedora é a de outorgar a escritura definitiva, uma vez cumprida a parte da promissária-compradora e a desta é pagar pelo imóvel o preço avençado. Dessa forma, a obrigação de outorga da escritura deriva de contrato, quer tenha sido ou não registrado. É uma obrigação de fazer que, não satisfeita por quem deveria cumpri-la, torna-se perfeitamente substituível por uma decisão judicial, nos moldes do art. 641 do Código de Processo Civil.

Vê-se, portanto, que o registro do contrato é ato meramente acautelatório, a garantir o direito de propriedade do promissário-vendedor e ao mesmo tempo os direitos do adquirente, enquanto não transmitido o domínio do bem, já que poder-se-ia deferir uma adjudicação de imóvel que sequer pertenceria a ele, vendedor.

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme o seguinte aresto:

“Processo: RESP 188172 / SP; Recurso Especial 1998/0067311-3
Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira
Órgão Julgador: 4ª Turma
Data do Julgamento: 10/10/2000
Data da publicação: DJ 20.11.2000 pg. 299

EMENTA

DIREITO CIVIL. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. REGISTRO IMOBILIÁRIO. DESNECESSIDADE. SÚMULA/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- Nos termos do enunciado nº 239 da Súmula/STJ, o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.”

Assim, as relações jurídicas entre as partes regem-se pelos direitos obrigacional e contratual, sendo dispensável o registro do contrato firmando entre a apelada e os

cessionários iniciais. Observa-se, também, que a circunstância de o compromisso de compra e venda ter sido celebrado por intermédio de instrumento particular não registrado, não inviabiliza, por si só, a adjudicação compulsória pleiteada, apresentando-se hábil a sentença a produzir os efeitos da declaração da vontade omitida.

Por ser mera substituta da outorga definitiva, a adjudicação não transmite o domínio do bem, se sujeitando às mesmas exigências para a transcrição junto ao Cartório de Imóveis, inclusive com o devido pagamento dos impostos pertinentes. Desse modo, não procedem as alegações de que haveria supressão de impostos, caso a medida fosse deferida e que, por esse motivo, o DF deveria figurar como parte na presente demanda.

Nada há a prover quanto à exclusão dos réus Giovanni Antunes Meireles e Andréa Marisa Moreira Meireles, do pólo passivo da demanda, uma vez que a decisão homologatória da desistência não foi objeto de recurso, no prazo próprio.

Dessa forma, por não vislumbrar qualquer ocorrência ensejadora de modificação da r. sentença, deve a mesma prevalecer pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Des. Jair Soares (Revisor) - Trata-se de apelação de sentença que, em ação de adjudicação compulsória, julgou procedente o pedido, condenando a apelante a outorgar, no prazo de 30 dias, escritura definitiva do imóvel situado na CCSW 02, bloco B do Ed. Geraldo Carneiro, apartamento 105, Setor Sudoeste.

No agravo retido contra decisão que determinou a conclusão dos autos para sentença, alega-se cerceamento de defesa em face da ausência de fase instrutória.

O julgamento antecipado da lide, quando a questão proposta é exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não existir a necessidade de maior dilação probatória, não leva a cerceamento de defesa.

E ao Juiz, destinatário da prova, incumbe verificar a necessidade de sua realização que, se reputá-la desnecessária, procederá o julgamento antecipado, com o que não haverá cerceamento de defesa.

Não ocorreu, pois, cerceamento de defesa.

Nego provimento ao agravo retido.

A apelante argúi, em preliminar, ausência de interesse de agir. Diz não ter sido constituída em mora porque ausente prévia notificação para que outorgasse escritura pública do imóvel à apelada.

Verifica-se, no entanto, que ela tinha conhecimento da obrigação assumida na promessa de compra e venda, qual seja, a de “entregar todas as certidões exigidas pelo

cartório de registro de imóveis, livres e desembaraçadas de qualquer ônus, no ato da escrituração da unidade comprometida” (cláusula 5.1, f. 12).

Assim, cumprida a obrigação do promitente comprador, com o pagamento integral do preço, a apelante era obrigada a outorgar escritura do imóvel. A obrigação, portanto, tinha termo certo e determinado.

No entanto, a apelante não providenciou a outorga de escritura. Estava, portanto, em mora quando do ajuizamento da ação. Desnecessária a prévia notificação.

Ademais, como a própria apelante afirma, mesmo que tivesse sido constituída em mora para outorgar escritura pública definitiva do imóvel, “não poderia fazê-lo, porquanto, somente poderia transferir o bem à pessoa com quem firmou contrato, e não com terceiro” (f. 299).

A notificação prévia, assim, não passaria de mero ato inútil. Sua ausência é incapaz de caracterizar a falta de interesse de agir.

A apelante argúi, ainda, preliminar de ilegitimidade ativa e passiva. A questão confunde-se com o próprio mérito, razão pela qual será analisada posteriormente.

Rejeito as preliminares.

Quanto à aplicação dos efeitos da revelia, registre-se que o procurador da apelante retirou os autos da secretaria no dia 8.9.04, quando já designada audiência de conciliação para 22.9.04. A apelante, apesar de citada, não compareceu à audiência (f. 72), apresentando contestação intempestiva.

E os outros dois réus não apresentaram contestação. Com efeito, a manifestação à que faz referência a apelante (fls. 68/71) trata-se de pedido de desistência da ação, requerida pela autora, quanto aos dois outros réus, tendo em vista declaração de que não se opunham à adjudicação do imóvel.

Estes réus não compareceram aos autos, sendo excluídos do pólo passivo. Aplicável, assim, os efeitos da revelia à apelante.

A apelante sustenta a ilegitimidade ativa e passiva, vez que não participou do contrato de cessão de direitos e obrigações firmado entre a autora e os promitentes compradores do imóvel.

Aduz que sequer teve conhecimento deste contrato, e que ele não foi registrado em cartório, sendo inaplicável a terceiro que dele não participou.

A apelante consta no cartório de registro de imóveis como proprietária do bem, realizou contrato de promessa de compra e venda com Giovani Antunes Meireles e Andréa Marisa Meireles, que cederam os direitos e obrigações relativas ao imóvel à apelada, por contrato pré-notado junto ao cartório.

No referido contrato, comprometeu-se a outorgar escritura pública aos promitentes compradores. A apelada sub-rogou-se nesses direitos. Evidente, assim, a legitimidade das partes, como bem salientou o d. magistrado *a quo*:

“Prevalece em direito contratual o princípio de que os contratos não vinculam quem deles não fez parte. Ocorre que este princípio comporta exceções previstas na própria ordem jurídica.

Uma destas exceções é a possibilidade de o titular de um dos pólos da relação contratual ceder sua posição para terceiro, que passa a ser o novo titular dos direitos e obrigações assumidos pelo cessionário inicial.” (f. 262).

Ademais, ao contrário do que afirma, teve conhecimento dos contratos de cessão de direitos entabulados pelos promissários compradores e terceiros, tanto que autorizou *“a assinatura de quaisquer contratos particulares, escrituras públicas, recibos ou documentos pertinentes ou congêneres, que implicam na transferência das unidades imobiliárias vendidas aos representantes da Roda e Roda Comércio e Importação Ltda, exceto as unidades 606 do Bloco A, 104 e 206 do bloco B, todos do residencial Geraldo Carneiro, localizado na CCSW 02, Setor Sudoeste, Brasília-DF.”* (fls. 20/1).

Desta forma, ainda que a cessão de direitos não tenha sido registrada em cartório, a ciência da apelante do referido contrato a obriga perante o terceiro de boa-fé que pagou pelo imóvel e agora quer ver outorgada a respectiva escritura pública.

Sustenta, ainda, a apelante que o negócio que originou o compromisso de compra e venda do imóvel foi desfeito e, por isso, não pode haver adjudicação.

O negócio entre a apelante e os cessionários dos direitos sobre o imóvel, mesmo que desfeito, não impossibilita a outorga de escritura a terceiro de boa-fé, que adquiriu o bem com expressa autorização da apelante, pagando o preço.

Neste sentido, esta Corte decidiu no agravo de instrumento n. 2002.00.2.005865-4 interposto contra decisão que indeferiu liminar para obstar a alienação dos imóveis objetos do compromisso de compra e venda firmado com os cessionários do contrato em análise.

Confira-se trecho do voto do em. Desembargador Roberval Casemiro Belinati:

“Sustenta que é preciso que os imóveis fiquem indisponíveis até o julgamento final da ação principal, que terá por escopo a rescisão do contrato e a devolução dos imóveis, para evitar-se que sofram inúmeras vendas e sucessões, tomando-se assim impossível o seu retorno à agravante.

Razão, todavia, não assiste à agravante, porque os imóveis foram negociados mediante sua expressa autorização. Note-se que, em 03/10/2001, a agravante assinou a seguinte autorização, às fls. 386/387 dos autos:

‘(.) autorizamos a assinatura de quaisquer contratos particulares, escrituras públicas, recibos ou documentos pertinentes ou congêneres, que implicam na transferência das unidades imobiliárias

vendidas aos representantes da Roda e Roda Comércio e Importação Ltda, exceto as unidades 606 do Bloco A, 104 e 206 do bloco B, todos do residencial Geraldo Carneiro, localizado na CCSW 02, Setor Sudoeste, Brasília-DF.'

Ora, com base nessa autorização, os imóveis foram negociados pelos agravados com terceiros de boa-fé, que pagaram integralmente o preço avençado, segundo os autos.

Seria injusto impedir os terceiros de boa-fé de fazer a transferência dos imóveis para os seus nomes ou para os nomes de outras pessoas, tendo eles já pago o preço do negócio, por causa da pendência contratual existente entre a agravante e os agravados." (fls. 254/5).

Nego provimento.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - De acordo.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011103412-7

Apelantes - D.M. de A.L. e A.D.M.S.

Apelados - Os mesmos

Relator - Des. Nívio Gonçalves

Primeira Turma Cível

EMENTA

ASSÉDIO SEXUAL. REQUISITOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA.

I - Além dos termos impostos no art. 216 - A do Código Penal, a caracterização do assédio sexual exige: ser condição para dar ou manter o emprego, influir nas promoções da carreira do assediado, prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.

II - Não configurados os requisitos, ausente se faz o assédio, não havendo que se falar, conseqüentemente, em dano moral, posto que o mero dissabor ou contrariedade não lhe dão ensejo.

III - Se o dano moral não restou configurado, não há como acolher recurso adesivo que busca a sua majoração, restando o mesmo, prejudicado.

IV - Recurso do réu provido. Prejudicado o recurso adesivo. Invertido o ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, João Egmont Leôncio Lopes - Relator Originário, Nívio Gonçalves - Presidente, Revisor e Relator Designado e Natanael Caetano - Vogal, em dar provimento ao recurso do réu e julgar prejudicado o recurso adesivo, nos termos do voto do Revisor, maioria. Redigirá o acórdão o Revisor, sendo vencido o Relator, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por A.D.M.S. em face de D.M. de A.L., na qual a autora aduz em sua peça inicial que ingressou no

quadro de funcionários do CNPq em 08/08/1996 e em agosto de 2001 foi convidada a participar do Programa de Agricultura Familiar, oportunidade na qual veio a trabalhar na mesma sala do réu, sendo que mais três pessoas ocupavam o local. Afirma que o réu manifestou cordialidade excessiva com sua pessoa, agraciando-lhe com doces e seguindo-lhe pelas dependências da instituição. Assevera que o réu telefonou várias vezes para sua residência, em horários diferentes, inclusive finais de semana, alegando motivos profissionais. Sustenta que, em 28/11/01, recebeu *e-mail* do réu convidando-lhe para sair. Assinala que manifestou diretamente ao réu sua indignação com o convite e manifestou sua repulsa a todas atitudes.

A autora aduz que tentou mudar a região geográfica de seu trabalho para que o contato com o réu fosse minimizado, entretanto, não obteve sucesso. Afirma que, após voltar de férias foi informada que seria transferida para outro programa. A autora denunciou o ocorrido à Comissão de Ética do CNPq, a qual instaurou procedimento administrativo para apuração dos fatos, sendo que o réu utilizou sua defesa para atacar sua honra. Ao final, requer indenização no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

O réu apresenta contestação às fls. 46/56, alegando, preliminarmente, incompetência de juízo, pois julga que a causa deve desenvolver-se na esfera federal e ilegitimidade passiva. Assevera ainda que a inicial é inepta por ausência de causa de pedir. Afirma que a denúncia à Comissão de Ética ocorreu pelo fato de que a autora não se conformou com seu afastamento do programa de agricultura familiar, sendo que o réu passou a ser responsável por tal programa. Sustenta que suas manifestações na seara administrativa não tem o condão de ofender a honra da autora, vez que não houve *animus caluniandi*. Assinala que o fato narrado não dá direito à indenização e que ocorreu foi uma “exaltação” de dois servidores que caminhou para a via judicial.

Réplica às fls. 74/78.

A audiência de conciliação restou infrutífera. Durante a instrução foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes. Alegações finais juntadas às fls. 124/125 e 127/132.

A sentença de fls. 134/137 julgou o pedido inicial procedente e o requerido foi condenado no pagamento da importância de R\$4.000,00 (quatro mil reais) a título de danos morais, atualizada monetariamente a partir da data da sentença e acrescida de juros de 0,5% ao mês a partir da data de apresentação da defesa no procedimento administrativo. O requerido foi condenado ainda no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformado o ré interpõe recurso de apelação às fls. 143/156, aduzindo para tanto que a sentença não reconheceu a presença de assédio sexual e que o Procurador-Geral do CNPq concluiu que houve cerceamento de defesa no procedimento admi-

nistrativo. Afirma que a condenação se baseou nos depoimentos prestados perante a Comissão de Ética. Sustenta que suas declarações não constituem ofensa à honra e que o processo administrativo foi sigiloso. Insurge-se contra o valor da condenação, reputando-o excessivo e desproporcional. Assinala que a sucumbência foi recíproca, pois o valor pedido na inicial não foi atendido e impugna a data fixada para a fluência dos juros de mora, asseverando que não pode ser penalizado pela demora na propositura da ação.

Contra-razões às fls. 163/166.

A autora interpõe recurso adesivo às fls. 168/172, requerendo a fixação do valor da indenização nos termos da inicial o réu r apresenta resposta às fls. 187/193.

É o relatório.

À doutra revisão.

VOTOS

Des. João Egmont Leôncio Lopes (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos pelas partes, iniciando-se os exames pelo do demandado e após o adesivo.

Destarte, a r. sentença vergastada houve por bem condenar o Requerido no pagamento da importância de R\$4.000,00 (quatro mil reais) a título de danos morais, atualizada monetariamente a partir da data da sentença e acrescida de juros de 0,5% ao mês a partir da data de apresentação da defesa no procedimento administrativo, condenando-o ainda nos demais consectários de sucumbência - custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais, o apelante pugna pela reforma da r. sentença sob a alegação de que a decisão do MM Juiz *a quo* fundamentou-se nas peças produzidas durante o procedimento administrativo instaurado para apuração da denúncia formulada pela apelada.

Em que pesem os argumentos expostos na peça recursal, a pretensão do apelante não merece acolhida.

Com efeito, em primeiro lugar impende considerar, apenas para efeito de registro, conquanto o MM Juiz Sentenciante não tenha vislumbrado a presença de assédio indesejado na conduta do Apelante para com a Apelada, tenho para mim que a mensagem eletrônica (e-mail) enviada por aquele a esta (fl.16) e cuja autoria restou confessada, não deixa dúvida alguma quanto ao assédio denunciado nestes autos, bastando uma simples leitura no conteúdo daquela mensagem para se perceber que de fato a investida do Apelante junto à pessoa da Apelada não limitava-se apenas à cordialidade havida entre pessoas que trabalham no mesmo local e que mantém relação de amizade familiar.

Deste modo, ao convidar a Apelada para, numa sexta-feira, estarem juntos, quando o Apelante estaria “livre a partir de 14 horas até às 21 horas”, sua intenção não poderia ser outra, por óbvio, e a Apelada tinha todo o direito de sentir-se constrangida e assediada.

Todavia, como tais fatos não foram objeto de recurso, limito-me ao exame da matéria devolvida ao exame desta instância.

O apelante alicerça sua irresignação no fato de que o Procurador-Geral do CNPq considerou que houve cerceamento de defesa no aludido procedimento, visto que não houve depoimento das partes e recomendou maiores esclarecimentos de outras testemunhas arroladas, requerimentos acatados pela Comissão de Ética, conforme se infere da análise dos autos.

Não se pode olvidar que, embora o Ilustre Procurador-Geral do CNPq tenha oficiado pelo retorno dos autos para a realização de diligência, não houve contestação quanto às conclusões da Comissão de Ética, máxime no que diz respeito à tipificação da conduta do apelante.

Aliás, as expressões injuriosas foram proferidas pelo próprio Apelante (fls. 21/28), pouco ou nada importando se encontram-se contidas em procedimento sigiloso ou não, haja vista que tal fato, por si só, não possui o condão de excluir a culpabilidade da conduta.

Fosse assim estaria aberta a porteira para a impunidade, bastando que o ofensor alegasse que as ofensas teriam ocorrido em procedimento sigiloso que haveria imunidade.

Ora, o direito de defesa não constitui um manto sagrado sob o qual o indivíduo pode proteger-se em detrimento à honra de outrem, por outras palavras, não existe imunidade total no ato de defender-se. Caso fique constatado que houve excesso nos argumentos expressados, com a presença de atos injuriosos dissonantes da matéria em análise, configura-se o dever de indenizar os danos advindos da conduta.

Compulsando os autos, verifica-se que o apelante não circunscreveu sua defesa administrativa na contestação aos fatos que lhes foram imputados, ao revés, passou a atacar a honra da apelada, conforme se depreende da análise do seguinte trecho da r. sentença hostilizada, *in verbis*:

“Mas não se pode dizer o mesmo a respeito da conduta do réu quando apresentou a sua defesa no processo administrativo instaurado pelo CNPq. Sob o pretexto de estar relatando fatos que teriam sido noticiados pela autora, o autor mencionou que esta “ao comunicar o marido que se achava grávida do segundo filho, o mesmo perguntou: E quem é o pai?” (fl. 22). E não há nos autos nenhuma prova de que ela teria dito isso ao réu. Ora, tal afirma-

ção insinua que a autora teria traído o seu marido que, segundo consta, viajava constantemente em razão do trabalho. Evidente, portanto, o deliberado, reprovável e ilícito propósito de macular a honra da autora perante o órgão em que trabalhava. Todavia, rotular o seu comportamento de mesquinho não configura nenhuma ilicitude.”

Nesta esteira, as afirmações do apelante não podem ser tidas como meros aborrecimentos ou contratempos corriqueiros que não dão azo à indenização por danos morais, restando configurada a presença do *animus injuriandi* na conduta do apelante.

Conquanto possa ser ponderado que a defesa foi produzida durante o calor dos fatos, tal circunstância justifica sua conduta e nem o isenta de culpa, devendo, portanto, ser responsabilizado por seu despautério, diante do ataque à honra da apelada.

Razão assiste ao ilustre patrono da Apelada quando, em suas contra-razões à fl. 167 salienta, *in verbis*:

“Os litigantes trabalhavam no mesmo local, qual seja, CNPq. Em seguidas oportunidades, o apelante assediou a apelada, causando-lhe constrangimento e ofendendo a sua honra e moral. As investidas do apelante foram de tal intensidade que resultaram na instauração de um procedimento administrativo para apurar os fatos. No curso do referido procedimento, o apelante persistiu nas ofensas. Está registrado nos autos a forma como se referia às atitudes da apelada, afirmando que suas atitudes são “mentirosas”, “escusas”, “maldosas”, que “joga baixo”, etc. Mas não foi somente isso. O apelante, ao saber que a apelada estava grávida, indagou “e quem é o pai”?, mesmo sabendo que a apelante era uma mulher casada e conhecendo o seu esposo. Assim, incontestemente que os dizeres e atitudes que do apelante geraram imenso sofrimento moral e ofenderam profundamente a honra da apelada.” (*sic* fl. 167).

Com relação ao *quantum* arbitrado, tenho que andou bem o MM. Juiz.

Veja. O arbitramento do *quantum* indenizatório é questão tormentosa e deve ser fixado com prudência e de acordo com o caso concreto. A condenação por danos morais objetiva punir o ofensor, instando-o a não mais praticar a conduta que deu ensejo à indenização e objetiva, também, compensar o mal à pessoa que o experimentou.

Outrossim, não deve o valor ser irrisório, nem tampouco constituir em fonte de enriquecimento ilícito.

Na hipótese em testilha o *quantum* encontrado pelo douto Magistrado comparece razoável e proporcional diante das circunstâncias da causa, motivo pelo qual deve ser mantido.

Nesse sentido é o posicionamento da doutrina:

“Mas estou convencido de que, se o juiz não fixar com prudência e bom senso o dano moral, vamos torná-lo injusto e insuportável, o que, de resto, já vem ocorrendo em alguns países, comprometendo a imagem da Justiça.

Creio que na fixação do *quantum debeat* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessantes e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível e nada mais. Qualquer quantia a maior importará em enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.” (Cavaleri Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 81)

A jurisprudência dardeja no sentido da justa reparação, aplicando o princípio da lógica do razoável, conforme se extrai dos seguintes julgados:

“INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CONTRATO DE LOCAÇÃO - TRANSFERÊNCIA - FIANÇA - QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1 - (Omissis). 2 - (Omissis) - 3 - NA HIPÓTESE DE DANO MORAL, O QUANTUM INDENIZATÓRIO NÃO DEVE SER EXCESSIVO, MAS RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO DANO SOFRIDO, ATENDIDAS AS CONDIÇÕES DO OFENSOR, DO OFENDIDO E DO BEM JURÍDICO LESADO. 4 - RECURSOS CONHECIDOS. IMPROVIDO O DO AUTOR E PARCIALMENTE PROVIDO O DA RÉ. DECISÃO UNÂNIME.” (in APELAÇÃO CÍVEL 19990110151575, Relatora: DESEMBARGADORA HAYDEVALDA SAMPAIO, DJU 13/08/2003. Pág. 46)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUES. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. VALOR. CONTROLE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. - Na fixação da indenização por danos morais

devem ser levados em conta critérios preconizados pela doutrina e jurisprudência a fim de garantir a razoabilidade do *quantum* reparatório.” - (*Omissis*) (in RESP 347565/DF, DJ 09/09/2002 PG:00225, Relatora Min. NANCY ANDRIGHI).

Outrossim não é plausível considerar que a apelada decaiu em parte do pedido inicial, mesmo porque em se tratando de indenização por dano moral, o magistrado não está adstrito ao valor pedido na inicial, que é apenas estimativo, posto que o mesmo será fixado de acordo com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

A procedência do pedido inicial se configura com a obrigação de indenizar, sendo a fixação do *quantum* resguardada ao julgador.

Nesse diapasão merece destaque o posicionamento da mais escorreita corrente jurisprudencial, consubstanciado nos seguintes julgados:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. COMPRA E VENDA DE MERCADORIA. EMISSÃO DE DUPLICATA MERCANTIL. COBRANÇA BANCÁRIA. PAGAMENTO EFETIVADO A DESTEMPO. APONTAMENTO DEVIDO DOS TÍTULOS A PROTESTO. CANCELAMENTO. INCUMBÊNCIA DO DEVEDOR. INSCRIÇÃO NO SERASA. BAIXA. INCUMBÊNCIA DA CREDORA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVAÇÃO APÓS A QUITAÇÃO DO DÉBITO. NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA. ARBITRAMENTO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO AQUEM DO PEDIDO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INEXISTÊNCIA.

I - *Omissis*

II - *Omissis*

III - *Omissis*

IV - O valor indicado na petição inicial a título de indenização por dano moral é meramente estimativo, sendo certo que a fixação desse *quantum* incumbe exclusivamente ao prudente arbítrio do juiz, atento às finalidades precípua de tal reparação. Assim, considerado devido o ressarcimento, não há que se falar em sucumbência do autor.

V - Recurso improvido.” (in APELAÇÃO CÍVEL 20010110811598; Relator: DESEMBARGADOR NÍVIO GONÇALVES; DJU: 19/04/2005, pág. 15)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO PRETENDIDO NA INICIAL - VALOR ESTIMATIVO - ALEGADA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INEXISTÊNCIA. Na hipótese dos autos, é pacífico nesta Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual “o *quantum* pedido na exordial a título de indenização por dano moral é meramente estimativo” (Resp 488.024/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 04.08.2003). Com efeito, impende assinalar que o juiz não fica adstrito ao *quantum* indenizatório pretendido pelo autor, não há sucumbência recíproca quando o valor fixado é inferior ao pleiteado. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AG 408080/AP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ 11.04.2005 p. 218)

O recurso adesivo interposto pela autora pugna tão-somente pela majoração do *quantum* indenizatório, para que o mesmo seja fixado no valor pedido na exordial, ou seja, R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), todavia, tal questão foi sobejamente debatida quando da análise da apelação do réu, razão pela qual o pedido resta prejudicado.

Forte nas razões acima expostas, nego provimento aos recursos principal e adesivo, ficando, deste modo, mantida a r. sentença por seus próprios e doutos fundamentos.

É como voto.

Des. Nívio Gonçalves (Presidente e Revisor) - Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço ambos os recursos.

Trata-se de ação de reparação de dano moral, ajuizada por A.D.M.S. em desfavor de D.M. de A.L., visando o recebimento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ao argumento de que sofreu assédio sexual e ofensas por parte do réu.

Sentenciando às fls. 134 a 137, o MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF condenou o réu a indenizar o dano moral no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), corrigido monetariamente a partir da sentença, acrescido de juros de 0,5% ao mês a partir da defesa no procedimento administrativo. Ainda condenou-o nas custas e honorários de 10% sobre a condenação.

Irresignadas ambas as partes apelaram.

O réu (fls. 143 a 156), alegando que não foi reconhecido o assédio sexual; que houve cerceamento de defesa no processo administrativo que foi sigiloso e que suas declarações não constituem ofensa à honra. Sustenta o excesso da condenação

e a sucumbência recíproca, impugnando a data fixada para a fluência dos juros de mora.

Ao final, pugna pela improcedência do pedido inicial com a inversão da sucumbência ou que a indenização do dano moral seja reduzida para R\$ 1.000,00 (um mil reais), condenando a autora/apelada em honorários calculados sobre a diferença do pedido e a condenação.

A autora, em recurso adesivo (fls. 168 a 172), busca a majoração do dano para o valor inicialmente pedido.

Preparos regulares às fls. 157 e 173.

Contra-razões às fls. 163 a 166 e 187 a 194.

É, em apertada síntese, o que consta.

Analiso conjuntamente, ambos os apelos, já que o objeto do recurso adesivo da autora está contido no apelo do réu.

Vejamos a lei de regência, em relação ao assédio sexual:

Código Penal - Art. 216-A: Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Além dos termos impostos legalmente, a caracterização do assédio sexual exige:

- a) ser condição para dar ou manter o emprego;
- b) influir nas promoções da carreira do assediado;
- c) prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.

Tais fatos não restaram comprovados nos autos, nem foi o assédio reconhecido em sentença. Entretanto, o réu ainda restou condenado no dano moral pelo fato de, em defesa no processo administrativo, fl.22, referir-se a diálogos ocorridos entre as partes litigantes, contando que quando a apelada noticiou ao marido a segunda gravidez o mesmo lhe perguntou quem era o pai. De tal diálogo e outros não apresentou provas, o que culminou em sua condenação.

Entretanto, é de se esclarecer, que tanto o ilícito penal contra a honra como o ilícito civil decorrente de ofensa a essa, em qualquer de suas modalidades, não podem existir senão mediante o dolo específico que lhe é inerente, ou seja, a vontade consciente de ofender a honra ou a dignidade da pessoa.

Não restando caracterizado o dolo, o que remanesce é a livre expressão do pensamento. Não há o ilícito quando o sujeito pratica o ato com ânimo diverso, como o *animus narrandi*, configurado nos autos, onde o réu se referiu aos diálogos que teve com a autora para se defender e não para ofendê-la, restando ausente a intenção de injuriá-la ou difamá-la. A prova da intenção lesiva há que ser demonstrada por quem a alega.

Neste sentido, o entendimento desta egrégia Corte:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Consoante disposição contida no art. 333, inciso I, do CPC, incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, consistente na demonstração da culpa ou dolo da parte ré no evento supostamente danoso à sua imagem. O descumprimento do ônus processual que lhe competia redundava na improcedência do pleito indenizatório.” (APC5140799-DF, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Jeronymo de Souza, DJU: 25/08/1999, pág. 61).

Ademais, os diálogos mencionados pelo réu/apelante, constam apenas de processo administrativo, ao qual pouquíssimas pessoas têm acesso, não tendo o caso repercussão de grande alcance. Ainda que tal menção tenha causado algum dissabor à autora, tal fato não é suficiente para caracterizar o dano e dar ensejo à indenização pretendida.

Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

A mera contrariedade ou aborrecimento cotidiano não dão ensejo ao dano moral. Recurso especial não conhecido. (RESP 592776 / PB, - 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 22.11.2004, pág. 359).

O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.” (REsp 215.666, RSTJ 150/382).

Desta feita, entendo ausentes tanto o assédio sexual como o dano moral, restando improcedente o pedido da exordial.

Se o alegado dano não restou configurado, não há como acolher o recurso adesivo que busca a sua majoração.

Isto posto, e pelo que dos autos consta, dou provimento ao recurso do réu e nego provimento ao recurso adesivo. Conseqüentemente inverte o ônus da sucumbência.

É como voto.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhor Presidente, ouvi o que foi exposto da tribuna, assim como os votos dos ilustrados Relator e Revisor.

Quanto ao assédio sexual, parece-me que descabe qualquer consideração, uma vez que a sentença já afastou daquele relacionamento, que houve entre a autora e o réu, a caracterização do assédio sexual.

Quanto à configuração do dano moral, acompanho o eminente Revisor. Não vejo em que afirmações feitas em defesa, num procedimento administrativo, possa caracterizar dano moral a ensejar reparação.

Com a devida vênia do eminente Relator, acompanho integralmente o voto do eminente Revisor para dar provimento ao recurso do réu e julgar, conseqüentemente, improcedente a ação que lhe foi proposta. E considero, de conseqüência, prejudicado o recurso adesivo.

DECISÃO

Deu-se provimento ao recurso do réu e julgou-se prejudicado o recurso adesivo, nos termos do voto do Revisor, maioria. Redigirá o acórdão o Revisor, sendo vencido o Relator.

— • —

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011062312-7

Apelante - Max Casado de Melo

Apelado - Distrito Federal

Relator - Des. Vasquez Cruxên

Terceira Turma Cível

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES: FAZENDA PÚBLICA. REVELIA E CONFISSÃO. MÉRITO: TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: ILEGITIMIDADE PASSIVA. I - Inviável a aplicação irrestrita dos efeitos da revelia e da confissão à Fazenda Pública. O art. 320, inc. II, do CPC, estabelece que não ocorrem os efeitos da revelia, “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”. E entendem-se como indisponíveis os direitos da Fazenda Pública, tanto mais quando se cuida de anulação de questões de concurso público. II - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer aduzindo não vislumbrar nenhum óbice legal a inviabilizar a contratação pela Administração de termo aditivo a contrato de prestação de serviço. Pretensão do Tribunal de Contas local em responsabilizar o advogado solidariamente com os administradores que praticaram o referido ato administrativo: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. III. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido amplo. IV - Apelo a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Vasquez Cruxên - Relator, Lécio Resende - Revisor e Mário-Zam Belmiro, sob a presidência do Desembargador Lécio Resende,

em conhecer; rejeitar as preliminares e prover o recurso, tudo à unanimidade, na conformidade com o que consta da ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília/DF, 22 de agosto de 2.005.

RELATÓRIO

Adoto, inicialmente, o relatório constante da r. sentença de fls. 166/167, *verbis*:

“MAX CASADO DE MELO, ajuizou Ação Anulatória de Ato Administrativo, com pedido de antecipação de tutela, pelo procedimento comum e rito ordinário, em desfavor do DISTRITO FEDERAL, visando o reconhecimento da nulidade da Decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal nº. 9.262/2000.

Narra o autor que a Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal realizou inspeção no BRB visando examinar a regularidade de contrato celebrado entre o BRB e a empresa BIANCHESSI & CIA. AUDITORES; que foi constatado dano aos cofres públicos no valor de R\$17.667,00 em razão da celebração do I Termo Aditivo ao Contrato DIRAD/DESEG nº. 96/028; que em virtude de Decisão do TCDF o autor foi considerado responsável e condenado ao pagamento de multa no valor de R\$630,00 (seiscentos e trinta reais); que na qualidade de consultor jurídico do BRB não pode ser responsável por atos administrativos, sob pena de ofensa ao Estatuto da Advocacia; que o autor não pode ser julgado pelo Tribunal de Contas por não ser ordenador de despesa; que em caso de acréscimo de termo aditivo ao contrato o responsável pela verificação das condições de execução do contrato é o Departamento de Contratações, órgão técnico competente para comparar preço unitário e quantitativos de horas do Termo Aditivo do contrato; que ao incluir o autor como responsável e condená-lo ao pagamento de multa, o TCDF feriu o art. 2º, §3º, da Lei nº. 8.906/94; que o controle externo do Tribunal de Contas é incabível sobre a atividade técnico-jurídica do autor. Requer, ao cabo, a declaração da nulidade parcial das Decisões nºs. 9.262/2000 e 3.551/2002, proferidas nos autos do Processo Administrativo nº. 7.563/96 e a condenação do réu nos consectários sucumbenciais. Instruíram a inicial os documentos de fls. 19-134.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido à fl. 136.

O Distrito Federal foi devidamente citado, apresentou contestação às fls. 142/149, afirmando que os documentos juntados aos autos demonstram grave erro cometido pelo autor que importa na licitude do julgamento pela Corte de Contas; que foi constatada a ausência de regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira dos licitantes, em afronta aos arts. 29 e 31 da Lei nº. 8.666/93. Pugna pela improcedência do pedido formulado pelo autor.

Réplica às fls. 154/159.”

Acrescento que sobreveio sentença julgando improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$200,00 (duzentos reais), sob o fundamento de que não há ilegalidade do ato praticado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, posto que restou devidamente comprovado que o autor contribuiu para a formação do ato administrativo que culminou com a celebração do Termo Aditivo do contrato que causou dano ao Erário e que a responsabilidade que lhe foi imposta não está afeta às prerrogativas advocatícias e sim à sua manifestação de vontade, integrante do ato complexo que culminou com dano ao Erário.

Irresignado, apela o autor aduzindo, preliminarmente, nulidade da sentença por ausência de manifestação judicial quanto à revelia do requerido, decorrente da intempestividade de sua contestação, *ex vi* do art. 188 do CPC, acrescentando que no presente feito não se cuida de direito indisponível, hábil a afastar a aplicação da revelia, mas, sim, da anulação de um ato administrativo, sem relevo patrimonial. Acrescenta que o Distrito Federal também é confesso, porquanto não se desincumbiu do ônus de impugnar os argumentos lançados na peça inicial.

No mérito, aduz que não poderia ser julgado pelo Tribunal de Contas como se fosse um Administrador Público, porque não exerceu qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não tendo ordenado despesa, utilizado, gerenciado, arrecadado, guardado ou administrado, dinheiro ou valores públicos, limitando-se a examinar, na qualidade de consultor jurídico do BRB, uma minuta de termo aditivo ao contrato de prestação de serviços de auditoria, celebrado entre esse ente da Administração Indireta do Distrito Federal e a empresa Bianchessi & Cia Auditores.

Acrescenta, ainda, que possuindo o BRB órgão técnico competente para verificar o preço unitário praticados por “homem/hora”, resta patente que tal atribuição na cabia ao advogado encarregado de analisar o termo aditivo, por lhe faltar legitimidade para deflagrar investigação para aferir o acerto da GECOT - Gerência de Contratos, de onde decorre que não pode subsistir solidariedade entre o apelante e os administradores do

BRB, uma vez que o advogado não pratica ato de gestão. Colacionou jurisprudência em prol de sua tese.

Pugna pela redução dos honorários advocatícios.

Finaliza, postulando o provimento do recurso.

Preparo regular à fl. 190.

Contra-razões do Distrito Federal às fls. 193/198, pugnando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Vasquez Cruxên (Relator) - Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de Apelação Cível interposta por MAX CASADO DE MELO, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo, que ajuizou em desfavor do DISTRITO FEDERAL, julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 200,00 (duzentos reais), sob o fundamento de inexistência de ilegalidade do ato praticado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, posto que restou devidamente comprovado que o autor contribuiu para a formação do ato administrativo que culminou com a celebração do Termo Aditivo de contrato que causou dano ao Erário e que a responsabilidade que lhe foi imposta não está afeta às prerrogativas advocatícias e sim à sua manifestação de vontade, integrante do ato complexo que culminou com dano ao Erário.

Aduz, inicialmente, a nulidade da sentença por ausência de manifestação judicial quanto à revelia do requerido, decorrente da intempestividade de sua contestação, *ex vi* do art. 188 do CPC, acrescentando que no presente feito não se cuida de direito indisponível, hábil a afastar a aplicação da revelia, mas, sim, da anulação de um ato administrativo, sem relevo patrimonial. Acrescenta que o Distrito Federal também é confesso, porquanto não se desincumbiu do ônus de impugnar os argumentos lançados na peça inicial.

No mérito, aduz que não poderia ser julgado pelo Tribunal de Contas como se fosse um Administrador Público, porque não exerceu qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não tendo ordenado despesa, utilizado, gerenciado, arrecadado, guardado ou administrado, dinheiro ou valores públicos, limitando-se a examinar, na qualidade de consultor jurídico do BRB, uma minuta de termo aditivo ao contrato de prestação de serviços de auditoria, celebrado entre esse ente da Administração Indireta do Distrito Federal e a empresa Bianchessi & Cia Auditores.

Acrescenta, ainda, que possuindo o BRB órgão técnico competente para verificar o preço unitário praticados por “homem/hora”, resta patente que tal atribuição na cabia ao advogado encarregado de analisar o termo aditivo, por lhe faltar legitimidade para deflagrar investigação para aferir o acerto da GECOT - Gerência de Contratos, de onde decorre que não pode subsistir solidariedade entre o apelante e os administradores do BRB, uma vez que o advogado não pratica ato de gestão. Colacionou jurisprudência em prol de sua tese.

Pugna, outrossim, pela redução dos honorários advocatícios.

Finaliza, postulando o provimento do apelo.

Passo à apreciação do recurso.

Quanto à preliminar de nulidade da sentença por ausência de manifestação judicial relativa à revelia do requerido, decorrente da intempestividade de sua contestação, tenho que não está a merecer amparo.

Atinente à questão, perfilho o entendimento no sentido de que, em nosso sistema jurídico, os interesses defendidos pela Fazenda Pública são indisponíveis, sobretudo quando versam, como no presente caso, sobre patrimônio público e moral da Unidade da Federação, pelo que não há se falar em aplicação, em seu desfavor, dos efeitos da revelia, tendo em vista a configuração do impeditivo constante do inc. II do art. 320 do CPC. No mesmo sentido vem entendendo a jurisprudência pátria, confira-se:

“Revelia. Efeitos. Pessoa jurídica de direito público. Exclusão quando se trata de direitos indisponíveis. Artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil. Anulação do processo a partir do saneador que decretou a revelia. Recurso provido para esse fim. Votos vencedor e vencido.

(...)

Ora, em nosso sistema, os direitos da Fazenda Pública são indisponíveis, razão pela qual se entende que não alcançam os efeitos da contumácia (cf. Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, n. 152; Flaks, Comentários à Lei da Execução Fiscal, nº. 251), tese que já mereceu beneplácito não só do Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJESP, LEX, v. 88/244, v. 92/221), como do Pretório Excelso, com expressa referência ao texto de Calmon de Passos (cf. RTJ, 84/631).”

14ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Des. DINIO GARCIA, in RJTJESP 110/52.

Essa Eg. Corte de Justiça já se posicionou em sentido similar, *verbis*:

“Inviável a aplicação irrestrita dos efeitos da revelia à Fazenda Pública. O art. 320, inc. II, do CPC, estabelece que não ocorrem os efeitos da re-

velia, “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”. E entendem-se como indisponíveis os direitos da Fazenda Pública, tanto mais quando se cuida de anulação de questões de concurso público. (...)” (APC 37.550/95, DJ 17-04-96, pág. 5.594, Relator Des. MÁRIO MACHADO).

Assim, rejeito a preliminar.

Da mesma sorte, tenho que não procede a preliminar que objetiva a aplicação da pena de confissão, com a aplicação dos consequentes efeitos, à vista da ausência de impugnação específica. A uma porque, da análise da peça de contestação, resta patente que o ente federativo, embora de forma concisa, manifestou-se especificamente sobre os pontos deduzidos na exordial; e, a duas, porque, ainda que assim não fosse, como já asseverado acima, por se configurarem os interesses defendidos pela Fazenda Pública como indisponíveis, não se lhe seria possível aplicar os efeitos da revelia, consectário lógico da pena de confissão.

Rejeito, portanto, também essa preliminar e passo a arrostar o mérito.

Conforme narrado na peça vestibular, a 1ª Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal realizou inspeção no BRB - BANCO DE BRASÍLIA S.A., colimando examinar a regularidade do Contrato DIRAD/DESEG nº. 96/028 e do I Termo Aditivo, celebrados entre essa entidade da Administração Indireta do Distrito Federal e a empresa BIANCHESSI & CIA. AUDITORES, que culminou na constatação de dano ao erário, no importe de R\$17.667,00, resultante, segundo concluiu, da prática de atos de gestão em desacordo com a legislação vigente, com responsabilização do apelante, entre outros participantes, por decisão do TCDF, confirmada em sede judicial pela r. sentença objurgada, sob o fundamento de que o mesmo contribuiu para a formação do respectivo ato administrativo, causando dano ao patrimônio público, bem como no que sua responsabilidade decorre das disposições da Lei nº. 4.717/65, a qual responsabiliza aqueles que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato lesivo ou ainda que por omissão tiverem dado oportunidade à lesão ao patrimônio público, acrescentando que esta responsabilização não está afeta às prerrogativas advocatícias e sim à manifestação de vontade integrante do ato complexo que ensejou o dano ao patrimônio público.

Buscando ilidir tais argumentos, assevera o apelante que não poderia ser julgado pelo Tribunal de Contas como se fosse um Administrador Público, porquanto não exerceu qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não tendo ordenado despesa, utilizado, gerenciado, arrecadado, guardado ou administrado, dinheiro ou valores públicos, limitando-se a examinar, na qualidade de consultor jurídico do BRB, uma minuta de termo aditivo ao contrato de prestação de serviços de auditoria, celebrado entre o BRB S.A. e a empresa Bianchessi & Cia Auditores.

Entendo que a melhor solução para o litígio se assemelha àquela apresentada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança nº. 24.073-3/DF, no sentido de que *“O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução ex-officio da lei.”*

Portanto, consoante se deduz da ilustrada dicção da excelsa Corte de Justiça, o parecer jurídico proferido por procurador ou advogado de empresa pública possui mero caráter opinativo, de índole não vinculante para a Administração, como, de resto, assenta também a mais abalizada doutrina, consoante se pode depreender do escólio do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

“Pareceres - Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.” Sublinhei. (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª ed., Malheiros Ed., pág 185).

Outrossim, de se salientar são passíveis de prestação de contas tão-só aquelas pessoas elencadas no parágrafo único, do art. 70, da Carta Política Federal, que assim dispõe:

“Art. 70 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.”

A Lei Orgânica do Distrito Federal, estabelecendo no âmbito distrital, a competência do Tribunal de Contas, estabeleceu que:

“Art. 78 - O controle externo, a cargo da Câmara Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao qual compete:

I - (...)

II - julgar as contas:

- a) dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta e indireta ou que estejam sob sua responsabilidade, incluídos os das fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público do Distrito Federal, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;
- b) dos dirigentes ou liquidantes de empresas incorporadas, extintas, liquidadas ou sob intervenção ou que, de qualquer modo, venham a integrar, provisória ou definitivamente, o patrimônio do Distrito Federal ou de outra entidade da administração indireta;
- c) daqueles que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome do Distrito Federal ou de entidade da administração indireta;
- d) dos dirigentes de entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições, subvenções, auxílios e afins, até o limite do patrimônio transferido;”

Portanto, não se constituindo em ato administrativo o parecer jurídico elaborado pelo apelante, e nem tendo ele exercido qualquer ato de guarda, gerência ou administração de bens ou valores públicos, bem como não tendo atuado como ordenador de despesas, nem exercido qualquer função de diretoria ou execução administrativa, impróprio se afigura tenha figurado na decisão nº. 4/99, proferida pelo plenário do Tribunal de Contas do Distrito Federal, como um dos responsáveis por prejuízos causados à Fazenda Distrital.

Assim entendeu, inclusive, o Conselheiro Relator do processo nº. 7.563/96, julgado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, acerca da análise do Contrato DIRAD/DESEG-96/028, entabulado pelo BANCO DE BRASÍLIA S.A e a empresa BIANCHESSI & CIA. AUDITORES, para o qual, malgrado a decisão majoritária da Corte em sentido contrário:

“data vênia da instrução, não merece prosperar sua proposta de penalizar o Consultor Jurídico do Banco que, sob o aspecto jurídico da con-

tratação, singelamente constatou “...não constatamos óbice legal que a inviabilize” (fl. 184). Se o preço unitário homem-hora não foi contestado pelo órgão técnico competente e o valor do termo aditivo se comportava nos limites da autorização legal (25%)...o que mais precisaria ser dito no Parecer?”

De outra parte, cumpre salientar que a responsabilidade do autor, asseverada pelo magistrado *a quo*, decorrente das disposições da Lei nº. 4.717/65, diz respeito, na verdade, à legitimidade para figurar no pólo passivo da Ação Popular, o que não é o caso dos autos.

Outrossim, não se pode olvidar da garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado, consignada no art. 133, da Carta Política Federal, estabelecendo que o respectivo profissional *é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

De outra parte, do que se extrai da legislação infraconstitucional, o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido amplo, o que, à toda evidência, não restou configurado na hipótese.

Destarte, forte em tais argumentos, dou provimento ao apelo para, reformando a r. sentença objugada, julgar procedente o pedido deduzido na exordial, declarando a nulidade parcial da Decisão nº. 9.262/2000, item III, ‘a’, proferida na Sessão Ordinária nº. 3.549, de 07-12-2000 e a Decisão nº. 3.551/2002, item III, proferida na Sessão Ordinária nº. 3.691, de 05-09-2002, nos autos do Processo Administrativo nº. 7.563/96, excluindo definitivamente o apelante do rol de responsáveis da Tomada de Contas que deu origem ao referenciado processo, anulando, via de consequência, a aplicação de multa fixada na Decisão nº. 3.551/2002, no valor de R\$630,00 (seiscentos e trinta reais). Via de consequência, inverte o ônus da sucumbência, ficando o apelado isento do pagamento das custas processuais em face de sua qualidade.

É como voto.

Des. Lécio Resende (Presidente e Revisor) - Primeiramente, analisei as preliminares suscitadas pelo apelante, entendendo que as mesmas merecem ser rejeitadas, consoante dispôs o eminente Desembargador Relator.

Quanto ao mérito, examinei detidamente os autos, e, mais uma vez, me coloco de acordo com o eminente Relator.

É o voto.

Des. Mário-Zam Belmiro - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Rejeitadas as preliminares. Deu-se provimento ao Recurso. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011068807-4

Apelantes - Edvaldo Correa de Lima e outros, POUPEX - Associação de Poupança e Empréstimo

Apelados - Os mesmos

Relator - Des. Flavio Rostirola

Primeira Turma Cível

EMENTA

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DO COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. NÃO-INADIMPLÊNCIA DO CONSIGNANTE. UTILIZAÇÃO DA TR. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPENSATÓRIOS. SISTEMA PRICE. ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR DE FINANCIAMENTO.

Caracteriza hipótese de manejo de ação consignatória os casos em que há divergência/litígio quanto aos valores devidos. Caso permaneça ainda discrepância de valores, após o julgamento da ação de Conhecimento - Revisão de Cláusula, impõe-se o julgamento parcialmente procedente da ação consignatória, a fim de se evitar que o consignante, a quem assiste, em parte, razão, suporte o ônus da inadimplência desde o ajuizamento da consignatória.

Não é defesa a utilização da TR em contratos de mútuo imobiliário. O entendimento lançado pela Corte Constitucional, inclusive, apenas veda sua aplicação, em substituição a outros índices, nos contratos avençados em data anterior à Lei nº 8.177/91, mostrando-se indispensável, em qualquer tipo de contrato, a sua expressa adoção pelas partes.

A questão posta é a de que o índice contratual estava atrelado tão somente à correção monetária do capital, não sendo, portanto, a TR, o índice que possa ser adotado em substituição, uma vez que restou destacado o entendimento de que a TR vai além da correção monetária.

A pactuação de juros compensatórios não abriga, em princípio, nenhuma ilegalidade, sobretudo quando não caracterizada a usura, como no caso. Os juros obviamente são frutos do capital. O financiador imobiliário pode efetuar a cobrança de juros compensatórios destinados a remunerar o capital emprestado.

O Sistema *PRICE* denota a capitalização dos juros, em sua forma composta, configurando o rechaçado anatocismo, devendo ser substituído, no contrato em testilha, pelo SAC - Sistema de Amortização Constante, tal como requerido pelo autor.

Não é ilegal o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para, em seguida, proceder ao abatimento da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação. Recursos parcialmente providos. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Flavio Rostirola - Relator, José Divino - Revisor e Nívio Gonçalves - Presidente e Vogal, em dar parcial provimento ambos os recursos. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações, interpostas nos autos das ações de Revisão de Cláusula e Consignação em pagamento, propostas por Edvaldo Correa de Lima e outros, contra POUPEX - Associação de Poupança e Empréstimo, em face da sentença una que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na Revisão de Cláusula e IMPROCEDENTE o pedido formulado na Consignatória.

A ação de Revisão de Cláusula tinha por escopo a revisão no saldo devedor do contrato de financiamento imobiliário entabulado entre as partes, desde sua assinatura até a execução de sentença, com declaração de nulidade de todas as cláusulas consideradas abusivas, segundo os seguintes critérios: que o saldo devedor fosse corrigido após a dedução da parcela de amortização que compõe a prestação mensal; substituição de aplicação da TR; retirada de juros capitalizados; retirada do percentual de 15% referente ao CES - Coeficiente de Equiparação Salarial e revisão dos percentuais dos índices pré-fixados aplicados aos seguros MPI - Morte e Invalidez Permanente e DFI - Dano Físico ao Imóvel; mudança no sistema de amortização do saldo devedor de *PRICE* para SAC - Sistema de Amortização Constante e cancelamento da hipoteca.

A ação consignatória visava o deferimento dos depósitos de parcelas vincendas; a declaração de quitação das parcelas consignadas, bem como a determinação de que a POUPEX fosse compelida a não levar à execução extrajudicial o contrato habitacional enquanto não transitasse em julgado as ações que discutem os valores do saldo devedor

e da prestação, abstando-se de inscrever o nome e o CPF dos consignantes nos cadastros de inadimplentes dos diversos órgãos de proteção ao crédito.

O Juiz sentenciante julgou por sentença una os feitos nos seguintes termos (fl. 159):

“quanto à ação de revisão, julgo procedente em parte o pedido formulado pelos autores para determinar que seja procedida a amortização mensal antes da correção do saldo devedor; que seja substituída a TR pelo INPC desde o início do contrato para efeito de correção do saldo devedor, bem como seja retirada a incidência de juros sobre juros, devendo ser feito o recálculo das prestações mensais e do saldo devedor, nos termos desta sentença. Quanto à consignatória, julgo improcedente o pedido.”

A parte autora apelou no sentido de ver a sentença reformada quanto ao pedido referente ao percentual do CES - Coeficiente de Equiparação Salarial aplicado no contrato, bem como quanto à improcedência da ação consignatória. Para tanto, aduzindo sucintamente as seguintes razões:

- a) A aplicação do percentual caracterizaria cláusula abusiva, uma vez que desproporcional, atingindo frontalmente o princípio da paridade contratual, ferindo, ainda, o disposto no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, incisos IV e XV;
- b) a sentença não poderia falar em insuficiência dos valores depositados, mormente porque os autores lograram êxito quase que na integralidade da demanda revisional, razão porque a quantia depositada em juízo quita parte do montante das parcelas que se venceram ao longo da demanda. Alegam também que caberia à apelada receber o *quantum* depositado, utilizando-se das vias próprias para cobrar o restante que entendesse devido.

A apelada, em contra-razões, alega que se mostra correta a aplicação do CES - Coeficiente de Equiparação Salarial porque o contrato em questão seria regido pela Lei nº 8.692/93, arts. 6º e 8º, que estipula que o encargo mensal é acrescido do CES, fazendo referência, ainda, à Resolução nº 1.446/88 do Conselho Monetário Nacional e à Circular N. 1.278/88 do Banco Central que falam do Coeficiente em questão, nada mencionando quanto à consignatória.

A POUPEX, por sua vez, em sua apelação, aborda os seguintes pontos:

“Quanto à aplicação da TR, os agentes financeiros (como a Poupepex) seriam obrigados a obedecer normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional (que sucedeu a antigo BNH), não sendo livres para exigir percentuais diferentes. Dessa forma, o índice de correção do saldo devedor seria o mesmo utilizado para a correção de poupança conforme determinação legal (Lei n. 8.177/91, art. 18, § 2º) e contratual, até mesmo para que fosse mantido o equilíbrio financeiro do contrato, eis que os recursos para aplicação em financiamentos imobiliários são derivados dos depósitos em poupança.”

Acrescenta, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário incursionar nos critérios eleitos pelo legislador e pelo administrador público, quanto ao método de cálculo dos fatores que serão utilizados como indexadores econômicos, não sendo matéria afeita ao Estado-Juiz. Descabido, portanto, extrair do critério utilizado pelo legislador qualquer consideração respeitante à abusividade de cláusulas contratuais.

Quanto à ocorrência de capitalização de juros, a apelante afirma que existe atecnia na sentença vergastada, uma vez que a expressão não seria sinônima de juros sobre juros e que a capitalização de juros pode se dar na forma simples ou composta, sendo somente a segunda sinônima de anatocismo. Assim, a capitalização de juros, na sua forma simples, utilizada pela requerida, seria permitida legalmente, não existindo, inclusive, proibição para utilização da tabela *Price*.

Quanto à forma de amortização do saldo devedor, a Poupepex diz ter sido contrariada a cláusula décima do contrato pela sentença recorrida. Aduz também que a forma de cálculo prevista no contrato foi estipulada de acordo com a resolução nº 1.980 do Banco Central do Brasil, referendada pelo Conselho Monetário Nacional, atual responsável pelas atribuições do então extinto BNH - Banco Nacional de Habitação. A resolução assim dispõe:

“Art. 20. A Amortização decorrente do pagamento de prestações deve ser subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua amortização monetária, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data.”

Assim, a apelante diz atualizar o saldo devedor, para após, subtrair a amortização decorrente do pagamento das prestações, agindo conforme comando legal. Alega que o sentenciante se equivoca quando assevera que mencionada resolução contraria o disposto na alínea “c”, do art. 6º, da Lei nº 4.380/64, pois a mesma lei define a com-

petência do atual Conselho Monetário Nacional para orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro da Habitação.

Por fim, a apelante requer a reforma da sentença, nos pontos destacados, uma vez que seu prolator teria contrariado o que determina a lei, o que fora avençado pelas partes e a jurisprudência, devendo permanecer as condições contratuais avençadas no mútuo hipotecário, mormente no que diz respeito à forma de amortização do financiamento, a aplicação da taxa referencial e dos juros contratuais.

Em sede de contra-razões, os apelados-autores, afirmam que os agentes financeiros também se submetem ao crivo do aplicador do direito, podendo o magistrado intervir nos pactos.

Prosseguem argumentando que a correção do saldo devedor do financiamento, antes da amortização das parcelas, contraria o disposto na Lei nº. 4.380/64.

Quanto à prática do anatocismo, registraram que o Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente quanto à nulidade da cláusula que prevê o sistema *Price* por caracterizar a capitalização dos juros.

Quanto à aplicação da TR como índice de correção monetária, asseveram que o entendimento da Suprema Corte foi de que a TR não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário de captação de depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Assim afirmam (fl. 219):

“A Taxa Referencial - TR, como é sabido tem por objetivo expressar o custo do dinheiro, segundo a lei da oferta e da procura pela moeda e não sua atualização monetária. Caracteriza-se, portanto, como um plus que se acrescenta à expressão monetária”

Acrescenta, ainda, a parte apelada-autora, que, ao celebrar o contrato, estipulou-se como forma de remunerar o capital e convencionou-se como índice de correção desse capital, o mesmo que seria utilizado para atualizar os depósitos de caderneta de poupança. No caso, se fosse utilizada a TR, acumular-se-ia os juros embutidos no índice com os juros contratuais pactuados, resultando em anatocismo.

Finaliza, a apelada, argumentando que a TR deveria ser afastada levando-se também em consideração o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, requer que seja negado provimento ao recurso mantendo-se o disposto em sentença.

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Trata-se de apelações, interpostas nos autos das ações de Revisão de Cláusula e Consignação em pagamento, propostas por Edvaldo Correa de Lima e outros, contra POUPEX - Associação de Poupança e Empréstimo, em face da sentença una que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na Revisão de Cláusula e IMPROCEDENTE o pedido formulado na Consignatória.

1 . Passo à análise primeiramente da apelação do autor.

DA APLICAÇÃO DO CES - COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL

No que diz respeito à aplicação do percentual do Coeficiente de Equiparação Salarial, como apropriadamente asseverou o magistrado sentenciante, o autor não trouxe aos autos prova do então alegado, limitando-se a afirmar que a parte ré desrespeitou o disposto na Lei 8.692/93, sem trazer sequer os índices que então deveriam ser utilizados. A ré, por sua vez, demonstrou em sua peça contestatória observar o pactuado, aplicando o devido reajuste. Ressalte-se que não há óbice legal à aplicação do CES, contudo, a prova da abusividade deverá ser trazida pelo autor, conforme inclusive entende a jurisprudência deste Tribunal:

“(...) 3 - A ABUSIVIDADE DA INCIDÊNCIA CONTRATUAL DO CES - COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL DEPENDE DE PROVA A SER PRODUZIDA PELO DEVEDOR (...)” I

“(...)05. A APLICAÇÃO OU NÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, POR SI SÓ, NÃO TEM O CONDÃO DE DESVIRTUAR A NATUREZA DO CONTRATO, MESMO PORQUE NÃO SE APONTOU A EXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NO CONTRATO A ENSEJAR DESVANTAGEM EXAGERADA EM PREJUÍZO DOS CONSUMIDORES. 06. QUANTO À INAPLICABILIDADE DO COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL - CES, TENHO QUE PROCEDE O PLEITO DA APELANTE, TENDO EM VISTA QUE NO ITEM 04 DO QUADRO RESUMO (FL. 48), ESTÁ EXPRESSO A SUA INCIDÊNCIA, INEXISTINDO QUALQUER ÔBICE LEGAL QUE IMPLIQUE A SUA EXCLUSÃO E, ALÉM DISSO, TEM PREVISÃO NA RESOLUÇÃO 36, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1969, QUE REGULAMENTOU O REAJUSTAMENTO DAS PRESTA-

ÇÕES NO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO E CRIOU O PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (...)” 2

“(…) PARA O RECÁLCULO DO COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL É NECESSÁRIO QUE O APELANTE FAÇA PROVA DA ABUSIVIDADE DO ÍNDICE EFETIVAMENTE APLICADO(…)”³

Nesse sentido, irretocável a sentença.

DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA

A ação consignatória foi julgada improcedente, assim dispondo a fundamentação (fl. 159):

“(…) o valor informado pelos consignantes, ou seja, a quantia de R\$ 148,92 (cento e quarenta e oito reais e noventa e (sic) centavos) não retrata a exata composição da parcela mensal, pois nem tudo foi tido como irregular, não podendo a presente ação atingir sua finalidade que é a declaração de extinção da obrigação, isto é, o efeito liberatório esperado, pois justa a recusa da ré em receber valor inferior ao efetivamente devido, não se podendo impor à ré esse ônus de receber menos do que tem direito. Assim, não merece acolhimento o pedido dos consignantes”.

É bem verdade que, uma vez não havendo procedência integral da ação de revisão, os valores então consignados não expressariam o valor devido. Contudo, não há que se considerar totalmente improcedente a ação consignatória, pois o valor cobrado também não correspondia ao valor que deveria ser pago.

Caracteriza hipótese de manejo da mencionada ação os casos em que há divergência/litígio quanto aos valores devidos. Caso permaneça ainda discrepância de valores, após o julgamento da ação de conhecimento - Revisão de Cláusula, impõe-se o julgamento parcialmente procedente da ação consignatória, a fim de se evitar que o consignante, a quem assiste, em parte, razão, suporte o ônus da inadimplência desde o ajuizamento da consignatória.

Destarte, se é justa a recusa em receber valor inferior, é igualmente justa a recusa em pagar valor superior, motivo pelo qual deve ser julgada parcialmente procedente a ação consignatória, devendo os valores remanescentes ser apurados em liquidação de sentença e cobrados pelas vias legais.

2 . Analiso, agora, a apelação apresentada pela parte ré.

Antes de qualquer abordagem, mister se faz tecer considerações quanto à afirmação da ré de que a matéria em questão não está afeita ao Estado-Juiz.

Impende, neste ponto, destacar que o Estado-Juiz sempre poderá se pronunciar sobre as questões que lhes são apresentadas, desde que na forma da lei, sobretudo as que guardem relação com matérias de ordem pública, não havendo óbice, inclusive, quanto à apreciação de critérios adotados pelo legislador e pelo administrador público, mormente quando estiverem em conta o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

DA APLICAÇÃO DA TR

Criada pela medida provisória 294/91, posteriormente convertida na Lei nº 8.177, de 01.03.1991, que estabeleceu normas para a desindexação da economia, a TR - Taxa Referencial apresenta como finalidade não a simples e pura correção monetária do capital, mas a sua remuneração, consoante uma média de remuneração praticada no mercado financeiro.

Nesse diapasão, o Excelso Pretório firmou entendimento, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 493, no sentido de que a TR não representa índice de correção monetária. Seu escopo não se encerra, portanto, na remuneração do capital, recompondo o valor aquisitivo da moeda. O seu alcance mostra-se maior, na medida em que reflete as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo.

Entretanto, não é defesa sua utilização em contratos de mútuo imobiliário. O entendimento lançado pela Corte Constitucional, inclusive, apenas veda sua aplicação, em substituição a outros índices, nos contratos avençados em data anterior à Lei nº 8.177/91, mostrando-se indispensável, em qualquer tipo de contrato, a sua expressa adoção pelas partes.

Confira-se:

“Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice

de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, *caput* e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.”⁴

A questão posta é a de que o índice contratual estava atrelado tão somente à correção monetária do capital, não sendo, portanto, a TR, o índice que possa ser adotado em substituição, uma vez que restou destacado o entendimento de que a TR vai além da correção monetária. Aqui, tal como na ADI supra-referida, não cabe sequer a discussão de aplicação do índice criado (TR) a contratos pretéritos com efeitos futuros porque ela simplesmente é índice de natureza completamente diversa do pactuado entre as partes.

Neste aspecto, permito-me acrescentar, nesta fundamentação, a ilustre explanação do Ministro Moreira Alves na ADI supracitada:

*“(...) Apesar de impostas pela lei certas cláusulas como obrigatórias num contrato; uma vez apostas a ele passam a integrá-lo como fruto de ato de vontade inclusive da parte que a ele adere, e, conseqüentemente, daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vierem a celebrar-se depois, de sua entrada em vigor. Não há ato jurídico parcialmente perfeito, conforme suas cláusulas decorram de autonomia da vontade ou resultem de ordem pública(...)”*⁵

Note-se que até mesmo a jurisprudência fartamente colacionada pela apelante, denota a necessidade de que a aplicação da TR seja acordada expressamente entres os contratantes, bem como a vedação de sua aplicação a contratos anteriores à edição da lei de referência (fls. 177/189/190).

Por conseguinte, acertadamente o magistrado deu provimento ao pedido dos autores no sentido que a TR seja substituída pelo INPC, para efeitos de correção do saldo devedor, por ser este o índice que mais guarda fiel relação com o então contratado pelas partes.

DA CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS

A questão da capitalização dos juros, aqui entendida, na sua forma composta, sinônima do anatocismo, reside, segundo os autores, na adoção da TR como índice de correção monetária do saldo devedor (questão já abordada) e na adoção de juros compensatórios e tabela *PRICE*.

Não é novidade que o anatocismo é anatematizado em nosso ordenamento jurídico, notadamente na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33) e Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal. A grande controvérsia repousa, todavia, na identificação da ocorrência desse fenômeno.

A pactuação de juros compensatórios não abriga, em princípio, nenhuma ilegalidade, sobretudo quando não caracterizada a usura, como no caso. Os juros, obviamente, são os frutos do capital. O financiador imobiliário pode efetuar a cobrança de juros compensatórios destinados a remunerar o capital emprestado. A Lei nº 9.514/97, que trata do Sistema de Financiamento Imobiliário, inclusive, traz como diretrizes do contrato de mútuo imobiliário, dentre outras, a remuneração do capital emprestado. *In verbis*:

“Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais:

- I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;
- II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;
- III - capitalização dos juros;
- IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente”.

Observe-se que até mesmo a capitalização dos juros restou prevista. Ocorre que a capitalização referida seria a obtida pelo sistema linear, ou seja, a simples.

A POUPEX, entretanto, adota a fórmula da Tabela *PRICE* (ou Sistema Francês) que desenvolve, em seu bojo, a capitalização composta dos juros (juros sobre juros), então vedada.

Para corroborar a afirmação supra, vejamos alguns conceitos relacionados à Tabela *PRICE*:

O autor de matemática financeira, Walter de Francisco, diz que o Sistema *PRICE* consiste em colocar um capital a juros compostos capitalizados mensalmente a uma taxa anual, juros que, no fim de cada período, são somados ao capital no início do respectivo período para produzirem novos juros no período seguinte.⁶

Jose Dutra Vieira Sobrinho afirma que “*a denominação da tabela price se deve ao matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no século XVIII e que incorporou a teoria dos **juros compostos** às amortizações de empréstimos (ou financiamento). A denominação “Sistema Francês”, de acordo com o autor citado, deve-se ao fato de o mesmo ter-se efetivamente desenvolvido na França, no Século XIX. Esse sistema consiste em um plano de amortização de uma dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, dentro do conceito de termos vencidos, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas parcelas distintas: uma de juros e uma de capital (chamada amortização) **grifado.***”⁷

A tese de doutorado de Mário Magela Pereira, Plano Básico de Amortização pelo Sistema *Price* Francês e respectivo fator de conversão, da FCEA - Universidade de São Paulo, de 1965, já dizia que, de fato, não resta a menor dúvida que ao Dr. Richard Price se deve a incorporação da teoria dos juros compostos à amortização dos empréstimos.

Seria muitíssimo apropriado, num aspecto prático, analisarmos um exemplo de aplicação da tabela *PRICE* e seu efetivo efeito quanto aos juros aplicados. Contudo, satisfaço-me, em meu posicionamento, com os conceitos trazidos.

Diante disso, ciente da existência de posicionamentos contrários, não me rogo em afirmar que a o Sistema *Price* denota a capitalização dos juros, em sua forma composta, configurando o rechaçado anatocismo, devendo ser substituído, no contrato em testilha, pelo Sistema SAC - Sistema de Amortização Constante, tal como requerido pelo autor.

Nesse sentido, frise-se, já decidi essa ilustre Turma, em voto de lavra do respeitabilíssimo colega, Natanael Caetano:

“1 - CONSTITUI ANATOCISMO, VEDADO PELO ARTIGO 4.º DA LEI DA USURA (DECRETO N.º 22.626/33), O EMPREGO DA TABELA PRICE COMO FATOR DE AMORTIZAÇÃO, POR SER DA SUA ESSÊNCIA A CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS, O QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COM O NOSSO SISTEMA JURÍDICO⁸.”

DA FORMA DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR

A apelante adota, quando da atualização do saldo devedor, o previsto na Resolução nº 1.980 do Banco Central do Brasil, referendada pelo Conselho Monetário Nacional, ou seja, atualiza-se o saldo devedor, para depois se subtrair a amortização decorrente do pagamento das prestações. Esse inclusive tem sido o entendimento reiterado lançado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“(...)Na linha da jurisprudência desta Corte, não é ilegal o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para , em seguida, proceder ao abatimento da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação. A propósito, confirmam-se os REspS 427.329-SC, DJ 9.6.2003 e 479.034-SC, julgado em 11.11.2003.”9

Assim, acompanho o entendimento da Corte Superior, dando provimento ao pedido da apelante-ré para determinar que a correção do saldo devedor se dê antes da amortização.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL às apelações, devendo a sentença hostilizada ser reformada nos termos do presente voto.

Na ação de Revisão de Cláusula:

Custas pela parte requerida, POUPEX - Associação de Poupança e empréstimo, diante da sucumbência mínima da parte autora.

Fixo honorários em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), considerando o teor do artigo 20, § 4º, c/c artigo 21, ambos do Código de Processo Civil. Desses, R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) em favor da parte autora, e R\$ 600,00 (seiscentos reais) em favor da parte ré.

Na ação consignatória:

Custas divididas igualmente entre as partes.

Fixo honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), considerando o disposto nos artigos supramencionados, esses divididos na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, ou seja, R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada.

É o meu voto.

Des. José Divino (Revisor) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

EDVALDO CORREA DE LIMA e sua mulher ajuizaram ações de conhecimento (revisão de cláusulas e consignatória), subordinadas ao rito ordinário, em desfavor de

POUPEX - ASSOCIAÇÃO DE POUPANÇA E EMPRÉSTIMO. Buscam a revisão do contrato firmado entre as partes para financiamento de imóvel, declarando-se a nulidade de cláusulas abusivas e cancelamento da hipoteca. Na ação consignatória, pretendem depositar judicialmente os valores que entendem devidos.

A r. sentença (fls. 144/160) julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na ação de conhecimento e improcedente a consignatória.

Inconformadas, ambas as partes apelaram. Os autores pretendendo a exclusão da aplicação do CES - Coeficiente de Equiparação Salarial e pugnando pela procedência do pedido deduzido na ação de consignação em pagamento. A ré, por seu turno, sustenta a legalidade das cobranças e pede a improcedência dos pedidos.

É a summa dos fatos relevantes.

RECURSO DO AUTOR

CES - COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL - LEGALIDADE

A r. sentença não merece ser reformada no tópico em comento, uma vez que tal índice - CES - Coeficiente de Equiparação Salarial - é parte integrante do Plano de Equivalência Salarial - PES, cuja aplicação encontra respaldo na Resolução nº 1.446/88 do Conselho Monetário Nacional, bem como na Circular nº 1.278/88. Nesse sentido:

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PREQÜESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DO CES. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE 84,32%. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. (...)

Possível a utilização do CES - Coeficiente de Equiparação Salarial quando previsto contratualmente, presente o PES - Plano de Equivalência Salarial.

(...)”¹⁰

AÇÃO CONSIGNATÓRIA - PROCEDÊNCIA PARCIAL

No que pertine à ação consignatória, observa-se que foram parcialmente afastados os argumentos que tornariam os valores depositados pelos autores/apelantes aptos à liberação das obrigações assumidas, motivo pelo qual deve ser julgada parcialmente procedente.

APELAÇÃO DA RÉ

TR - SUBSTITUIÇÃO - INPC

A POUPEX não se conforma com a r. sentença no tópico em que considerou ilegal a aplicação da TR para a correção monetária, substituindo-a pelo INPC.

Razão lhe assiste. Com efeito, as partes elegeram como índice de reajuste do saldo devedor o adotado para remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança

(fls. 31, cláusula 29^a). Considerando que os saldos de poupança são corrigidos pela Taxa Referencial a partir da vigência da Lei nº 8.177/91, de forma indireta, elegeram esta como fator de reajuste.

A propósito, destaco os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. NÃO CONHECIMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO DEVEDOR. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL. TABELA PRICE.

(...)

2. A TR, com o julgamento da ADIn 493, não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio, tendo apenas o seu âmbito de incidência limitado ao período posterior à edição da Lei 8.177, de 1991.

3. Aplica-se a Taxa Referencial aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH, ainda que anteriores a entrada em vigor da Lei 8.177/91, mas que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos da poupança.

4. Em nosso sistema, não é permitida a capitalização de juros (súmula 121/STF), salvo quando a lei expressamente a admite, o que não ocorre na legislação que regula o Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Precedentes.

5. O sistema de amortização pela “Tabela Price” pode importar a incorporação de juros sobre juros, circunstância essa cuja verificação não é cabível em sede de recurso especial, já que supõe exame de prova e de interpretação de cláusula contratual (Súmulas 05 e 07/STJ). Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, provido.”¹¹

“CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO. CARTEIRA HIPOTECÁRIA. SALDO DEVEDOR CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. ADMISSIBILIDADE. COBRANÇA CONCOMITANTE COM JUROS REMUNERATÓRIOS. LEGALIDADE.

I. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera

a caderneta de poupança livremente pactuado. Precedentes.

II - (...)

III. Primeiro recurso conhecido e provido. Segundo recurso conhecido e desprovido.”

“CONTRATO DE MÚTUO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH). CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.. REAJUSTE. ÍNDICE. TAXA REFERENCIAL (TR). (...) (...)

É lícita a utilização da TR como fator de atualização da dívida em contrato de mútuo hipotecário, se os contratantes pactuaram a correção das prestações e do saldo devedor pelo índice de atualização dos saldos dos depósitos em caderneta de poupança livre que, após o advento da Lei nº 8.177/94, passou a ser a TR.

Decisão: NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DOS AUTORES, MAIORIA, E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ, UNÂNIME.”¹²

Como visto, embora o contrato em apreço tenha sido firmado após a entrada em vigor da Lei nº 8.177/91, não há nenhuma ilegalidade na correção do saldo devedor pelo índice de remuneração da poupança. Portanto, a r. sentença merece ser reformada no particular.

TABELA PRICE

Em diversas ocasiões, manifestei-me no sentido da impossibilidade de utilização do denominado Sistema Francês de Amortização. Na hipótese em apreço, os apelantes pretendem substituir a “Tabela Price” pelo Sistema de Amortização Constante - SAC.

A medida realmente se impõe, acarretando, *ipso facto*, a confecção de novos cálculos, porquanto, conforme obtemperou o eminente Des. Nívio Gonçalves:

“(…) Urge que a Justiça se detenha com maior profundidade na análise da legalidade da aplicação da indigitada Tabela Price em contratos de financiamento pelo SFH, especialmente - mas não só - os firmados após o advento do CDC.

Questiona-se, há muito, a incidência de anatocismo na fórmula desse sistema de amortização, já havendo, inclusive, jurisprudências paulistanas que a reconhecem. Alguns se dedicam a demonstrá-la matematicamente e outros se dedicam a estampar o contrário.

O fato, contudo, é que nem mesmo entre os especialistas existe consenso acerca do tema, o que leva à conclusão lógica de que sua aplicação violenta o princípio da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas ajustadas devem imperar na formação do referido negócio jurídico.

Outro detalhe que clama por mais acurada atenção do Poder Judiciário é concernente ao efeito de verdadeira ‘bola de neve’ que o emprego do SFA - Sistema Francês de Amortização, somado à correção do saldo devedor e à absurda amortização anual posterior ao reajustamento geral gera sobre a dívida, tornando-a iniludivelmente impagável.

Não se desconhece que, pelo método francês intitulado *Price*, se aplica sobre o valor disponibilizado ao mutuário a fórmula inerente a esse sistema de amortização, que, aliás, já contém os juros pactuados projetados para todo o prazo previsto no contrato, desde a primeira até a última prestação; a partir daí, tem-se o valor das mensalidades devidas, sendo que a primeira metade delas é praticamente destinada ao pagamento de todo o juro devido pelo montante tomado.

Assim sendo, no primeiro ano, por exemplo, o mutuário, pagando quase que só os juros, praticamente não amortiza nada do saldo devedor, mas este principal, ainda praticamente intocado, já sofre atualização antes mesmo de se abater o pouco amortizado, conforme o procedimento de praxe dessas instituições.

A mesma situação é repetida no segundo, terceiro, quarto, quinto ano, quando, normalmente, só então o mutuário percebe a cilada e o desespero é inevitável, pois nessa altura ele já pode constatar que, em verdade, apesar de já ter desembolsado uma pequena fortuna, para seus padrões, ele só pagou juros à instituição financeira e, ao invés de vislumbrar alguma redução em sua dívida, ainda que modesta, constata que ela está mesmo é bem maior que há cinco anos.

Pior, ao buscar a tutela jurisdicional, essa pouco tem podido ajudar, pois que exsurge claro e insofismável que as fórmulas financeiras mirabolantes empregadas nesses contratos são elaboradas para não serem compreendidas senão pelos próprios bancos, tanto assim, que, como já anotado supra, nem os experts chamados a prestar os esclarecimentos técnicos de que se ressentem o julgador encontram consenso em suas conclusões.

À Justiça incumbe o poder fiscalizador, reprimindo o abuso de poder econômico que visa flagrantemente o aumento arbitrário dos lucros, dando, assim, efetividade ao art. 173, § 4º, da Constituição Federal...”¹³

SALDO DEVEDOR - CORREÇÃO MONETÁRIA - ABATIMENTO DA PRESTAÇÃO MENSAL - LEGALIDADE

Também entendia que a amortização decorrente do pagamento de cada parcela devia ser efetivada antes do reajuste do saldo devedor do contrato, conforme preconiza a alínea ‘c’ do art. 6º da Lei nº 4.380/64, sendo inaplicável o que dispõe o art. 20 da Resolução nº 1.980/83 do BACEN, uma vez que o poder regulamentar não pode se sobrepor o que dispõe a lei regulada. Todavia, o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que:

“SFH. MÚTUO HIPOTECÁRIO. SALDO DEVEDOR REAJUSTE. INCIDÊNCIA DA TR. SISTEMA FRANCÊS DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE. LEGALIDADE.

I - (...)

II - “Na linha da jurisprudência desta Corte, não é ilegal o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para, em seguida, proceder ao abatimento da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeira da Habitação. A propósito, confirmam-se os REspS 427.329-SC, DJ 9.6.2003, e 479.034-SC, julgado em 11.11.2003.”(AG 538990/RS-Sálvio de Figueiredo, Quarta Turma, DJ de 14/5/2004).

III - Agravo regimental desprovido.”¹⁴

Em conclusão, a apelação da POUPEX deve ser provida tão-somente para declarar a legalidade das cláusulas que prevêm a correção do saldo devedor antes da dedução da prestação mensal, bem como a aplicação da TR para atualização do saldo devedor.

Por seu turno, o recurso dos autores deve ser acolhido parcialmente apenas para julgar procedente em parte a ação consignatória.

A ré arcará com o pagamento das custas na ação de revisão de cláusula. Quanto aos honorários, fixo-os em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), sendo R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) para a autora e R\$ 600,00 (seiscentos reais) em favor da ré.

Na consignatória, custas em partes iguais. Arbitro os honorários em R\$2.000,00 (dois mil reais), sendo metade para cada uma das partes.

Ante o exposto, dou parcial provimento a ambos os recursos, nos termos acima preconizados.

É como voto, Senhor Presidente.

Des. Nívio Gonçalves (Presidente e Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Deu-se provimento parcial a ambos os recursos. Unânime.

Notas

- 1 *TJDFT - APELAÇÃO CÍVEL 2002 01 1 0496320 APC DF - ACORDÃO N. 215001 - 4ª TURMA CÍVEL - JULGADO EM 21/05/2005 - PUBLICADO NO DJU DE 31/05/2005 - RELATOR: CRUZ MACEDO.*
- 2 *TJDFT - APELAÇÃO CÍVEL 2002 01 1 0298089 APC DF - ACÓRDÃO N. 214013 - 5ª TURMA CÍVEL - JULGADO EM 07/03/2005 - PUBLICADO NO DJU DE 02/06/2005 - RELATOR: ROMEU GONZAGA NEIVA.*
- 3 *TJDFT - APELAÇÃO CÍVEL 2002 01 1 0048246 APC DF - ACÓRDÃO N. 205072 - 6ª TURMA CÍVEL - JULGADO EM 20/11/2004 - PUBLICADO NO DJU DE 15/02/2005 - RELATORA: ANA MARIA DUARTE AMARANTE.*
- 4 *STF - ADI 493/DF - JULGADA EM 25/06/1992 - TRIBUNAL PLENO - PUBLICADO NO DJ DE 04/04/1992 - RELATOR: MIN. MOREIRA ALVES*
- 5 *Idem.*
- 6 *Walter de Francisco, Matemática Financeira, 3ª Ed., Atlas, 1977, p.44.*
- 7 *José Dutra Vieira Sobrinho, Matemática Financeira, 6ª Ed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 220.*
- 8 *TJDFT - APELAÇÃO CÍVEL 2004 01 1 0398494 APC DF - ACÓRDÃO N. 216409 - DATA DO JULGAMENTO 02/05/2005 - 1ª TURMA CÍVEL - PUBLICADO NO DJU 09/06/2005 - RELATOR: NATANAEL CAETANO*
- 9 *AG 538990/RS - Sálvio de Figueiredo, Quarta Turma, DJ de 14/05/2004.*
- 10 *RESP nº 568192/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.*
- 11 *REsp 615351/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.*
- 12 *APELAÇÃO CÍVEL 20010110831446APC DF, 4ª Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Bittencourt.*
- 13 *ApC nº 2001.01.1.057347-4, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Nívio Gonçalves.*
- 14 *AgRg no AG 523632/MT; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2003/0093953-6, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.*



APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011069691-2

Apelante - Nova Amazonas Indústria, Comércio e Importação de Alimentos Ltda.

Apelado - Distrito Federal

Relator - Des. Asdrubal Nascimento Lima

Quinta Turma Cível

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO (TFLI). CONSTITUCIONALIDADE. BI-TRIBUTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

I - Equivoca-se o apelante ao argumentar que a cobrança da TFLI - Taxa de Fiscalização de Localização, Instalação e Funcionamento - tem idêntica base de cálculo do IPTU, violando o artigo 145, § 2º da Constituição Federal. Com efeito, a base de cálculo para o IPTU é, nos moldes do disposto no artigo 33 do Código Tributário Nacional, o valor venal do imóvel. Em contrapartida, a Taxa de Fiscalização, Localização, Instalação e Funcionamento (TFLI) tem como base de cálculo a área efetivamente utilizada pelo contribuinte, de acordo com o preceitua o artigo 12, § 2º e 4º, da Lei Complementar nº 336/2000, com as alterações constantes do § 1º da Lei Complementar nº 383/2001. Assim, se o contribuinte exerce atividade econômica em sua residência, somente a área efetivamente utilizada para o seu desempenho é considerada como base de incidência da TFLI, o contrário do IPTU, em que se leva em consideração o valor de todo o imóvel.

II - Devem ser mantidos os honorários advocatícios fixados na sentença *a quo* se evidenciado que foram arbitrados de forma equitativa pelo julgador monocrático, atendendo os critérios estabelecidos nas alíneas “a”, “b” e “c”, do § 3º do artigo 20, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Asdrubal Nascimento Lima - Relator,

Haydevalda Sampaio - Revisora e Dácio Vieira - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador Asdrubal Nascimento Lima em conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 17 de março de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de AÇÃO DE ANULAÇÃO DE COBRANÇA ajuizada pela NOVA AMAZONAS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA em face do DISTRITO FEDERAL, onde pleiteia a autora seja declarada a ilegalidade da cobrança da Taxa de Fiscalização de Localização, Instalação e Funcionamento (TFLI), instituída pela Lei Complementar nº 336/2000, regulamentada pelo Decreto nº 22.167/2001, isentando a autora dos pagamentos anuais sucessivos que decorram da imposição da referida norma legal.

O magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Irresignada, interpõe a autora recurso de apelação (fls. 91/96), acompanhado da respectiva guia de preparo (fl. 97).

Alega, em resumo, que a TFLI mostra-se inconstitucional, uma vez que poderia ser exigida somente no início da atividade empresarial ou na alteração da atividade ou do endereço, sendo que qualquer dessas possibilidades ocorreu no caso concreto.

Sustenta, ainda, que, de acordo com o artigo 8º, da Lei Complementar nº 336/2000, o fato gerador da TFLI é o poder de polícia exercido por meio da autorização, vigilância e fiscalização do cumprimento da legislação disciplinadora do uso e da ocupação do solo do DF, visando disciplinar localização e o funcionamento dos estabelecimentos situados no Distrito Federal; todavia o Distrito Federal não comprovou o efetivo exercício dessa função fiscalizadora, não havendo, por essa razão, efetiva caracterização da taxa, em face da inexistência de contraprestação.

Fala, ademais, que a cobrança da aludida taxa viola o disposto no artigo 145, § 2º, da Constituição Federal, porque tem base de cálculo idêntica ao do IPTU - Impostos Territorial Urbano - qual seja, a metragem dos imóveis.

Insurge-se, também, o apelante com sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios no valor R\$ 1.000,00 (hum mil reais). Assevera que tal montante é totalmente desproporcional à realidade dos autos.

Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja julgados procedentes os pedidos formulados na peça inaugural ou, se assim não entender esta eg. Turma, que sejam reduzidos os honorários advocatícios fixados na instância *a quo* para o mínimo legal.

Contra-razões às fls. 101/120.
É o relatório.

VOTOS

Des. Asdrubal Nascimento Lima (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Verifico, após compulsar os autos que a matéria aqui em discussão já foi objeto de julgamento pelo Conselho Especial da Magistratura na ADIN 7770-6, quando se posicionou pela constitucionalidade da TFLI. Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 336/2000. DECRETO Nº 22.167/2001. ARTS. 125, §§ 2º E 3º E INC. II, E 128, INC. IV, AMBOS DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. BASE DE CÁLCULO. FATO GERADOR. IDENTIDADE COM O IPTU. BITRIBUTAÇÃO NÃO CONFIGURADA DE PLANO. LIMINAR INDEFERIDA. I - DIVERSA DO IPTU, A BASE DE CÁLCULO DA TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO É TÃO-SOMENTE A ÁREA EFETIVAMENTE UTILIZADA PARA ATIVIDADE COMERCIAL, INDEPENDENTE DO DOMÍNIO OU DA ÁREA TOTAL DO IMÓVEL, E COBRADA COMO CONTRAPARTIDA AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA; O CONTRIBUINTE DO IMPOSTO “É O PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL, O TITULAR DO SEU DOMÍNIO, OU O SEU POSSUIDOR A QUALQUER TÍTULO”, ENQUANTO O DA TAXA “É TODA PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, PROFISSIONAL, COMERCIAL, INDUSTRIAL, PRODUTORA, SOCIEDADE, ASSOCIAÇÃO CIVIL OU INSTITUIÇÃO PRESTADORA DE SERVIÇOS COM ESTABELECIMENTO OU ATIVIDADES NO DISTRITO FEDERAL”; AINDA, O FATO GERADOR DA TAXA É A EMISSÃO DE LICENÇA PARA FUNCIONAMENTO, ENQUANTO O DO IPTU É A PROPRIEDADE. II - NÃO ESTANDO LATENTE A PROPALADA IDENTIDADE ENTRE A TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO E O IPTU, NÃO SE PODE TER POR CONFIGURADA DE

PLANO QUALQUER OFENSA AO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE VEDA A BITRIBUTAÇÃO. III - LIMINAR INDEFERIDA” (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 20010020077706ADI DF, Conselho da Magistratura, **Relator : NÍVIO GONÇALVES, Publicação no DJU: 19/02/2002 Pág. : 66).**

Acrescento, pois, ser equivocado argumento do apelante de violação ao disposto no artigo 145, § 2º da Constituição Federal, que dispõe que *as taxas não poderão ter base de cálculo própria dos impostos*. Isso porque a TFLI e o IPTU não são tributos com idêntica base de cálculo.

Com efeito, a base de cálculo para o IPTU é, nos moldes do disposto no artigo 33 do Código Tributário Nacional, o valor venal do imóvel. Em contrapartida, a Taxa de Fiscalização, Localização, Instalação e Funcionamento (TFLI) tem como base de cálculo a área efetivamente utilizada pelo contribuinte, de acordo com o preceitua o artigo 12, § 2º e 4º, da Lei Complementar nº 336/2000, com as alterações constantes do § 1º da Lei Complementar nº 383/2001.

Assim, se o contribuinte exerce atividade econômica em sua residência, somente a área efetivamente utilizada para o seu desempenho é considerada como base de incidência da TFLI, o contrário do IPTU, em que leva-se em consideração o valor de todo o imóvel.

Não há que se falar, assim, em infringência ao § 2º do artigo 145 da Magna Carta, em face da não identidade entre a base de cálculo da taxa que ora se discute a constitucionalidade e o IPTU.

Ademais, na TFLI, o fato gerador é o poder de polícia exercido por meio da autorização, vigilância e fiscalização do cumprimento da legislação disciplinadora do uso e da ocupação do solo do Distrito Federal, consoante dispõe o § 4º, art. 12, LC Nº 336/2000. Logo, não se confunde com o IPTU, cujo fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel.

Acerca do tema, assim manifestou-se o Colendo STF:

“TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CONSTITUCIONAL. O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas Municí-

palidades, da taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia. Recurso extraordinário conhecido e provido”.(RE 276564/SP, Relator Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 02.02.01)

No tocante ao argumento do apelante de que o réu deixou de comprovar o efetivo exercício da função fiscalizadora, observo que a aludida taxa não exige contraprestação direta por parte do Estado, uma vez que tem como fato gerador o poder de polícia exercido por meio de autorização, vigilância e fiscalização.

Quanto aos honorários advocatícios fixados na sentença *a quo* vejo que foram arbitrados de forma equitativa pelo julgador monocrático, atendendo os critérios estabelecidos nas alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, não havendo, por essa razão, motivo para modificá-los.

Desse modo, deve ser mantida na íntegra a sentença *a quo*, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e condenou o apelante ao pagamento da verba sucumbencial.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, a fim de manter íntegra a r. sentença *a quo*.

É como voto.

Desa. Haydevalda Sampaio (Revisora) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de ação ordinária, apensada aos autos da ação cautelar inominada, proposta por NOVA AMAZONAS INDÚSTRIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. em desfavor do DISTRITO FEDERAL, tendo o sentenciante, simultaneamente, em uma única sentença, julgado improcedentes os pedidos, condenando a Autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Irresignada, apelou a Autora. Insurge-se contra a r. sentença, repisando os argumentos da peça inicial. Alega, ainda, que o valor da verba honorária é excessivo. Requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a r. sentença.

Outro recurso, nos autos em apenso, foi interposto, pleiteando a reforma de r. sentença, para manter a liminar deferida anteriormente, ou, caso assim não se entenda, que a condenação em honorários advocatícios seja reduzido ao mínimo permitido.

Na presente hipótese, julgados simultaneamente os processos, cabível apenas uma apelação, abordando os dois feitos; porém, para evitar prejuízo à parte, aconselhável que se examine, em uma única decisão, as apelações.

O ponto nodal da questão versa sobre a comprovação do efetivo exercício da função fiscalizadora, que autoriza a cobrança da TFLI, bem como a identidade de base de cálculo da referida taxa com o IPTU.

O caso em testilha já se encontra pacificado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como a desta Egrégia Corte de Justiça.

Confira-se:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CONSTITUCIONAL. O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas Municipalidades, da taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 276564/SP, Relator Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 02.02.01)

“EMENTA: - Constitucional. Tributário. Taxa de Fiscalização e Funcionamento: Base de Cálculo. IPTU. Município de Governador Valadares. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 220.316, que versava a mesma questão em face da mesma lei municipal, entendeu que essa taxa não ofendia o disposto no artigo 145, § 2º, da Carta Magna, porque “exação fiscal cobrada como contrapartida ao exercício do poder de polícia, sendo calculada em razão da área fiscalizada, dado adequadamente utilizado como critério de aferição da intensidade e da extensão do serviço prestado, não podendo ser confundido com qualquer dos fatores que entram na composição da base de cálculo do IPTU, razão pela qual não se pode ter por ofensivo ao dispositivo constitucional em referência, que veda a bitributação.” Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido”. (RE 287712/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves)

“TRIBUTÁRIO - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LICENÇA E FUNCIONAMENTO - LEI MUNICIPAL - BASE DE CÁLCULO - LEGALIDADE - JURISPRUDÊNCIA STF E DO STJ CONSOLIDADAS.

1. A Lei Municipal n.º 5.651/89 de Belo Horizonte, que instituiu a Taxa de Renovação de Licença de Localização e Funcionamento foi examinada pelo STF, que entendeu pela constitucionalidade da cobrança efetuada sobre a metragem do imóvel fiscalizado (RE 220316-7/MG, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 12/8/99).

2. Entendimento que se aplica por analogia em relação à Lei 892/00 do Município de Sorriso-MT.
3. Cancelamento da Súmula 157/STJ em decisão da 1ª Seção datada de 24/04/2002.
4. Recurso especial da FECOMÉRCIO não conhecido.
5. Recurso especial do MUNICÍPIO DE SORRISO provido.” (RESP 510909/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmom, DJ 17/12/2004, p. 484)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. ADMISSIBILIDADE. TFLI - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO.

1. A admissibilidade de recurso cujas razões constituem reprodução da petição inicial é questionada em sede doutrinária e jurisprudencial.
2. Para o cálculo da Taxa de Fiscalização de Localização, Instalação e Funcionamento, o art. 12, § 4º, da Lei Complementar no 336, determina que ‘será considerada a área efetivamente utilizada na atividade’, cuja metragem pode ou não coincidir com a área total do imóvel, cabendo acrescentar que, no art. 9º, § 2º, inc. I, daquele diploma legal, foram considerados estabelecimentos distintos aqueles que, “*embora no mesmo local, ainda que com atividade idêntica, pertençam a diferentes pessoas físicas ou jurídicas*”. O caput do referido art. 12 estabelece, ainda, que essa taxa “*será calculada em função da natureza da atividade e de outros fatores*”. A par disto, tal cobrança se dará “*sempre que ocorrerem alterações provocadas pelo contribuinte e for necessária a emissão de nova licença de funcionamento*” (art. 21 do Decreto no 22.167/2001, que regulamenta a LC 336/2000). Não há dúvidas no tocante às substanciais diferenças entre os critérios usados como base de cálculo do IPTU e da TFLI. A matéria vem sendo objeto de debates no Col. Supremo Tribunal Federal. No passado, não eram acolhidas as teses até aqui defendidas. Hoje, no entanto, são iterativa e unanimemente sufragadas. (Conselho Especial, ADI 2001.00.2.007766-4).
3. Recursos conhecidos, maioria, vencido o eminente Revisor quanto à apelação interposta no processo cautelar, e à unanimidade não-providos.” (APC20030110693607, 2ª Turma, Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, DJU 07/12/2004, pág. 202)

“MANDADO DE SEGURANÇA - COBRANÇA DE TAXA (TFLI) - LC 336/00 - CONSTITUCIONALIDADE - PRECEDENTES. ‘Diversa do IPTU, a base de cálculo da Taxa de Fiscalização de Localização, Instalação e Funcionamento é tão-somente a área efetivamente utilizada para atividade comercial, independente do domínio ou da área total do imóvel, e cobrada como contrapartida ao exercício do poder de polícia; o contribuinte do imposto “é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio, ou o seu possuidor a qualquer título”, enquanto o da taxa “é toda pessoa física ou jurídica, profissional, comercial, industrial, produtora, sociedade, associação civil ou instituição prestadora de serviços com estabelecimento ou atividades no Distrito Federal”; ainda, o fato gerador da taxa é a emissão de licença para funcionamento, enquanto o do IPTU é a propriedade.’ Apelação desprovida. Unânime.” (APC 20010111248143, 5ª Turma, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJU 09/09/2004, pág. 66)

E, como assinalou o sentenciante, “a legalidade da exigência está acima de quaisquer dúvidas. *Habemus legem*: a Lei Complementar nº 336/2000, art. 8º. O preceito citado estabelece que a TFLI tem como fato gerador o poder de polícia exercido por meio da autorização, vigilância e fiscalização do cumprimento da legislação disciplinadora do uso e da ocupação do solo do Distrito Federal. O art. 15 estabelece que a taxa será anual, calculada em função da natureza da atividade e de outros fatores pertinentes, conforme tabela anexa”.

Quanto aos honorários advocatícios devem ser fixados com moderação e o valor arbitrado encontra-se em consonância com a exigência legal de observância ao grau de zelo profissional, ao lugar de prestação do serviço advocatício, à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelos patronos das partes, assim como ao tempo exigido para o serviço.

Quanto ao pedido de manutenção da liminar deferida, restou prejudicado em razão da improcedência do recurso contra a ação principal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho incólume a r. sentença ora hostilizada.

É como voto.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - De acordo.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011081186-7

Apelante - CAESB - Companhia de Saneamento do Distrito Federal

Apelada - Doraci Lima Martins

Relator - Des. J. J. Costa Carvalho

Segunda Turma Cível

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR CARACTERIZADA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DO WRIT.

1. O corte no fornecimento de água, em decorrência de mora para com o pagamento da respectiva conta, além de não malferir as regras insertas na legislação consumerista, é permitido pela Lei nº 8.987/95.

2. Não se mostra coerente obrigar a empresa a manter um serviço sem receber a correspondente contraprestação por parte do usuário, que vem demonstrando inadimplência continuada, devendo ser ressaltado que não se trata da falta de pagamento de uma única conta de água, mas vários meses, seguidamente.

3. Recurso provido. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, J. J. Costa Carvalho - Presidente e Relator, João Mariosi - Revisor e Carmelita Brasil - Vogal, em conhecer e dar provimento ao recurso. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 25 de abril de 2005.

RELATÓRIO

Peço *vênia* para agregar à presente exposição o relatório lançado pelo douto Procurador de Justiça que oficiou no feito (fls. 98/103), *Dr. Jair Meurer Ribeiro*, nos seguintes termos, *verbis*:

“Cuidam os presentes autos de Mandado de Segurança impetrado por DORACI LIMA MARTINS, contra ato praticado pelo PRESIDENTE DA COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DE BRASÍLIA.

Narra a impetrante, na petição inicial, que, por falta de pagamento, teve cortado o fornecimento de água de sua residência. Alega, em síntese, que a Lei 8.078/92 garante ao consumidor inadimplente a não exposição ao ridículo ou submissão a ameaças ou constrangimentos. Afirma que os serviços essenciais não podem ser cortados por motivo de inadimplência e que está sendo prejudicada, juntamente com seus netos que com ela residem, ante a falta de água. Assim, entende ter sido abusivo o corte de água, restando ferido seu direito líquido e certo ao fornecimento contínuo de água.

Requer a concessão de liminar para que seja restabelecido o fornecimento de água, bem como para que o impetrado abstenha-se de realizar futuras interrupções no abastecimento de água.

Pede, por fim, a gratuidade da justiça e a concessão da segurança, para que a autoridade coatora não volte a interromper o fornecimento de água e para que sejam declaradas nulas quaisquer multas decorrentes do corte realizado.

Instruem a inicial os documentos de fls. 13/19.

Às fls. 21, o MM. Juiz determinou a regularização da representação processual da impetrante, considerando que a procuração de fls. 16 não estava assinada.

Representação processual regularizada às fls. 22/23.

Liminar deferida às fls. 24.

Informações do impetrado às fls. 27/40, acompanhada dos documentos de fls. 41/60. Alega, em preliminar, carência de ação da impetrante, por impossibilidade jurídica do pedido, considerando ausência de provas suficientes a caracterizar direito líquido e certo e a impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança.

No mérito, afirma que a CAESB é empresa pública e que presta serviços mediante o pagamento de tarifas por parte dos usuários. Afirma que o corte de água em decorrência de inadimplência é legalmente previsto no Decreto 20.658/99. Declara que, contudo, apesar da autorização legal de corte no fornecimento de água a partir do décimo dia após o vencimento da fatura não paga,

comunica ao usuário inadimplente, por meio dos “avisos de débitos”, sendo que, somente após o vigésimo dia do vencimento da fatura não paga é que emite as respectivas “ordens de corte”, que devem ser cumpridas em três dias úteis. Declara, ainda, que a tolerância máxima para que uma ligação permaneça ativa com débito pendente é de três meses e que, à época das informações, constavam em aberto os pagamentos das faturas de julho a setembro de 2003. Faz referência ao inciso I do parágrafo 3º do artigo 6º da Lei 8.987/95, o qual dispõe que “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

Alega, portanto, que o ato de corte do fornecimento de água à impetrante está legalmente amparado, ausente o direito líquido e certo.

Menciona jurisprudência favorável a seu entendimento.

Assevera que a procedência do pedido da impetrante acarretará desequilíbrio nas contas da empresa, colocando em risco a prestação do serviço de água e esgoto aos demais usuários que pagam suas faturas em dia.

Pede, ao fim, a extinção do feito sem exame do mérito, por carência de ação. No mérito, a denegação da segurança.

Parecer da Promotoria de Justiça às fls. 61/68, oficiando pela concessão da segurança.

Sentença acolhendo o parecer ministerial e concedendo a segurança, lançada às fls. 70/72 e publicada em 05/12/2003 (fl. 73). Irresignado, apela o impetrado às fls. 75/89, alegando que o Judiciário somente pode intervir na discricionariedade administrativa quando esta extrapola os limites da legalidade, o que entende não ocorreu na hipótese.

Volta a afirmar que a pretensão da apelada coloca em risco a prestação do serviço ao restante da população do Distrito Federal. Declara, ainda, que as contas de água da apelada estão em aberto de outubro de 2003 a janeiro de 2004.

Pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, denegando-se a segurança.

Guia de preparo às fls. 92.

Apelo recebido no efeito devolutivo (fls. 93).

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fls. 94, verso.

Ciência da sentença, pela Promotoria de Justiça, às fls. 94, verso...”

É o relatório.

VOTOS

Des. J. J. Costa Carvalho (Presidente e Relator) - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Os argumentos de mérito lançados pela douta Procuradoria de Justiça encontram-se vazados nos seguintes termos:

“Pretende o apelante que seja reformada a decisão que concedeu a segurança, impedindo o corte de fornecimento de água, em face da inadimplência da apelada.

Apesar das aparentes controvérsias acerca do tema, *data venia* das opiniões dos ilustres magistrado e representante do Ministério Público, assiste razão ao apelante.

O Decreto 20.658/99, que regulamenta a Lei Distrital n. 442/93, dispõe, em seu artigo 46, que “o serviço de água estará sujeito a suspensão, se não for feito o pagamento da conta/fatura até o 10º (décimo) dia após o vencimento”.

O parágrafo único desse mesmo artigo estabelece que “somente será restabelecido o serviço de fornecimento de água ao cliente após solucionada a pendência que originou a suspensão”.

Além dessa previsão legal, o artigo 6º da Lei Federal n. 8.987/95 dispõe que:

‘Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

Parágrafo 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Parágrafo 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Parágrafo 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I- motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e

II- por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade’.

Assim, verifica-se que há respaldo legal para o corte do fornecimento de água.

Além disso, o apelante demonstrou que a apelada mantém-se inadimplente por vários meses, deixando de pagar suas contas de água por mais de três meses.

Não se mostra coerente obrigar a empresa a manter um serviço sem receber a correspondente contraprestação por parte do usuário, que vem demonstrando inadimplência continuada. Ressalte-se que não se trata da falta de pagamento de uma única conta de água, mas de vários meses, seguidamente.

Quanto a isso, bem assinalou o eminente Desembargador Hermenegildo Gonçalves, por ocasião de seu voto na Apelação Cível 1999.01.1.058503-9:

‘Creio que mais injusto do que privar o autor do fornecimento de água ao seu imóvel é obrigar a empresa a continuar prestando serviço, sem a devida contraprestação. E se assim não fosse, caso houvesse a continuidade do fornecimento de água, a quem então competiria pagar por ela, senão o próprio usuário?’

O Superior Tribunal de Justiça também já firmou entendimento no sentido da legalidade do corte de água e de energia elétrica por falta de pagamento:

‘ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

1. A 1ª Secção, no julgamento do REsp 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após

aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art 6º, § 3º, § II).

2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do REsp 337.965/MG, entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei 8.987/95'. (STJ, 1º Turma, REsp 617588, Relator Min. Luiz Fux, julgamento 07/04/2004, DJ 31.05.2004, p. 241).

‘ADMINISTRATIVO - ENERGIA ELÉTRICA - CORTE - FALTA DE PAGAMENTO.

É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II)’. (STJ, 1º Turma, REsp 363943/MG, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento 10.12.2003, DJ 01/03/2004, p.119).

‘ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA - PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA - CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO. LEGALIDADE.

1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.

2. Nas condições indicadas, o pagamento é contraprestação e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplente.

3. Interpretação autêntica que se faz do CDC, que admite a exceção de contrato não cumprido.

4. A política salarial referente ao fornecimento dos serviços essenciais faz-se por intermédio da política tarifária, contemplando eqüitativa e isonomicamente os menos favorecidos.

5. Recurso especial improvido'.(STJ. 2ª Turma, REsp 337965/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento 02.09.2003, DJ 20/10/2003, p. 244).

Portanto, restou não demonstrado o direito líquido e certo a ensejar a concessão da segurança, de modo que a sentença, então, merece ser reformada para que seja denegada a segurança...”

Consoante visto, o douto Procurador de Justiça oficiante no feito escandiu o tema, devendo os seus fundamentos, com a devida licença, ser o norte do julgamento.

Isto posto, **dou provimento ao recurso**, para, reformando a r. sentença monocrática, **denegar a segurança**, ante à ausência de direito líquido e certo a socorrer a pretensão inicial.

Custas pela impetrante. Sem honorários (*STF, Súmula 512 e STJ, Súmula 105*).

É como voto.

Des. João Mariosi (Revisor) - Conheço do recurso de apelação, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de Mandado de segurança, com pedido de liminar impetrado pela autora contra ato do Presidente da Companhia de Águas e Esgotos de Brasília-CAESB, que determinou o corte de fornecimento de água para sua residência em razão de inadimplência.

O Magistrado julgou procedente o pedido.

Inconformada, apela a empresa/ré.

Mantenho a sentença recorrida pelos seus fundamentos:

“Em lide, legalidade de ato que determinou a suspensão do fornecimento de água na residência do impetrante, com fundamento em sua inadimplência pelo não pagamento do preço.

O pedido não é juridicamente impossível, por isso que não veda do ordenamento jurídico.

No mérito, não creio assista razão à digna autoridade impetrada.

O serviço de água e esgoto - de que a autora detém o monopólio da prestação no Distrito Federal - é essencial e imposto ao obrigatoriamente ao cidadão, como consta do Decreto n. 442/93 - art. 10.

Se assim é, não pode a Administração contrariar a própria obrigação que impõe, por falta de pagamento. Há, isto sim, de buscar

os meios de que dispõe para a cobrança, revelando o corte, para constranger ao pagamento, verdadeira justiça de mão própria, que só é lícita se verificados os seguintes pressupostos, magnificamente lembrados pelo mestre Pontes de Miranda:

‘Os pressupostos da justiça de mão própria são: a) não ser possível obter-se, a tempo, a tutela jurídica prometida pelo Estado (= exercício da pretensão à tutela jurídica estatal seria tardio); b) o não se poder aguardar, sem dano irreparável, que a tutela jurídica estatal se dê (= há perigo de ser frustrada ou tornada extremamente difícil a realização de que se faz urgente); c) a justiça da *res deducta*.’ (Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado”, Bookseeler, 1ª. ed., Tomo 2, pág. 370)

Não há, com efeito, qualquer indicação de que a busca da tutela estatal seria tardio, ou de que haveria danos irreparáveis. Não desconheço, é certo, que o problema é grave e pode, se atingir grandes proporções, acarretar risco ao serviço. Mas não há, *data venia*, qualquer indicação de que o nível de inadimplência seja tal que implique no perigo que alega a douta autoridade apontada como coatora. Inadimplência sempre houve, e nem por isso o serviço foi pior ou melhor, ou houve quebra de alguma Concessionária de serviços públicos.

O certo é que, em verdade, atitudes que tais ferem o maior de todos os princípios constitucionais, como recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao lembrar que “O Corte de fornecimento de energia elétrica, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites de legalidade e malferre a cláusula pétrea que tutela os dignidade humana.” (AGA 478911, 1ª. Turma, Rel. Min. Luiz Fux DJ 19/05/03, pág. 144). Isto mostra que, a rigor, não há justiça na pretensão.”

Adoto, também, a fundamentação do parecer ministerial:

“O objeto do presente mandado de segurança reside na busca de correção de ato do Impetrado, consistente na suspensão do fornecimento de água à residência do Impetrante, efetivada em

razão do não pagamento da fatura no valor de R\$ 75,83 (setenta e cinco reais e oitenta e três centavos).

Em caso análogo, o Exmo. Promotor de Justiça DICKEN WILLIAM LEMES SILVA exarou parecer que merece ser transcrito:

‘No exame do mérito da questão, constata-se que os serviços públicos devem ser prestados adequadamente, por determinação constitucional e legal, significando que devem observar o previsto na Lei de Concessões (Lei n.º 8.987/95):

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

‘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.’

Lei de Concessões (Lei n.º 8.987/95)

‘Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

Ademais, sabe-se que o princípio da continuidade é um dos mais importantes a disciplinar as concessões de serviços públicos, impondo-se a sua observância especialmente em se tratando da prestação de serviços considerados essenciais, os chamados *uti singuli*, que têm por finalidade a satisfação direta das necessidades dos indivíduos. Assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor e assim resume o entendimento doutrinário Diógenes Gasparini (in “Direito Administrativo”, 4ª edição, 1995, Ed. Saraiva, pg. 217):

Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)

‘Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.’

DIÓGENES GASPARINI

‘Além do direito ao serviço, também é reconhecido ao usuário o direito a uma prestação regular, corolário daquele. De fato, de nada valeria o reconhecimento do direito ao serviço se, ao mesmo tempo, fosse desconhecido o direito a uma prestação regular. Isso parece óbvio, pois, pela execução irregular, pode-se chegar à negação da prestação. Destarte, se instalado e em funcionamento o serviço, o prestador assume a responsabilidade pela normalidade da sua execução e pelos prejuízos que a suspensão ou o mau funcionamento causar aos usuários. O usuário tem direito a um serviço adequado, em face do que estabelece o art. 175 da Constituição Federal, podendo, quando não for atendido, reclamar uma indenização.’

Outrossim, especificamente na hipótese do usuário não cumprir sua obrigação pecuniária como contraprestação do serviço público, adota-se o entendimento da maior parte da doutrina, que distingue as situações aptas a ensejar a interrupção de serviço público, transcrevendo-se as lições de Diógenes Gasparini (*in* “Direito Administrativo”, 4ª edição, 1995, Ed. Saraiva, pg. 218) e do eminente José dos Santos Carvalho Filho (*in* “Manual de Direito Administrativo”, 1997, Freitas Bastos Editora, pg. 206):

DIÓGENES GASPARINI

‘... hão de ser distinguidos os serviços essenciais ou compulsórios dos facultativos ou não essenciais. A suspensão dos primeiros é ilegal. Com efeito, se a Administração Pública os considera essenciais e os impõe, coercitivamente, aos usuários situados no interior da área de prestação, como ocorre com os serviços de coleta de esgoto sanitário, não os pode suprimir ante a falta de pagamento.’

Ademais, sendo o serviço compulsório remunerado por taxa, espécie do gênero tributo, e tendo a Administração Pública ao seu dispor meio eficaz e próprio (ação de execução) para obter o valor devido e os acréscimos legais, não lhe cabe impor outras sanções. Já em relação aos facultativos, caracterizados por serem de fruição livre, entendem ser legítima a suspensão da prestação sempre que não ocorrer, nas condições estabelecidas, o pronto pagamento.'

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

'Solução diversa ocorre quando o usuário deixa de pagar o serviço. A despeito de algumas divergências, e com o abono de alguns estudiosos, entendemos que se deva distinguir os serviços compulsórios e os facultativos. Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. Tratando-se, no entanto, de serviço compulsório, não será permitida a suspensão, e isso não somente porque o Estado o impôs coercitivamente, como também porque, sendo remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para cobrança da dívida. Tais soluções são as que nos parecem mais compatíveis na relação Estado-usuário.'

Com base no exposto, no presente caso, não se configuram presentes os requisitos legais a ensejar a suspensão do fornecimento de água, serviço essencial e necessário à sobrevivência do impecante e de sua família.

Convém frisar que o Ministério Público não está a defender a inadimplência por parte dos consumidores, todavia estes devem ter respeitados os seus direitos mais fundamentais.

Além disso, cabe frisar que o débito em questão poderá ser cobrado por meio de ação judicial própria, que é a forma adequada para a cobrança da dívida e o meio mais brando para esse mesmo fim. Confirmam-se a seguir, alguns julgados do STJ, ratificando a impossibilidade de corte de fornecimento de serviços essenciais por falta de pagamento:

‘CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. ILEGALIDADE.

É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo.

Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos.

Recurso não conhecido.’ (RESP 122812/ES, DJ de 26/03/2001, Relator Min. MILTON LUIZ PEREIRA, 1ª Turma)

‘DIREITO DO CONSUMIDOR. ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO. ARTS. 22 E 42, DA LEI NO 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR).

Recurso Especial interposto contra Acórdão que entendeu ser ilegal o corte de fornecimento de energia elétrica, em face do não pagamento de fatura vencida.

O art. 22, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assevera que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. O seu parágrafo único expõe que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste Código’.

Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Caracterização do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* para sustentar deferimento de ação com o fim de impedir suspensão de fornecimento de energia a uma empresa.

Juízo emitido no âmbito das circunstâncias supra-reveladas que se prestigia.

Recurso Especial improvido.” (RESP 353796/MA,, DJ de 04/03/2002, Relator Min. JOSÉ DELGADO, 1ª Turma)”

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação, para manter a sentença recorrida pelos seus fundamentos.

É como voto.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Deu-se provimento ao recurso. Maioria.

— • —

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011097654-7

Apelante - Márcio Tannús de Almeida

Apelado - Distrito Federal

Relator - Des. João Mariosi

Segunda Turma Cível

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - SERVIDORA PÚBLICA - ÓBITO POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CF DE 1988 - PENSÃO VITALÍCIA PARA O MARIDO - RESTRIÇÃO IMPOSTA POR LEI INFRACONSTITUCIONAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

O pressuposto de invalidez, exigido e pela Lei 3373/58, para deferimento de pensão ao viúvo de servidora pública não foi recepcionado pela CF 88, por configurar distinção de gênero.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Mariosi - Relator, Carmelita Brasil - Revisora, Waldir Leôncio Júnior - Vogal, sob a presidência do Desembargador J. J. Costa Carvalho, em dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

MÁRCIO TANNÚS DE ALMEIDA ajuizou ação ordinária declaratória em desfavor da SECRETARIA DO ESTADO DE EDUCAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL para que seja reconhecido como dependente/beneficiário da ex-esposa, e, por conseguinte, seja-lhe concedida pensão vitalícia decorrente da morte da mulher.

Quando faleceu, em 16-10-1988, a esposa do autor era servidora da Secretaria de Educação do DF, onde ocupava o cargo de professora, classe única, nível 03, padrão XXV.

Em 26-03-1993, foi deferida ao apelante pensão vitalícia pela morte da esposa, na qualidade de dependente preferencial (cônjuge) nos termos do Art. 215 e 217, inciso

I, alínea “a” e art. 224 da Lei 8.112, de 11-12-1990, conforme se depreende das cópias do despacho do Processo nº 4631/93 da Supervisão de Processos Administrativos da Secretaria de Administração e da Portaria de 26 de Março de 1993.

Em 29-05-2003, por meio da Portaria nº 131, a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal excluiu a pensão concedida em favor do requerente, com base em entendimento do Tribunal de Contas do Distrito Federal, de que, nos termos do art. 5º, inciso I, alínea “b”, da Lei 3.373/58, a concessão da pensão dependia da comprovação de invalidez do beneficiário, porque, à época vigorava essa norma.

O juiz julgou improcedente o pedido e condenou o autor nas custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Recurso de apelação (fls. 183/189).

Contra-razões às fls. 194/200.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Mariosi (Relator) - MÁRCIO TANNÚS DE ALMEIDA ajuizou ação ordinária declaratória para que seja reconhecido como dependente/beneficiário da ex-mulher, e, por conseguinte, seja-lhe concedida pensão vitalícia decorrente da morte dela.

Ocorrido em 16-10-1988, quando era servidora da Secretaria de Educação do DF, onde ocupava o cargo de professora, classe única, nível 03, padrão XXV.

Em 26-03-1993, foi deferida ao apelante pensão vitalícia. Em 29-05-2003, por meio da Portaria nº 131, a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal excluiu a pensão concedida em favor do requerente, com base em entendimento do Tribunal de Contas do Distrito Federal, de que, nos termos do art. 5º, inciso I, alínea “b”, da Lei 3.373/58, a concessão da pensão dependia da comprovação de invalidez do beneficiário, porque, à época, vigorava essa norma.

O juiz julgou improcedente o pedido e condenou o autor nas custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Inconformado, o autor apelou. Alega que a morte de sua mulher ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988 e que, portanto, em função do reconhecimento da igualdade formal entre homens e mulheres é beneficiário da pensão.

Razão assiste ao apelante.

Da leitura do inciso V, art. 201, constata-se que a Constituição Federal de 1988 garantiu o direito à pensão, por morte do segurado, ao cônjuge sobrevivente.

Certo é também que a expressão “nos termos da lei”, inserta no *caput* do mesmo artigo, indica a necessidade de criação de norma que regulamente o direito ali previsto.

Não existindo essa norma regulamentadora, à época do óbito narrado na inicial, não se pode negar a vigência da Lei 3.373/58, que tratava da concessão do benefício¹.

Todavia, a lei antiga somente é recepcionada naquilo que não contrarie a nova Constituição.

A alínea “b” do inciso I do art. 5º da Lei nº 3.373/58 traz discriminação de gênero insustentável em virtude do princípio da igualdade consagrado na Constituição de 88, que vem expresso, genericamente, no *caput* do art. 5º, e, especificamente, quanto à igualdade entre homens e mulheres, no inciso I do mesmo artigo².

Não é demais lembrar que “no caso dos *princípios* constitucionais, estes devem nortear a atividade estatal em todas as esferas, impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de pertinência material com a principiologia constitucional”³.

No mesmo sentido os julgados da Justiça Federal da 1ª Região:

“PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE DA ESPOSA - ÓBITO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA CF-88 E ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91 - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - APELAÇÃO IMPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA. I. Ha direito do cônjuge sobrevivente de receber pensão por morte de sua esposa, a partir do falecimento ocorrido na vigência da CF-88 e anterior à edição da Lei n. 8.213/91, forte na regra constitucional do inciso I do art. 5º, assecuratória de igualdade entre os sexos e dotada de eficácia imediata indiscutível por força inclusive do parágrafo do mesmo artigo, presumindo-se a ajuda mútua que caracteriza o vínculo matrimonial e a respectiva dependência econômica apenas pela comprovação de sua qualidade de esposo. (AC n. 95.04.13023-2/SC e AC n. 95.04.22659-0/RS). II. A dependência econômica do marido em relação à esposa é presumida. Não tendo o INSS produzido prova em sentido contrário prevalecerá a regra constante do art. 12 do Decreto n. 89.312/84, c/c os arts. 5º, I, e 201, V, da Constituição Federal de 1988, fazendo jus o apelado à pensão por morte de sua ex-esposa. (AC n. 95.04.13023-2/SC) III. Apelação improvida. IV. Sentença mantida.” (Proc. AC 94.01.18978-1/MG; Relator JUIZ AMILCAR MACHADO Convocado JUIZ LOU-

RIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA (CONV.) Órgão Julgador
PRIMEIRA TURMA Publicação 29/06/2000 DJ p.19 Data da
Decisão 02/06/2000)

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. NÃO RE-
CEPÇÃO DE DISPOSITIVO DA LEI 3.373/58. PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. PRESCRIÇÃO. INE-
XISTÊNCIA. DECISÃO EXTRA PETITA. APELO E REMESSA
PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. O art. 5º, inciso I, alínea “b”
da Lei 3.373/58, que exigia do marido a condição de inválido
para percepção de pensão deixada por companheira funcionária
pública federal, não foi recepcionado pela Constituição Federal
de 1988, que estabeleceu igualdade de direitos entre homens e
mulheres.

2. É *extra petita* parte da decisão que, em ação declaratória, tam-
bém estabelece a condenação da União. 3. Apelo e remessa par-
cialmente providos. (AC 2000.01.00.048656-8/MG; APELA-
ÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL GILDA SIGMARINGA
SEIXAS (CONV.) Órgão Julgador SEGUNDA TURMA SUPLE-
MENTAR Publicação 03/02/2005 DJ p.111)

Por tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso, para modificar a sentença
monocrática e julgar procedente o pedido, nos termos da inicial. Inverto, por conse-
guinte, os ônus sucumbenciais.

É como voto.

Desa. Carmelita Brasil (Revisora) - Com Relator.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Com Relator.

DECISÃO

Deu-se provimento. Unânime.

Notas

1 **Art 5º** Para os efeitos do artigo anterior, considera-se família do segurado:

I - Para percepção de pensão vitalícia:

a) a esposa, exceto a desquitada que não receba pensão de alimentos;

b) o marido inválido;

- 2 **Art. 5º** *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
- 1 - *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;*
- 3 *ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Florianópolis: Habitus, 2002, pp. 81/82.*



APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011098354-8

Apelante - Dall'oca Negócios Imobiliários Ltda.

Apelado - BRB - Banco de Brasília S/A

Relator - Des. Mário-Zam Belmiro Rosa

Terceira Turma Cível

EMENTA

DIREITO CIVIL. INDENIZATÓRIA. DESCONTO DE TRIBUTO (CPMF) FEITO A DESTEMPO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE. MULTA E ENCARGOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO. CORRENTISTA. RESSARCIMENTO.

1. Se a instituição bancária, responsável pelo recolhimento da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (artigo 5º da Lei nº 9.311/96), interpretando inadequadamente decisão judicial concedida à cliente, pessoa natural, vem a proceder à suspensão desse desconto em relação à pessoa jurídica, da qual faz parte aquela pessoa natural, causando-lhe prejuízos deve, *ipso facto*, responder pela indenização de tais danos, notadamente se houve a necessidade de desembolso de multa e encargos moratórios junto à Receita Federal.

2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mário-Zam Belmiro Rosa - Relator, Vasquez Cruxên - Vogal, Lécio Resende - Vogal, sob a presidência do Desembargador Lécio Resende, em dar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 13 de junho de 2005.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto de sentença¹ que, nos autos de ação indenizatória, julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Irresignada apela a correntista autora, ao argumento fundamental de que a instituição bancária ré não procedeu ao recolhimento oportuno de valores referentes ao tributo denominado de CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), referente a conta-corrente de sua titularidade, o que gerou, segundo aduz, o pagamento do valor principal, multa e juros junto à Receita Federal, razão por que entende não deva ser responsabilizada pelo pagamento de tais consectários.

As contra-razões foram apresentadas conforme se vê às fls. 255-263.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro Rosa (Relator) - Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso.

A rediscussão trazida a esta Instância diz respeito, precisamente, ao fato de haver a autora, ora apelante, ter sido obrigada a pagar o valor principal, multa e juros, à Receita Federal, por haver deixado de proceder ao recolhimento, em momento oportuno, de CPMF de conta-corrente mantida junto à instituição bancária apelada.

O douto Juiz *a quo* fundamentou o seu decidir no seguinte argumento: “*Ao que se extrai da prova documental encartada em cotejo com as ponderações dos demandantes, o réu sabia do não recolhimento do tributo, contudo imagina estar no exercício regular de um direito, eis que a sócia da autora era beneficiária de uma decisão judicial que a isentava da retenção, tudo devidamente notificado*”. Por outro lado, continua o sentenciante, “*... a autora também sabia do não recolhimento e que inexistia motivo para tal, e mesmo assim quedou-se inerte, assumindo o risco de uma futura cobrança com encargos, o que veio a acontecer*”.

A seu turno, aduz a empresa apelante que: “*... em 1º/04/2003, o Banco-Réu finalmente se manifestou, pela carta de fls. 43/44. Disse que cometera o equívoco de, sponte própria, suspender a cobrança da CPMF na conta-corrente da Autora, tendo-o feito por um motivo, data vênia, inusitado: alegou o Banco-Réu que recebera uma medida liminar impetrada pelo SINPRO/DF em nome de seus associados professores, mandando suspender a cobrança da CPMF nas contas-correntes pessoais dos mesmos. E que, como existe uma professora compondo o quadro social da empresa Autora (a Sr^a Ana Cristina Rocha Dall’Oca), então o Banco estendeu à empresa um benefício judicial que fora inicialmente concedido a uma pessoa natural, a um dos sócios dessa empresa*”. Conclui a correntista apelante, afirmando que esse benefício concedido pela Justiça era “*... intuitu personae, deferido a professora Ana Cristina Rocha Dall’Oca, associada do Sindicato dos Professores, mas o Banco-Réu, por conta própria, confundiu pessoa natural com sociedade limitada (vale lembrar que a Autora não é firma individual) e suspendeu a cobrança da CPMF nas contas-correntes de ambas: da pessoa natural e também da empresa da qual a pessoa natural era uma das sócias*”.

Releva, de início, salientar que a cobrança e o recolhimento da CPMF é da responsabilidade das instituições financeiras mantenedoras de contas bancárias, nos termos do que dispõe o art. 2º c/c o 5º da Lei nº 9.311/96.

Com efeito, da leitura desse dispositivo é possível concluir, por evidente, que não se pode imputar ao correntista qualquer prejuízo pelo recolhimento atrasado dessa contribuição, haja vista que não exerce qualquer ingerência direta em relação a essa obrigação da instituição bancária, haja vista que, conforme se viu, cabe à instituição financeira o cálculo e a cobrança de tal “imposto”.

Diante desse panorama, é importante que se proceda à análise da comunicação epistolar encaminhada pelo banco apelado à empresa apelante, na qual se pode ler o seguinte excerto, *verbis*: “O Banco de Brasília S.A. vem por meio desta esclarecer à V.Sª que, com base no Mandado de Segurança (...), concedido em 23.08.1999 ao SINDICATO DOS PROFESSORES NO DISTRITO FEDERAL - SINPRO/DF, providenciou a suspensão da cobrança da CPMF de todas as contas dos filiados ao sindicato - conforme arquivo magnético gerado pelo SINPRO, contendo nome e CPF - inclusive, a conta corrente 059-600.957-7, da empresa Dall'Oca Negócios Imobiliários Ltda. Que tem como sócia gerente a Sra. Ana Cristina Rocha Dall'Oca (...), filiada aquele sindicato”².

Ora, evidente que houve a indevida suspensão de cobrança do aludido tributo em relação à conta bancária da empresa apelada, haja vista que a citada decisão judicial, que suspendeu a referida cobrança, dizia respeito tão-somente à pessoa física (hoje denominada natural) - Sra. Ana Cristina Rocha Dall'Oca, e não à Empresa apelada. Aliás, o referido sindicato enviou ao banco apenas os nomes e CPF's correspondentes aos filiados que foram amparados pela mencionada decisão judicial, sendo de se concluir, *ipso facto*, que caberia ao banco ter localizado a conta-corrente correspondente a cada um daqueles correntistas, pois, repita-se, o sindicato enviou apenas o nome e os CPF de seus associados³.

Desse modo, não havia qualquer motivo legal ou jurídico que permitisse ao banco apelado tal providência, devendo, pois, responder pelos prejuízos que provocou com essa sua atitude, resultante de análise equivocada da referida determinação judicial, tendo como resultado, como já mencionado, a indevida suspensão de cobrança do aludido tributo em relação à conta bancária da pessoa jurídica apelada.

Além disso, é importante lembrar que, como muitas vezes apregoado, o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com aquele da pessoa natural que o administra. Sendo assim, repita-se, não havia motivo suficiente para fazer cessar a cobrança daquele mencionado tributo, ainda mais quando o argumento utilizado para tanto é o de que houve determinação judicial em relação à Sra. Ana Cristina, mas que, a toda evidência, não poderia, tal determinação judicial, ter sido estendida à pessoa jurídica (Dall'Oca Negócios Imobiliários Ltda), da qual era sócia-gerente aquela senhora.

Com isso, se o banco não procedeu à cobrança no momento oportuno, por descuido em seu proceder, não é razoável que o correntista tenha que arcar com o ônus de tal atitude, havendo de responder, somente, pelo pagamento do valor principal (acumulado) relativo ao período da suspensão indevida. Note-se que o comportamento do banco apelante é inescusável, pois, insista-se, ao ter recebido a referida lista - que constava apenas os nomes e CPF's de seus correntistas - deveria ter percebido que não havia qualquer relação entre o referido sindicato dos professores e a empresa apelada, que tornasse razoável a referida suspensão. Aliás, torna-se até grosseiro esse erro, pois as pessoas jurídicas, como é o caso da apelante, sequer possuem "cadastro de pessoa física - CPF".

Assim, em resumo, é importante se relembre que os pressupostos da responsabilidade civil são: a ação ou omissão do agente, revestida de dolo ou culpa, a relação de causalidade entre sua conduta e o resultado advindo, e o dano sofrido pelo lesado. Ora, a omissão do banco apelado restou demonstrada pelo documento de fls. 44, em que comunica a precitada suspensão; a culpa está no fato de não haver procedido com a diligência necessária para evitar a confusão entre as contas-correntes das citadas pessoa natural e pessoa jurídica; sendo possível, de tais circunstâncias, vislumbrar-se relação de causalidade entre a omissão e a falta de diligência no proceder do banco apelado. Desse modo, restou configurado o dano, porquanto a empresa apelante foi obrigada ao pagamento, além do valor principal - efetivamente devido -, de multa e encargos moratórios. Restou, assim, comprovado o fato, o dano, a culpa do causador do dano e o nexos causal ligando o evento danoso aos prejuízos experimentados, de modo que merece amparo a pretensão aduzida pela empresa apelante.

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso para, reformando o r. *decisum* hostilizado, condenar o banco apelado a ressarcir ao autor o valor desembolsado a título de multa e encargos moratórios referentes ao pagamento, em atraso, da denominada CPMF, com juros e correção monetária a contar da citação. A instituição bancária arcará com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação (*ex vi* do artigo 20, § 3º, do CPC).

É o meu voto.

Des. Vasquez Cruxên (Vogal) - Com o Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Deu-se provimento ao recurso. Unânime.

Notas

1 Fls. 173-178.

2 Fls.

3 Confira-se às fls. 141.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011021646-6

Apelante - Robson de Franca Cardoso

Apelado - Distrito Federal

Relatora - Desa. Vera Andrighi

Quarta Turma Cível

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXONERAÇÃO. DESVIO DE PODER. PROVA TESTEMUNHAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO PROCESSO.

I - O ato administrativo, motivado por perseguição, possui aparência de legalidade, no entanto configura desvio de poder.

II - A nulidade da motivação da exoneração exige prova, que deve ser admitida sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

III - Apelação conhecida e provida. Preliminar acolhida para cassar a r. sentença. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi - Relatora, Getúlio Moraes Oliveira - Revisor e Humberto Adjuto Ulhôa - Vogal, sob a presidência do Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa, em conhecer, unânime. Acolher preliminar para cassar a sentença, unânime, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

ROBSON DE FRANCA CARDOSO interpôs apelação da r. sentença (fls. 87/90) que, decidindo antecipadamente a lide, julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante em face do DISTRITO FEDERAL, de anulação do ato que o exonerou do cargo de auxiliar de enfermagem da Fundação Hospitalar do Distrito Federal.

Em preliminar, o apelante sustenta a nulidade do processo por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, defendendo que a produção da prova por ele requerida era indispensável para comprovar a ilegalidade do ato que o exonerou dos quadros da Fundação Hospitalar.

Alega que sua reprovação no estágio probatório ocorreu em razão de perseguição realizada pela sua chefia imediata no Hospital de Base, porquanto realizou escalas de plantão para o apelante, visando impossibilitar sua pretendida acumulação do cargo desempenhado nesse com o cargo de enfermagem exercido na Polícia Militar do Distrito Federal; que colegas, na mesma situação, lograram a pretendida compatibilidade de horários, sem maiores percalços; que a mudança de horários foi proposital, para prejudicar a acumulação legal de dois cargos de saúde e a produtividade do apelante.

Aduz que, diante da perseguição e indiferença daquela chefia, solicitou sua remoção para o Centro de Saúde n.º 02 de Samambaia, com a aquiescência daquela unidade e da Gerência do Hospital de Base (fls. 29 a 31, 36 e 37), local onde teria horário pré-fixado e jornada mais estável, permitindo-se a compatibilidade entre os dois cargos públicos, mas que foi negado por “duvidosa recusa” (fl. 113); que a produção de prova era indispensável para comprovar a injusta diferença de tratamento.

Sustenta, ainda, que o MM. Juiz não explicitou os motivos de indeferimento da prova testemunhal na r. sentença, sendo nula, também, por ausência de fundamentação.

Com relação à reprovação no estágio probatório, fato que motivou sua exoneração do cargo de auxiliar de enfermagem, sustenta que possui ótimo desempenho no exercício da função, tanto na Polícia Militar do DF, como no Hospital de Base; que todas as suas notas são excelentes ou acima da média, exceto aquelas correlacionadas com a pontualidade. Sustenta que, diante da impossibilidade de compatibilizar os horários do Hospital de Base com os da Polícia Militar do DF, requereu sua remoção para o Centro de Saúde n.º 02 de Samambaia, com a concordância, tanto dessa unidade, como também da gerência do Hospital de Base, contudo, referido requerimento não foi suficiente para que a Chefia do Hospital de Base transferisse o servidor (fl. 31).

Alega que a discricionariedade do ato administrativo encontra limite na lei e que a Portaria n.º 01-95-SEA, ao tratar da sistemática da avaliação de desempenho, estabelece como parâmetro a valorização do servidor, recomendando o remanejamento quando necessário, o que ocorreu com relação a outros colegas que lograram alcançar a pretendida compatibilidade de horários.

Requer, ao final, o conhecimento e o provimento da apelação para cassar a r. sentença, ou reformá-la, julgando-se procedente o pedido, a fim de anular o ato de exoneração e determinar a reintegração do apelante no cargo.

O apelante está dispensado do pagamento de preparo, por ser beneficiário da gratuidade de justiça (fl. 115).

O Distrito Federal ofereceu contra-razões, nas quais rebate os argumentos do apelante e pugna pelo improvimento do recurso (fls. 118/23).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Vera Andrighi (Relatora) - Conheço da apelação porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar de nulidade do processo

O apelante sustenta a nulidade do processo pela violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como em razão da inexistência de decisão fundamentada com relação ao pedido de produção de prova testemunhal.

Conforme se observa das alegações do apelante na inicial e na apelação, a nulidade do ato de exoneração é fundamentada na perseguição pela sua chefia imediata, porque, ao passo que outros colegas em igual situação lograram alcançar a compatibilidade de horários, o apelante foi designado para trabalhar em horário incompatível com o cargo que exerce na Polícia Militar do DF. Aduz, também, que não conseguiu a almejada transferência para outro hospital da rede pública local, em razão do tratamento desigual que recebeu de sua chefia no Hospital de Base. A tese do apelante é, portanto, de ilegalidade do ato exoneratório, em razão da prática de atos em desvio de poder no curso do estágio probatório.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do tema no seu “Curso de Direito Administrativo”, 8ª Edição, assim ensina:

“(…)

Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.

Há, em conseqüência, um *mau uso da competência* que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: ‘visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito’.

Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.

De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo; (...)”¹.

Observa-se dos autos que o apelante requereu a produção de prova testemunhal para comprovar o alegado desvio de poder (fls. 81/2), pedido que não foi objeto de análise fundamentada pela r. sentença, que assim relatou:

“(…)

Sem mais provas, vieram os autos conclusos, nos termos do art. 330, inciso I, do CPC (...)”.

A prova do desvio de poder por perseguição, senão difícil, é quase impossível, porque, na sua aparência externa, o ato administrativo revela a presença de todos os seus pressupostos: agente competente, objeto lícito e juridicamente possível, forma e fundamentação. O vício, nesse caso, encontra-se no motivo vil ou fútil e, na maioria das vezes, só é comprovado mediante a produção de prova testemunhal, porque não externado em documentos.

Assim, diante dos princípios contidos no art. 5º, inc. LV da CF, e da matéria dos autos, a produção da prova testemunhal revela-se indispensável à efetiva prestação jurisdicional, seja para concluir pela inexistência da alegada ilegalidade ou, para reconhecendo-a, repará-la.

Isso posto, conheço da apelação e dou provimento para cassar a r. sentença e deferir a produção da prova testemunhal requerida. Retornem os autos ao Juízo *a quo* para prosseguimento do processo.

É o voto.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Revisor) - De acordo.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) - Com a Relatora.

DECISÃO

Conhecido, unânime. Preliminar acolhida para cassar a sentença, unânime.

Notas

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 232/2 (grifos no original e nossos).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011035310-6

Apelante - AC - Coelho Materiais para Construção Ltda.

Apelado - Distrito Federal

Relatora - Desa. Haydevalda Sampaio

Quinta Turma Cível

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEMOLIÇÃO - CITAÇÃO - ART. 42, CPC.

I - Nos termos do artigo 42, do Código de Processo Civil, a legitimidade das partes não é alterada em decorrência da alienação da coisa ou do direito litigioso, por ato entre vivos. Em decorrência, a sentença proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou cessionário.

II - Interpostos embargos de declaração, a multa só deve ser imposta quando demonstrado, de forma efetiva, que são meramente protelatórios. O julgador não pode se basear em presunções.

III - Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Haydevalda Sampaio - Relatora, Dácio Vieira - Revisor e Romeu Gonzaga Neiva - Vogal, sob a presidência do Desembargador Asdrubal Nascimento Lima, em conhecer e dar parcial provimento. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **AC - COELHO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.** contra ato que imputa de ilegal do **DIRETOR REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS E POSTURAS DA ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE BRASÍLIA.** Diz ter sido notificada em 10 de março de 2004, para proceder à remoção da construção contígua localizada no fundo de seu imóvel, no prazo de 30 dias, sob pena de multa. Assevera não ter sido citada na ação civil pública,

não figurando no pólo passivo da referida ação e que os efeitos da sentença devem afetar apenas aqueles que foram parte e puderam se defender. Tece considerações a respeito. Requer a concessão da segurança para que a Administração Regional de Brasília não promova a demolição e não aplique multa diária.

O Distrito Federal requereu sua admissão no feito como litisconsorte passivo e asseverou que as alegações da Impetrante são impertinentes, eis que todos os ocupantes à época, inclusive os do Bloco “A”, loja 20, Emaco - Empresa de Materiais de Construção Ltda., foram notificados. Sustenta que a Impetrante tomou conhecimento da ação. Alonga-se a respeito do tema.

A MMA. Juíza julgou improcedente o pedido e denegou a segurança pleiteada, por inexistir direito líquido e certo a amparar a pretensão.

Após interpor embargos de declaração, devidamente rejeitados, a Impetrante apresentou recurso de apelação. Reitera os argumentos constantes da inicial. Transcreve jurisprudência e dispositivo constitucional que entende aplicável à espécie. Requer nova decisão a ela favorável, ao argumento de que a sentença ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa, além de haver erro *in judicando*.

Contra-razões às fls. 277/286, pugnando pela manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 291/298, da lavra da Dra. Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves, oficia pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Haydevalda Sampaio (Relatora) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **AC - COELHO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, inconformada com a r. sentença de fls. 252/255, prolatada nos autos do mandado de segurança por ela impetrado contra ato do **DIRETOR REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS E POSTURAS DA ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE BRASÍLIA**, que julgou improcedente o pedido e denegou a segurança por não se tratar de direito líquido e certo.

A Apelante insiste na assertiva de que a sentença ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa, além de haver erro *in judicando*. Acentua que não foi citada.

Pelo que consta dos autos, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios propôs ação civil pública contra o Distrito Federal e as pessoas que enumera às fls. 88/89, entre elas Emaco - Empresa de Materiais de Construção Ltda, sociedade comercial estabelecida à SCLS, Quadra 312, Bloco A, loja 20, Brasília-DF.

Acontece que, segundo as informações da autoridade coatora às fls. 55/56 e 222/223, a decisão na ação civil pública abrangeu todos os ocupantes do Bloco “A” da SCLS 312. Por outro lado, consoante consta à fl. 49, todos os ocupantes à época foram citados, inclusive o ocupante do imóvel de que trata os presentes autos, posteriormente ocupado pela ora Apelante.

Por outro lado, o artigo 42, do Código de Processo Civil, dispõe:

“Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente.

§ 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.”

In casu, não se desincumbiu a Apelante de comprovar quando ocupou o imóvel e a que título, sendo certo apenas que, na ocasião da propositura da ação e da citação, o imóvel era ocupado por EMACO - Empresa de Materiais de Construção Ltda., o mesmo não ocorrendo por ocasião da elaboração do Laudo Pericial.

Dessa forma, é evidente que a Apelante está sujeita aos efeitos da sentença prolatada em sede da ação civil pública, não havendo que se falar em violação ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Além disso, como consignou a douta Procuradoria de Justiça, “*é inegável, portanto que foi conferido ao Impetrante efetiva oportunidade de defesa. Tanto é assim que a empresa foi autuada em 10/03/2004, com vistas à remoção da construção contígua localizada nos fundos do imóvel, no prazo de 30 dias (fls. 58); e em 23/03/2004 recebeu alvará de funcionamento constando expressamente que não é reconhecida a ocupação da área pública de 101,85 m², sujeitando o ocupante à aplicação da legislação específica (fls. 29)*”.

Quanto à multa imposta em sede de embargos de declaração, entendo que não se mostra razoável, eis que não são meramente protelatórios. A pretensão deles constante, consistiu, ao argumento de omissão, do exame da matéria à luz da Constituição Federal. Ademais, não houve prova de dolo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para excluir a multa imposta em sede de embargos de declaração. No mais, mantenho a r. sentença.

É como voto.

Des. Dácio Vieira (Revisor) - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Insurge-se o apelante, AC- Coelho Materiais para Construção Ltda., em sede de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Diretor Regional de Fiscalização de Obras e Posturas da Administração Regional de Brasília, contra a sentença proferida cujo teor é o seguinte, *verbis*:

“O ato contra o qual se insurge a impetrante, que determinou a demolição de construção erguida em área pública ou a remoção da construção contígua localizada nos fundos do imóvel do impetrante, pautou-se em sentença judicial exarada na ação civil pública nº 7.371, da 2ª Vara de Fazenda Pública da Circunscrição de Brasília, a qual, por seu turno, condenou os réus Distrito Federal e demais ocupantes da área, a promover a demolição das construções localizadas nas áreas públicas do SCLS 312, blocos A, B, C e D.

A impetrante possui filial na SCLS 312, bloco A, lojas 20, 28 e 34, de forma que a decisão na ação civil pública lhe abrange.

O que ocorre é que a impetrante invadiu área pública, tendo a autoridade apontada como coatora solicitado a remoção da construção contígua localizadas nos fundos de seu imóvel.

Em um primeiro aspecto, é de se afirmar que se houve irregular ocupação de área pública, não existe direito líquido e certo da impetrante em não ver a construção irregular demolida.

Em segundo lugar, o impetrado apenas limitou-se a cumprir ordem judicial com o ato apontado como ilegal. Como bem afirma o *parquet*, “não procede o argumento da impetrante no sentido de que não foi parte na ação e, por isso, não poderia ser atingida pelos efeitos da coisa julgada. É que, como se sabe, a sentença de procedência da ação civil pública tem efeitos *erga omnes*”.

Além disso, a ação foi proposta em relação ao Distrito Federal, abrangendo todos os estabelecimentos comerciais da quadra SCLS 312, alcançando, pois, a impetrante.

Assim, tenho que o ato da autoridade impetrada consistiu em exercício legítimo do poder de polícia e em estrito cumprimento de sentença judicial, não havendo, dessa maneira, que se falar em arbitrariedade ou ilegalidade do ato”.

Com efeito, verifica-se que nesse contexto, oportuno fazer o registro de que o mandado de segurança não se presta para obstar eventual demolição de imóveis, inexistindo abuso no exercício do poder de polícia, imiscuindo-se em questões de natureza possessória, mas sim, para assegurar direito líquido e certo violado ou ameaçado por ato ilegal praticado por autoridade pública.

A orientação pretoriana, em casos deste jaez, tem sinalizado que:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. EMBARGO E DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES IRREGULARES. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA. MATÉRIA CONTROVERTIDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(...)

2. Inexistência de ilegalidade ou abusividade do exercício do Poder de Polícia para demolir construções irregulares decorrentes de invasão de área *non aedificandi* do Município”. (STJ, 2ª Turma, RMS nº 11.688-RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 17-06-02, p. 229. No mesmo sentido: 1ª Turma, RMS nº 10.352-RJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 21-02-00, p. 90; STJ, 1ª Seção, MS nº 3.198-DF, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 08-08-94, p. 19.545; STJ, 1ª Turma, RMS nº 2.072-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 09-05-94, p. 10.801) Verifica-se, assim, que a r. sentença não está a merecer reparos, posto que, conforme se verifica dos autos, a autoridade apontada como coatora está dando cumprimento a decisão judicial, não havendo, portanto, que se falar em direito líquido e certo do impetrante a ser amparado na via mandamental.

Por derradeiro, quanto à aplicação da multa prevista no § único do artigo 538 do CPC, revela-se despcienda, posto que “os embargos declaratórios devem ser encarados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. A multa cominada no art. 538, parágrafo único, do CPC reserva-se a hipóteses em que se faz evidente abuso.” (RSTJ 30/378).

Esta Revisoria, ao enfrentar igual matéria em comentário, já asseverou, quanto à pena de litigância de má fé, que “para a aplicação desta penalidade, impõe-se a verificação do elemento subjetivo do dolo, cuja inoccorrência leva ao afastamento da cominação a tal título.” (5ª Turma Cível, APC nº 49.460/98, reg. ac. nº 112.422, DJ 28-04-99, p. 90)

Diante desses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso tão somente para

excluir a multa cominada em sede dos embargos de declaração, mantendo, quanto ao mais, íntegra a sentença.

É como voto.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Com a Relatora.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se parcial provimento. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011041456-3

Apelante - Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A

Apelados - Hoottemberg Pedro dos Anjos, Lares Corretora de Seguros Ltda. e Executivo S/A - Administração

Relatora - Desa. Nídia Corrêa Lima

Terceira Turma Cível

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INVALIDEZ PERMANENTE. DEMONSTRAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS A CONTAR DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. NÃO CABIMENTO.

01. Colocando-se a apelante como titular de uma relação jurídica e, restando configurado o vínculo obrigacional desta relação, surge sua pertinência subjetiva no pólo passivo da demanda.

02. O marco inicial da prescrição conta-se a partir do dia em que o interessado tiver conhecimento do fato que deu origem à pretensão.

03. Para ter direito ao valor do seguro não é necessário que a doença incapacite o segurado para toda e qualquer atividade laboral. Basta que não possa mais exercer a atividade profissional que exercia ao realizar o contrato de seguro.

04. Tratando-se de responsabilidade civil contratual, os juros moratórios contam-se a partir da citação. Inteligência do art. 405 do Código Civil.

05. No que tange à correção monetária, sua incidência deve ocorrer a contar da data em que o valor do seguro poderia ter sido exigido. Todavia, considerando que não há nos autos a data em que, efetivamente, o autor teve negado seu pleito junto à Seguradora, a correção monetária deve incidir a contar da citação.

06. Considerando que o MM. Juiz sentenciante fixou percentual dos honorários advocatícios no mínimo legal (10% sobre o valor da condenação), não há que se falar em redução desse *quantum*.

07. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os senhores Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nídia Corrêa Lima - Relatora, Vasquez Cruxên e Lécio Resende - Vogais, sob a presidência do Desembargador Lécio Resende, em conhecer, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 10/10/2005.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de cobrança pelo procedimento comum sumário, movida por Hoottemberg Pedro dos Anjos contra “Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A”, “Executivos S/A Administradora e Promoções de Seguros”, e “Lares Corretora de Seguros”, por meio da qual pretende a condenação das rés ao pagamento de indenização correspondente a R\$ 7.000,00 (sete mil reais), acrescidos de juros e correção monetária, além da condenação nos ônus de sucumbência, em razão de ser beneficiário de contrato de seguro de vida em grupo e acidentados pessoais, entabulado com a primeira ré.

O MM. Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido deduzido pelo autor e excluiu a responsabilidade contratual das rés “Executivos S/A Administradora e Promoções de Seguros” e “Lares Corretora de Seguros”, ao tempo em que condenou a primeira ré, “Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A”, ao pagamento de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora no importe de 1% (um por cento), desde a citação. Condenou-a, ainda, ao pagamento das custas processuais, e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, bem como condenou o autor ao pagamento da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a título de honorários advocatícios, para a segunda e terceira rés.

Inconformada, a primeira ré - “Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A” - insurgiu-se contra a r. sentença *a quo* (fls. 160/175). Argúi, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que, à época do sinistro, não mais mantinha relação contratual com o autor. Ainda em preliminar, sustenta que o prazo prescricional da presente demanda é de um ano e, considerando que autor tomou ciência da sua invalidez na data de 20 de março de 2003 e somente ajuizou a ação em 30 de abril de 2004, a presente ação de indenização prescreveu.

No mérito, assevera que o autor não tem direito à indenização, uma vez que não padece de doença capaz de incapacitá-lo totalmente para o exercício de outras atividades laborais. Afirma que o contrato somente prevê a possibilidade de pagamento de indenização para os casos em que reste configurada a invalidez permanente

para o desempenho de toda e qualquer atividade remunerada. Alega, também, que o percentual fixado a título de honorários advocatícios é excessivo e abusivo, devendo ser reduzido. Por fim, pugna para que a correção monetária e os juros de mora sobre o valor da condenação passem a incidir a partir da data da prolação da r. sentença e não a contar da citação.

Guia de preparo juntada à fl. 176.

O autor ofereceu contra-razões às fls. 184/189, em que pugna pelo improvimento do recurso interposto pela primeira ré.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nídia Corrêa Lima (Relatora) - Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como disposto no relatório, a primeira ré - “Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A” - pretende a reforma da r. sentença *a quo*, alegando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, bem como a prescrição da presente ação de indenização. No mérito, assevera que o autor não tem direito à indenização, uma vez que não padece de doença capaz de incapacitá-lo totalmente para o exercício de outras atividades laborais e que o percentual fixado a título de honorários advocatícios é excessivo e abusivo, devendo ser reduzido. Por fim, aduz que a correção monetária e os juros de mora sobre o valor da condenação devem incidir a partir da data da prolação da r. sentença e não a contar da citação.

Analisando detidamente os autos, entendo que os argumentos trazidos pela recorrente não merecem prosperar.

Preliminarmente, não assiste razão à apelante quanto à sua ilegitimidade passiva *ad causam*, na medida em que entabulou contrato de seguro com o autor, o que, *per se*, já configura sua pertinência subjetiva no pólo passivo desta demanda. Vale dizer, a apelante, ao estabelecer uma obrigação contratual com o autor, colocou-se como titular de uma relação jurídica, de forma que sua legitimação passiva não pode ser afastada, *a fortiori* por restar demonstrado nos autos que o contrato de seguro estava em vigência quando ocorreu o sinistro envolvendo o autor.

De igual modo, não há que se falar em prescrição da presente ação, porquanto o lapso prescricional de um ano, previsto para o ajuizamento da ação indenizatória envolvendo contrato de seguro, não foi alcançado.

A questão a se definir é o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional de um ano. Com efeito, o Diploma Civilista em vigor repetiu a regra disposta no Código Civil de 1916, não só quanto ao prazo prescricional de um ano, como também ao estabelecer que o marco inicial da prescrição conta-se a partir do dia em que o interessado

tiver conhecimento do fato que deu origem à pretensão. (art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil de 1916).

Nesse passo, entendo que o documento de fl. 13 é o único a balizar o marco inicial para contagem do prazo prescricional, tendo em vista tratar-se de um relatório médico produzido pela segunda ré, datado de 06.05.2003, por meio do qual pode-se inferir que, a partir da aludida data, a pretensão do autor passou a ser resistida, devendo-se, contudo, considerar que a negativa por parte das rés, por óbvio, ocorreu em data posterior àquela constante no referido documento, porquanto foi a partir do relatório médico que o procedimento administrativo junto à seguradora teve início.

Desse modo, ainda que se considere, por presunção, que a pretensão do autor fora resistida em data pretérita à inequívoca negativa da seguradora em pagar o valor contratado, ou seja, em 06/05/2003, não há que se falar em prescrição, já que a ação foi proposta em 30.04.2004, portanto antes de se expirar o prazo prescricional definido no art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil de 1916.

Com essas considerações, rejeito as preliminares argüidas e passo ao exame do mérito.

Na questão de fundo, de igual modo, não assiste razão à apelante.

É que o contrato de seguro firmado entre o autor e a “Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A” não define a invalidez permanente como aquela decorrente de doença que torne o segurado totalmente incapaz de realizar outras atividades laborais. Na realidade, não há previsão contratual que condicione o pagamento do seguro somente na hipótese de o segurado, em razão da invalidez permanente, não conseguir desempenhar qualquer outra atividade remunerada.

A propósito, cumpre transcrever algumas cláusulas do aludido contrato de seguro, por meio do qual se pode deduzir que o autor preencheu os requisitos necessários para o recebimento do valor do seguro. Confira-se:

“5.a.1 - Objeto

A presente cláusula garante ao Segurado o pagamento de uma indenização calculada na forma prevista no subitem 5.a.5, caso ele venha a se tornar total e permanentemente inválido, em consequência de doença.

5.a.2 - Conceito

‘Consideram-se invalidez permanentemente total por doença aquela para a qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação.’

5.a.6 - Prova de Invalidez

5.a.6.1 - Considerar-se-á como prova e início da invalidez, a data

da concessão da aposentadoria por invalidez de Instituição de Previdência Oficial.”

Note-se que no conceito dado pela própria apelante não há vinculação da invalidez permanente, e conseqüentemente o pagamento do seguro, à possibilidade, ou não, de o segurado poder desempenhar “*toda e qualquer atividade remunerada*”, bastando, na verdade, que não possa mais exercer a atividade profissional que exercia ao realizar o contrato de seguro.

A propósito, trago à colação aresto desta Egrégia 3ª Turma Cível que corrobora esse entendimento. Confira-se:

“CONTRATO DE SEGURO. SEGURO EM GRUPO. INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE. DOENÇA. INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. PERÍCIA DO INSS. FUNÇÃO SOCIAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. I - HAVENDO ROBUSTA PROVA NOS AUTOS DE QUE A INCAPACIDADE DO APELADO É DE NÍVEL MÉDIO PARA MÁXIMO, QUE SEU QUADRO É IRREVERSÍVEL E PROGRESSIVO, QUE ESTE NÃO ESTÁ SE READAPTANDO E TODOS OS LAUDOS SUGERIREM SEU AFASTAMENTO DEFINITIVO DO SERVIÇO, NÃO HÁ AFIRMAR SER INEXISTENTE A INVALIDEZ OU QUE A INCAPACIDADE NÃO É PERMANENTE, DE FORMA QUE O APELADO FAZ JUS AO RECEBIMENTO DO SEGURO. II - PARA FAZER JUS AO BENEFÍCIO NÃO É NECESSÁRIO QUE A DOENÇA INCAPACITE O SEGURADO PARA TODA E QUALQUER ATIVIDADE LABORAL, BASTANDO QUE NÃO POSSA MAIS EXERCER A ATIVIDADE PROFISSIONAL QUE EXERCIA AO REALIZAR O CONTRATO DE SEGURO. III - A PERÍCIA MÉDICA REALIZADA PELO INSS A CADA 2 ANOS NÃO ATESTA QUE A INCAPACIDADE NÃO É PERMANENTE, SENDO APENAS UMA PRECAUÇÃO DO ADMINISTRADOR DILIGENTE AO CENCEDER O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA. IV - O FATO DA SEGURADORA PAGAR A INDENIZAÇÃO NOS TERMOS DO CONTRATADO NÃO PODE SER VISTO COMO ASSUMIR A FUNÇÃO SOCIAL QUE É DO ESTADO, MAS SIMPLES CUMPRIMENTO DO QUE EFETIVAMENTE ESTIPULADO NAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. V - NÃO SE ENCONTRA CARACTERIZADA A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ SE O APELANTE ESTÁ EXERCEN-

DO SEU DIREITO DE IRRESIGNAÇÃO E NÃO FICAR PLENAMENTE EVIDENCIADA SUA CONDUTA DESABONADORA. RECURSO IMPROVIDO.” (APC 19990110502507, Rel. Des. JERONYMO DE SOUZA, DJU 06/06/2001) (grifos incluídos).

Desse modo, não há como se mitigar o princípio da autonomia da vontade e se proceder a uma interpretação que não reflita a vontade das partes quando da avença contratual, uma vez que o pagamento do valor do seguro decorre exatamente da situação fática delineada nos autos e consta expressamente no contrato de seguro.

Também nesse particular, cabe transcrever trecho do *decisum a quo*, que bem discorreu sobre a responsabilidade contratual da apelante. Confira-se:

“Com o contrato de seguro assumiu a ré a obrigação de indenizar o autor em face de invalidez permanente total por doença...
... A prova documental produzida pelo autor demonstra que está aposentado pelo INSS, recebendo o benefício pela aposentadoria por invalidez, o que defluiu que foi considerado incapaz de exercer atividade laboral pela autarquia federal.
De outro lado, não há prova documental produzida pela ré, a fim de demonstrar a capacidade do autor para desempenhar atividade laboral.
Assim, ante a falta de mínimos elementos probatórios produzidos pela ré no sentido de comprovar a capacidade do autor para o desempenho de atividade laborativa é forçoso o reconhecimento da invalidez. Conseqüentemente, o suporte fático para a incidência da disposição contratual que dar suporte ao pedido condenatório.” (fls. 152/153).

Nesse diapasão, entendo que a r. sentença monocrática deve ser prestigiada, pois não há razão para se afastar a responsabilidade contratual da “Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A”.

No que concerne ao percentual fixado a título de verba honorária, verifico que não há o que minorar. De fato, como pretende a apelante ver reduzido o percentual da verba honorária, se fixado no mínimo legal?

Com efeito, a verba honorária deve ser fixada nos percentuais previstos no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, isto é, no mínimo de 10% (dez por cento) e máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, valendo-se o julgador de uma apreciação equitativa quanto ao zelo do profissional, o lugar em que foi realizado o trabalho, bem assim quanto à natureza e importância da causa, além do trabalho e tempo empregados, a teor do que dispõe as alíneas “a”, “b” e “c”, do supramencionado dispositivo legal.

Destarte, considerando que o MM. Juiz sentenciante fixou percentual dos honorários advocatícios no mínimo legal (10% sobre o valor da condenação), não há que se falar em redução desse *quantum*.

Referentemente à incidência da correção monetária e dos juros moratórios a partir da prolação de sentença, tenho que, mais uma vez, equivoca-se a apelante, pois, tratando-se de responsabilidade civil contratual, a incidência de juros de mora conta-se desde a citação e não da prolação da sentença. É que o próprio Código Civil, em seu art. 405, estabelece que os juros moratórios contam-se a partir da citação.

Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido, conforme se vê do aresto abaixo transcrito, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SALÁRIOS ATRASADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPC. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO VÁLIDA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, na correção monetária de diferenças salariais pagas em atraso, aplica-se o Índice de Preços ao Consumidor - IPC. 2. Consoante inteligência dos arts. 219 do Código de Processo Civil e 405 do Código Civil, os juros de mora são devidos a partir da citação. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 712.902/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 19.09.2005 p. 372).

No que tange à correção monetária, entendo que sua incidência deve ocorrer a contar da data em que o valor do seguro poderia ter sido exigido pelo autor, a teor do que dispõe a Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece, *in verbis*:

“Súmula 43 - Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.”

Todavia, verifico que o autor não logrou demonstrar em que data, efetivamente, teve negado seu pleito junto à Seguradora, razão por que deve a correção monetária incidir a contar da citação e não da data em que seria devido o pagamento do seguro, já que, vale repetir, o documento de fl. 13 - “declaração correspondente a invalidez por doença” - não se presta a comprovar a data do inadimplemento obrigacional da apelante, mas, tão-somente, a data em que o procedimento administrativo junto à Seguradora teve início.

Pelo exposto, **rejeito as preliminares argüidas e nego provimento** ao recurso interposto pela primeira ré - “Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A” -, para manter incólume a r. sentença hostilizada.

É como voto.

Des. Vasquez Cruxên (Vogal) - Com o Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal e Presidente) - Com a Turma.

DECISÃO

Conhecido. Rejeitada a preliminar. Negou-se provimento ao recurso. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011121580-5

Apelante - DETRAN/DF - Departamento de Trânsito do Distrito Federal

Apelado - Manoel Ludovico Mariano

Relator - Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Quarta Turma Cível

EMENTA

ADMINISTRATIVO - AÇÕES CAUTELAR E DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - MULTA - DIREÇÃO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL - AUSÊNCIA DE PROVA.

O Código de Trânsito Brasileiro exige, para a caracterização da hipótese tipificada no artigo 165, que o condutor do veículo apresente em sua corrente sanguínea concentração *“de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue”*.

Apenas o exame clínico é incapaz de aferir a quantidade de álcool no sangue do infrator. Não realizado o teste de alcoolemia apto a constatar a presença de álcool no sangue do condutor do veículo, em quantidade superior à descrita na norma legal, não se caracterizada a prática da infração prevista no artigo 165 do Código de Trânsito Nacional, a justificar a aplicação das penalidades nele previstas.

Remessa oficial e apelação cível conhecidas e desprovidas.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Des. Humberto Adjuto Ulhôa - Relator, Desa. Vera Lúcia Andrighi - Revisora e Des. Cruz Macedo - 1º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa em conhecer. Negar provimento aos recursos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da r. sentença recorrida (fls. 99/103), *verbis*:

“MANOEL LUDOVICO MARIANO ajuizou a presente AÇÃO CAUTELAR INOMINADA, com pedido de liminar contra o DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO DISTRITO FEDERAL, alegando que foi abordado por uma viatura da Polícia Militar quando se dirigia à sua residência, tendo os policiais militares determinado que descesse do veículo, acusando-o de embriaguez, sem sequer pedir a sua habilitação. Afirma que foi conduzido à Delegacia de Polícia e depois encaminhado à Perícia Técnica. Diz que em razão disso teve sua habilitação apreendida sob a acusação de violação ao art. 165 do CTB com a aplicação de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais), tendo apresentado defesa, sem êxito. Afirma que é motorista profissional, sendo que o laudo superficial e inconsistente, uma vez que não foi medida a dosagem etílica, fator indispensável para avaliar a capacidade de dirigir de um motorista.

PEDE a concessão de liminar, para suspender a aplicação da penalidade administrativa determinada pelo réu. Junta documentos, fls. 07 a 31

Em DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, fl. 32, indeferi a liminar, vindo o autor agravar de instrumento, fls. 34 a 41, tendo sido dado efeito suspensivo, fls. 43 a 46.

CITADO, por mandado, na pessoa de seu representante legal, fl. 48, o réu apresenta CONTESTAÇÃO, fls. 49 a 51, aduzindo que o autor foi flagrado dirigindo sob o efeito do álcool, o que ensejou a sua prisão e o encaminhamento ao IML, onde fez o exame de embriaguez. Afirma que o autor como motorista profissional deveria ser mais diligente e cumpridor das regras de trânsito, até mesmo porque tinha consciência de que estava em jogo a sua própria sobrevivência. PEDE a improcedência da ação. Junta documentos, fls. 52 a 62.

Em réplica, fls. 65 a 69, o autor afirma que a contestação é totalmente desprovida de provas e requer a procedência da ação.

No momento da especificação de provas, fl. 70, o réu, fls. 72, requer o julgamento antecipado da lide, enquanto o autor permaneceu silente, fl. 78.

“MANOEL LUDOVICO MARIANO propôs AÇÃO ANULATÓRIA, com pedido de liminar contra o DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO DISTRITO FEDERAL, visando a anulação de punição imposta pelo réu, bem como o cancelamento do

Auto de Infração e da multa dele decorrente. Alega que no dia 23/04/2004, por volta das 13h, foi abordado por dois policiais militares em uma viatura que o acusaram de dirigir embriagado. Relata que foi conduzido à Delegacia da Polícia do Lago Sul e encaminhado à Polícia Técnica, para a realização de exame de corpo de delito com o intuito de averiguar eventual embriaguez. Questiona o laudo o exame pericial realizado, o qual indicou seu estado de embriaguez, sem realização de exame de dosagem etílica, apenas baseando-se em exames clínicos realizados no autor que não são capazes de auferir a quantidade de álcool existente no sangue. Sustenta que a imposição de penalidade de quatro meses de suspensão do direito de dirigir baseou-se em auto de infração que não atende os requisitos necessários à sua produção conforme a lei. Notícia que a liminar requerida em processo cautelar foi deferida em agravo de instrumento. Colaciona jurisprudência. PEDE a anulação da punição imposta, bem como o cancelamento do auto de infração respectivo e da multa dele decorrente. Requer a concessão da gratuidade de justiça. Junta documentos, fls. 10 a 46.

CITADO, por mandado, na pessoa de seu representante legal, fls. 53, o réu apresentou CONTESTAÇÃO, fls. 56 a 60, aduzindo que a penalidade foi imposta ao autor, após processo administrativo em que lhe foi assegurada ampla defesa, com base no laudo de fls. 20/21, subscrito por dois peritos em consonância com os fatos. Afirma que o laudo foi conclusivo quanto à embriaguez e que embora não tenha sido realizado o exame de alcoolemia concluiu-se que houve infração. Assevera que o art. 277 do CTB não condiciona a constatação de embriaguez ao exame de alcoolemia, podendo ser auferida por outros meios disponíveis como o exame clínico que foi realizado por profissionais. Sustenta que a imprescindibilidade de exames laboratoriais somente se aplica ao uso de entorpecentes. PEDE a improcedência do pedido com a condenação do autor aos consectários legais. Junta documentos de fls. 61 a 89.

Em RÉPLICA, fls. 93 a 96, o autor afirma que é indispensável a quantificação da dosagem alcoólica existente no sangue do suspeito, para saber se a mesma ultrapassa o limite tolerável de seis decigramas por litro de sangue, o que só pode ser auferido em exame próprio, que não foi feito. Insiste nos pedidos iniciais e colaciona jurisprudência”.

Acrescento que o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido deduzido em ambos os processos para, confirmando a liminar deferida, anular a punição imposta no Processo Administrativo nº 055-006011/2004, cancelando, ainda, o auto de infração nº V 000.308427 e multa dele decorrente.

Inconformado, apela o DISTRITO FEDERAL, aduzindo que o estado de embriaguez pode ser averiguado na forma do artigo 277 do Código de Trânsito, no qual, dentre outros, encontra-se previsto o exame clínico, que, no caso em apreço, constatou que o autor encontrava-se impedido de dirigir veículos automotores em via pública, conforme laudo emitido pelo Instituto Médico Legal (fls. 20/21).

Sustentando estar comprovado o estado de embriaguez alcoólica do autor, pede seja conhecido e provido o recurso, para que seja reformada a r. sentença hostilizada.

Em contra-razões, o apelado refuta os termos da peça recursal, pugnando pela manutenção da r. sentença hostilizada.

Recorrente, isento de recolhimento de preparo (artigo 511, § 1º, do CPC).

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de remessa de ofício e de apelação cível interposta pelo DETRAN/DF - DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO DISTRITO FEDERAL, contra a r. sentença que julgou procedente o pedido deduzido nas ações cautelar e de anulação de penalidade administrativa e de auto de infração, ajuizada por MANOEL LUDOVICO MARIANO.

Em seu recurso o DISTRITO FEDERAL afirma que restou devidamente comprovado o estado de embriaguez do autor no momento da infração, tendo em vista que este foi submetido a exames clínicos realizados no Instituto Médico Legal, que constatou o seu impedimento para dirigir veículos automotores em vias públicas.

Acrescenta que o estado de embriaguez pode ser apurado na forma do artigo 277 do Código de Trânsito, que prevê, dentre outros métodos, o exame clínico.

Nada obstante os argumentos expendidos pelo recorrente, a r. sentença não merece reforma.

O laudo de exame de corpo de delito acostado aos autos principais, (fl. 84 e verso), assinado por dois médicos-legistas, concluiu pela embriaguez do ora agravante, baseado, tão somente, em exames clínicos realizados no periciando, assim descrito, na parte em que interessa, *verbis*:

“Marcha titubeante, equilíbrio estático alterado, orientação preservada, memória preservada, pensamento lógico, coordenação

motora alterada, estado emocional calmo, elocução arrastada, hábito etílico presente, conjuntivas hiperemiadas, pupilas normais, frequência cardíaca 100 bpm, mais o seguinte: XXXX”

Efetivamente, foi assegurado ao apelado o exercício da ampla defesa e o contraditório em sede de processo administrativo via administrativa, ocasião em que levantou as questões trazidas à via judicial. Naquela oportunidade, os argumentos expedidos pelo ora apelado foram rejeitados por não terem sido considerados capazes de descaracterizar a infração cometida.

Com efeito, dispõe o artigo 165 do Código Brasileiro de Trânsito, *verbis*:

“Art. 165 - Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

- Infração - gravíssima;

- Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir”. (grifei)

Remete o dispositivo supracitado aos meios de prova de que se deve valer a Administração Pública, previstos no artigo 277 do mesmo diploma legal, assim redigido, *verbis*:

“Art. 277 - Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Parágrafo único. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.”.

Assim, pelas normas legais que regem a matéria, verifico imprescindível a constatação da quantidade de álcool no sangue do suposto infrator.

O Código de Trânsito exige, para a configuração da figura típica prevista no artigo 165, que o condutor do veículo apresente em sua corrente sanguínea concentração “de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue”. O exame clínico, é incapaz de auferir a quantidade de álcool no sangue do infrator.

A meu ver, não sendo realizado o teste de alcoolemia apto a constatar o estado a presença de álcool no sangue do condutor do veículo em quantidade superior à descrita

na norma legal, não resta caracterizada a prática da infração tipificada no artigo 165 do Código de Trânsito Nacional, a justificar a aplicação das penalidades nele previstas.

Neste sentido, trago à colação julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CARTEIRA DE HABILITAÇÃO DE MOTORISTA. APREENSÃO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. TESTE DE ALCOOLEMIA. NÃO REALIZAÇÃO. ART. 277, DO CTB. VIOLAÇÃO. I - O art. 277, da Lei nº 9.503/97 - o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) prevê que, uma vez suspeita a embriaguez, deve ser o condutor do veículo submetido a testes de alcoolemia para se averiguar se possui concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue, situação em que estaria ele impedido de dirigir veículo automotor (art. 276, do CTB). II - Tem-se como violado o art. 277, do CTB, quando o condutor de veículo automotor tem sua habilitação apreendida por embriaguez sem se submeter ao teste de alcoolemia descrito no referido dispositivo legal. III - Recurso especial provido”. (Primeira Turma - Resp 247123/RS - Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO - DJU 31.05.2004)

No mesmo sentido é a jurisprudência desta egrégia Corte. Confira-se:

“ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO - DIREÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DE ALCOOL - AUSÊNCIA DE PROVAS. - Não demonstrada a realização de exame apto a constatar o estado de embriaguez do eventual infrator, a teor do artigo 277 do CTB, não se evidencia a prática da infração tipificada - direção sob a influência de álcool - prevista no artigo 165, do mesmo diploma legal”. (5ª Turma Cível - APC 1999.01.1.075183-4 - Rel. Des. DÁCIO VIEIRA - DJU 26.08.2004)

Com essas considerações, nego provimento à Remessa Oficial e ao recurso voluntário, mantendo íntegras as r. sentenças proferidas nos processos cautelar e principal.

É como voto.

Desa. Vera Lúcia Andrighi (Revisora) - Conheço da apelação e da remessa necessária porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

MANOEL LUDOVICO MARIANO propôs ação cautelar preparatória contra o DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO DISTRITO FEDERAL - DETRAN/DF,

objetivando suspender a aplicação de penalidade administrativa determinada pelo réu, consubstanciada na apreensão da sua Carteira Nacional de Habilitação, sob a alegação de dirigir embriagado, art. 165 do CTB; na suspensão do direito de dirigir pelo prazo de quatro meses; e na aplicação de multa no valor de R\$ 1.000,00, pois não houve exame para medir a dosagem etílica em seu sangue. Alega que por ser motorista profissional, a CNH é indispensável.

A liminar foi indeferida por decisão do MM. Juiz (fl. 32), que a reconsiderou após concessão de efeito suspensivo solicitado no agravo de instrumento interposto pelo autor (fls. 43/6).

Posteriormente, o autor propôs ação principal contra o DETRAN-DF, pretendendo anular o ato administrativo que lhe impôs as penalidades narradas na cautelar, porque o exame de corpo de delito (fls. 20/1) realizado pelo Departamento de Polícia Técnica, que indicou seu estado embriaguez, não permite verificar se a quantidade de álcool excede seis decigramas por litro, limite tolerável pela legislação de trânsito, o que só poderia ser aferido mediante exame de dosagem etílica. Requer a anulação da pena de apreensão de sua CNH, o cancelamento do respectivo auto de infração e da multa aplicada.

A r. sentença (fls. 99/103) julgou simultaneamente a ação principal e a cautelar. Na cautelar, confirmou a liminar deferida e determinou a devolução da habilitação do autor e, no processo principal, anulou a punição imposta no Processo Administrativo 055-006011/2004, cancelou o auto de infração V 000.308427 e a respectiva multa. O DETRAN-DF foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 200,00 para ambos os processos.

O DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO DISTRITO FEDERAL - DETRAN/DF interpôs apelação (fls. 107/13 - processo principal), sustentando que os ônus da prova competiriam ao autor, ou seja, deveria comprovar que não estava embriagado; o exame de corpo de delito realizado pelo IML atestou a embriaguez e os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; o art. 277 do CTB estabelece que a embriaguez pode ser apurada por exame clínico, o qual tem amparo na Resolução do CONTRAN nº 81/98; e o art. 276 do CTB estabelece que além do limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue, o CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia. Requer o provimento do recurso.

Passo a apreciar a apelação e a remessa necessária.

A causa de pedir de ambos os feitos é a nulidade do auto de infração que impôs ao autor as penalidades de apreensão de sua CNH, a suspensão do direito de dirigir pelo prazo de quatro meses e multa, sob o fundamento de que o exame de corpo delito realizado pelo IML (fls. 20/1) não permite aferir se a quantidade de álcool no sangue do infrator superou o limite previsto no art. 276 do CTB, dosagem que só poderia ser verificada pela realização de exame de alcoolemia.

Tais alegações foram provadas, pois o autor juntou aos autos o auto de infração, a decisão do Diretor do DETRAN-DF que aplicou a penalidade narrada na inicial e o laudo de exame de corpo de delito nº 12438/04 (fls. 16/21).

Apesar do exame de corpo de delito realizado pelo IML ter atestado a embriaguez, o art. 165 do CTB estabelece que existirá infração se o condutor do veículo “*dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue*”, ou seja, o dispositivo legal prevê um elemento objetivo - a dosagem etílica - que não pode ser verificado por exame clínico, baseado apenas em observação do periciando e sem utilizar aparelhos laboratoriais.

Outro dispositivo do CTB que prevê a tolerância máxima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para condutores de veículo automotor é o art. 276, *in verbis*:

“Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor (...)”.

A respeito da competência para o CONTRAN estipular índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia, nos termos do parágrafo único do supracitada artigo, essa autorização legal não permite reduzir o nível tolerado de álcool por litro de sangue, previsto nos arts. 156 e 276 do CTB.

O que ocorre é que para cada teste de alcoolemia, o índice utilizado não é o mesmo do exame sangüíneo, que é medido em decigramas de álcool por litro de sangue, porém todos aqueles devem corresponder à concentração etílica máxima prevista no CTB para que se configure a infração de trânsito.

Mesmo o art. 277 do CTB prevendo que “*todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado*”, o exame clínico, representado pelo laudo de exame de corpo de delito, é incapaz de atestar o estado de embriaguez, o qual, ressaltado, deve ser de *seis decigramas por litro de sangue*. Portanto, a perícia de que trata o art. 277 do CTB não pode ser feita apenas pela observação do suposto infrator pelos peritos da Polícia Civil, devendo ser complementado por exame laboratorial ou outra forma de teste equivalente quando houver suspeita de embriaguez do condutor de veículo automotor.

O argumento do apelante de que o exame clínico com laudo conclusivo e firmado pelo examinador da Polícia Civil, tal como dispõe o inc. II do art. 1º da Resolução nº

81/98 - CONTRAN, exime teste em aparelho de ar alveolar (bafômetro) ou exame realizado por laboratório especializado, não tem o condão de modificar a r. sentença, pois, caso contrário, estar-se-ia permitindo punir motoristas que não se encontram em estado de embriaguez, o qual só ocorre quando constatado os seis decigramas de álcool por litro de sangue ou índice equivalente.

Frise-se que a Resolução nº 81/98 - CONTRAN também prevê a dosagem de seis decigramas de álcool por litro de sangue, conforme seu art. 1º, *caput*.

Sobre a questão colaciono o seguinte julgado do e. Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CARTEIRA DE HABILITAÇÃO DE MOTORISTA. APREENSÃO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. TESTE DE ALCOOLEMIA. NÃO REALIZAÇÃO. ART. 277, DO CTB. VIOLAÇÃO. I - O art. 277, da Lei nº 9.503/97 - o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) prevê que, uma vez suspeita a embriaguez, deve ser o condutor do veículo submetido a testes de alcoolemia para se averiguar se possui concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue, situação em que estaria ele impedido de dirigir veículo automotor (art. 276, do CTB). II - Tem-se como violado o art. 277, do CTB, quando o condutor de veículo automotor tem sua habilitação apreendida por embriaguez sem se submeter ao teste de alcoolemia descrito no referido dispositivo legal. III - Recurso especial provido”. (REsp 247123/RS; Recurso Especial 2000/0009017-4; Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO; órgão julgador Primeira Turma; data do julgamento 06/05/2004; data da publicação/fonte: DJ 31.05.2004 p. 176)

Isso posto, conheço da apelação e da remessa necessária e nego provimento a ambas.

É o voto.

Des. Cruz Macedo (1º Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento aos recursos. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA EX-OFFICIO Nº 2003011118551-7

1º Apelante - PROCON/DF - Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal

2º Apelante - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Apelado - SINPETRO/DF - Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes

Relator - Des. Dácio Vieira

Quinta Turma Cível

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR, COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO EFETUADO COM CARTÃO DE CRÉDITO. VENDA À VISTA DE PRODUTOS COMBUSTÍVEIS. COBRANÇA INDEVIDA DE PREÇO DIFERENCIADO.

1. A compra e venda efetuada por meio de cartão de crédito caracteriza-se como operação “à vista”, não se trata de venda a crédito, pois o cartão nada mais é do que uma substituição da moeda. Em assim sendo, o comprador imediatamente faz o pagamento de produtos combustíveis em troca de sua aquisição. Precedentes jurisprudenciais.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Dácio Vieira - Relator, Luciano Vasconcellos - Revisor e Haydevalda Sampaio, sob a presidência da Desembargadora Haydevalda Sampaio em, conhecer e dar provimento aos recursos voluntários e oficial. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 8 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Integro como parte desta exposição o anterior relatório constante da Parecer ministerial de folhas 343/351, que ora leio:

“Cuida-se, na origem, de ação mandamental preventiva com pedido de liminar *inaudita altera pars* impetrada pelo SINPETRO/

DF- Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal contra ato praticado pelo Diretor Presidente do Procon-DF, com vistas a impedir autuações relativas à cobrança diferenciada quando os produtos combustíveis forem pagos mediante cartão de crédito.

O impetrante, na inicial, diz que a legitimidade ativa do Sindicato encontra guarida no inciso XXI, Constituição Federal de 1988, demonstrando que a jurisprudência já unificou o entendimento da possibilidade da representação processual das entidades associativas.

O sindicato, impetrante do *mandamus* constitucional, sustenta que a utilização do cartão de crédito, como forma de pagamento à vista ou a prazo, onera o revendedor com taxa de administração e, caso o pagamento seja realizado a prazo, ainda há, entre outros custos, os juros pagos à administradora do cartão.

Esclarece que as taxas cobradas pelas administradoras são altíssimas, levando em consideração a margem de lucro líquido auferido pelo posto revendedor.

Afirma que o pagamento a prazo com cartão de crédito não deve ser considerado pagamento à vista, além de que os únicos beneficiários desta espécie de transação comercial são os próprios usuários de cartões de crédito.

Diz o impetrante que os atos praticados pelo Procon-DF caracterizam-se pelo abuso de poder, ofendendo a direito líquido e certo, uma vez que ao interferir na atividade econômica dos filiados do impetrante inviabiliza a venda a prazo.

Aduz na peça exordial que o consumidor tem ciência de que os custos operacionais do cartão de crédito devem ser suportados por quem de fato está utilizando o crédito do cartão, ou seja, o titular do cartão e não por quem efetua ou garante o pagamento, no caso, a administradora ou detentora do cartão de crédito, e por isso se justifica a necessidade de deixar livre a regulação dos preços. Defende, assim, que o único beneficiário é o titular do cartão de crédito, pois utiliza o crédito e a prazo e nada paga por este benefício, ficando os encargos por conta do Posto revendedor.

Em relação ao direito líquido e certo, o impetrante do *mandamus*, se prende ao fato de que a iniciativa privada tem garantia constitucional da livre concorrência, por isso não pode sofrer

interferência do Poder Público para tabelar preços ou impedir a competição de livre comércio.

Consubstancia sua tese em alguns julgados do STJ, TRF 5º região, entre outras.

Quanto à necessidade e urgência de decisão liminar, afirma que devem ser cessados os efeitos do ato lesivo ora impugnado e possam os filiados do impetrante exercer o livre comércio, praticando preços diferenciados entre venda a prazo e à vista, pela modalidade de cartão de crédito. Requer, assim, a concessão da segurança para confirmar a decisão liminar e suspender o ato impugnado.

Às fls. 65/66 foi concedida medida liminar em mandado de segurança.

Às fls. 72/78, o Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo.

(...)

O Ministério Público apresentou parecer de fls. 140/162 alegando o não conhecimento deste *writ*, por ter operado o instituto da decadência, e, caso conhecido, pela denegação da segurança.

Às fls. 164/170 o juiz prolatou a sentença concedendo a segurança nos termos da inicial, extinguindo o processo com fulcro no art. 269, I, do CPC.

Irresignado com a decisão, o Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal- Procon-DF, interpôs recurso de apelação de fls. 175/194, alegando, preliminarmente, ter se operado a decadência, pois a autuação do posto de gasolina Aquarius Auto Posto ocorreu no dia 03 de novembro de 2003 e a interposição do *writ* deu-se no dia 26 de dezembro de 2003 tendo ocorrido mais de 450 dias, quando a lei impõe o prazo decadencial de 120 dias, e, caso não seja acolhida a preliminar, que o mandado de segurança seja julgado improcedente.

(...)

O Sindicato do Comércio Varejista de combustíveis e lubrificante do Distrito Federal- SINPETRO, apresentou contra-razões de fls. 282/296, requerendo, preliminarmente, o desentranhamento dos documentos colacionados aos autos pelo apelante, uma vez que precluso o prazo legal para a sua juntada, e, no mérito, que seja julgada a total improcedência da apelação.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresentou

recurso de apelação às fls. 300/317 postulando pela reforma da sentença e conseqüente denegação da segurança.

(...)

As contra-razões do SINPETRO foram apresentadas, tempestivamente, às fls. 321/334, requerendo a manutenção da sentença de primeiro grau.

(...)”

Acrescento que o i. representante do *Parquet*, oficiou pelo “CONHECIMENTO e PROVIMENTO aos recursos das apelações do Ministério Público e do Procon-DF, da mesma forma dando provimento à remessa *ex-officio*, sendo reformada a decisão do juízo de 1º grau”.

É o relatório.

VOTOS

Des. Dácio Vieira (Relator) - Conheço dos recursos voluntários, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade, bem como do reexame necessário (artigo 475, I, do CPC).

Como visto dos autos, o ponto nodal da *vexata quaestio* cinge-se em se perscrutar se o pagamento levado a efeito por meio de cartão de crédito é considerado à vista ou não, de modo a permitir a diferenciação de preços dos produtos colocados à disposição do consumidor, como sustenta o Sindicato apelado.

A propósito, a orientação pretoriana, sobre o tema, sinaliza que:

“(...) PREÇOS DIFERENCIADOS PARA VENDA À VISTA E NO CARTÃO DE CRÉDITO (...)”

IV. “A administradora do cartão de crédito se responsabiliza, diante do lojista, pelo pagamento dos gastos efetuados pelo portador do cartão, e o lojista se obriga a entregar a coisa ao comprador, mediante apresentação do cartão de crédito, pelo mesmo preço praticado nas venda à vista” (AC nº 1997.01.005723-1-DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJU/II de 22.05.98). A compra e venda por cartão (contrato atípico), constitui, portanto, operação “à vista”, cujo pagamento fica a cargo da Administradora, perante a qual se obrigou o vendedor a receber. No mesmo diapasão: AC nº 96.01.90046-0, Relª Juíza Eliana Calmon, DJU/II de 17.06.96.” [TRF-1, 3ª Turma, AC nº 01563938-GO, rel. Juiz Conv. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ de 10-11-00, p. 44] - grifos

nossos.

“CONTRATO MERCANTIL - CARTÃO DE CRÉDITO - NATUREZA DA COMPRA E VENDA - OPERAÇÃO À VISTA, SOB O PRISMA JURÍDICO - HIPÓTESE EM QUE REPUTA-SE A VENDA PERFEITA E ACABADA COM A ASSINATURA DA NOTA PELO CONSUMIDOR - EVENTUAIS PREJUÍZOS PELA DEFASAGEM DO VALOR DA MOEDA QUE DEVEM SER RESSARCIDOS PELA EMISSORA DO CARTÃO - TITULAR, ADEMAIS, QUE TEM O PRIVILÉGIO DE UMA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS - RECURSOS PROVIDOS. Na compra e venda com utilização de cartão, assinada a correspondente nota pelo seu titular, reputa-se a venda perfeita e acabada, de sorte que nada mais tem o fornecedor a reclamar daquele por conta do preço. Conseqüentemente, essa operação pode ser qualificada como à vista, pois venda à vista é aquela em que o comprador imediatamente faz o pagamento da coisa em troca de seu recebimento”. [TJSP, 2ª Câmara Cível, AC nº 217.072-1, rel. Des. Donaldo Armelin, J. 21.03.1995].

No mesmo sentido: JTJ 180/09.

Destarte, não se pode deixar em obliúvio a disposição do artigo 39, da Lei nº 8.078/90 - CDC, que veda ao fornecedor de produtos ou serviços, a realização de práticas abusivas, ou seja, práticas antiéticas ou com uma carga excessiva de má-fé, o que ocorre, efetivamente, no presente caso, onde há fixação de preços diferenciados nas vendas através de cartão de crédito, de modo a torná-las mais onerosas para o consumidor.

O i. representante do *Parquet*, ao oficiar no feito, às folhas 347/351, registrou:

“O cartão de crédito tem por finalidade prestar serviços de intermediação de pagamentos à vista entre consumidor e fornecedor pertencente a uma rede credenciada. É assim que o Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor- DPDC, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça define Cartão de Crédito.

Vê-se, apenas com a leitura do conceito acima, que a compra

realizada via cartão de crédito é PAGAMENTO À VISTA. E, se a compra é à vista, não pode haver diferença de preço conforme portaria 04/94 (Sunab) e n.34/89 M.J..

O pagamento considerado à vista pode ser realizado não só com dinheiro mas também por qualquer meio representativo do dinheiro. Neste conceito está incluído, portanto, o pagamento por meio de cartão de crédito. Como bem define o doutrinador Fran Martins:

‘Venda à vista é aquela em que o comprador imediatamente faz o pagamento da coisa em troca do seu recebimento.’

O cartão nada mais é do que uma substituição de moeda. É um ato liberatório definitivo. Portanto, não é o meio utilizado para o pagamento critério suficiente para determinar se uma compra será considerada à vista ou a prazo para o consumidor.

Impende se verificar que a Portaria nº 118 de 1994, do Ministério da Fazenda diz no inciso I, § único, art 1º :

‘Art 1º Dispensar a obrigatoriedade da expressão de valores em cruzeiro real nas faturas duplicatas e carnês emitidos por estabelecimentos industriais, comerciais e de prestação de serviços, representativos de suas vendas a prazo, inclusive para serem liquidados com prazo inferior a trinta dias, observado o seguinte:

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também às faturas emitidas por empresas administradoras de cartão de crédito, caso em que:

I - não poderá haver diferença de preços entre transações efetuadas com o uso do cartão de crédito e as que são em cheque ou dinheiro’.”

Há de se observar que esta regra é advinda do período de transição entre os antigos governos Collor- Itamar, em que a inflação era alta, e que hoje já não se verifica tal qual naquela época. Deve-se então aplicar o bom senso de que, se naquele momento histórico não deveria haver diferença entre os preços à vista e a prazo, por qual razão deve haver tal diferença hoje, em época de inflação controlada?

Desta forma, a partir de 1994 começou a se solidificar o entendimento de que

é ato abusivo do comerciante praticar preços diferenciados entre pagamento à vista e a prazo não superior a 30 dias.

Corroborando a mesma linha de entendimento, está a Lei n. 5.474 de 1968, ainda em vigor que dispõe no seu art. 1º que:

“vendas para recebimento do preço em até 30 dias são consideradas como venda à vista”.

Saliente-se que, no momento do pagamento com cartão de crédito, a venda considera-se perfeita e acabada. Caso o usuário do cartão de crédito não quite seu débito com a administradora, o comerciante receberá seu crédito. E, se caso não haja o pagamento pelo usuário, não haverá a resolução do contrato com a devolução da mercadoria adquirida pelo consumidor diretamente ao próprio comerciante que lhe vendeu, o que não prosperaria caso houvesse um financiamento entre consumidor e comerciante, sem intermédio de qualquer administradora de cartão de crédito. Como diz acertadamente o ilustríssimo doutrinador Reynaldo Ribeiro Daiuto:

“Assim, o comerciante não corre o risco de uma venda a prazo com possibilidade de inadimplência. O problema é com a com a administradora. O fornecedor obriga-se a pagar uma comissão à administradora ao fazer, o comprador, portador do cartão, uma venda à vista sem nenhum tipo de acréscimo”.

Verifica-se que a inadimplência neste caso é inexistente.

Outro fato relevante é de que não são as revendedoras de produtos carburantes obrigadas a vender seus produtos com cartão de crédito. Se fazem, deve haver lucro.

Não bastassem todos os argumentos trazidos à baila, não se pode olvidar que o contrato realizado entre o estabelecimento comercial e a administradora de cartão de crédito traz expressamente a cláusula contratual abaixo transcrita:

“CLÁUSULA SÉTIMA - O estabelecimento deverá cobrar nas transações realizadas mediante uso de cartão, preço igual ao praticado nas vendas realizadas em dinheiro, sem acréscimo de quaisquer encargos ou taxas de qualquer natureza, oferecendo aos portadores as mesmas condições e/ou vantagens promocionais oferecidas a outros meios e formas de pagamento”.

Caso o estabelecimento comercial se veja onerado excessivamente quanto às taxas pagas à administradora, deve insurgir-se contra esta, buscando negociar novas taxas e não onerando o consumidor, parte hipossuficiente desta relação

contratual.

Há decisão do e. TJSP na mesma linha de pensamento:

“De outra parte, os fornecedores beneficiam-se com o aceno mercadológico decorrente da realização de operações mediante a utilização do cartão de crédito. Se aceitaram tais vantagens deverão assumir o risco de eventuais desvantagens, as quais poderão propiciar a renegociação de seu vínculo contratual com a empresa emissora de cartões ou mesmo a cessação deste. É de nossa aceitação o brocardo no sentido de que quem desfruta dos benefícios há de suportar eventuais prejuízos relativos ao mesmo negócio jurídico (*qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*).”

Desta forma, não pode o dono do estabelecimento transferir o ônus para o consumidor.”

Não pode ser desconsiderado, além do mais, que eventual custo decorrente da utilização de cartões de crédito é um ônus que advém da própria atividade mercantil, não se revelando, assim, razoável, que se repasse este encargo para o consumidor, notadamente porque manifesta, no ato de aquisição de um bem, com o uso do cartão, a forma de pagamento eleita originariamente.

Certo é que, já em última análise, a operação levada a efeito por meio de cartão de crédito “**não se trata de venda a crédito**, por isso que a assinatura do portador na nota de venda implica a atribuição a esta da condição de um título pro soluto em relação a quem a firmou” [Orlando Gomes, in “Contratos”, Forense, pp. 537/538].

Ora, como visto, as vendas a cartão de crédito não poderiam ser consideradas como sendo a prazo, na medida em que a operação mercantil é considerada “à vista” quando o comprador faz imediatamente o pagamento da coisa em troca do seu recebimento. Destarte, torna-se descabida, portanto, a prática de preços diferenciados na comercialização de produtos, cujo pagamento é realizado mediante cartão de crédito, em dinheiro ou cheque, porquanto há similaridade jurídica entre esta modalidade de negócio.

Forte, pois, nesses fundamentos, adrede expendidos, dou provimento aos recursos voluntários e por força do reexame necessário reformo a sentença de 1º grau para denegar a segurança. Custas *ex vi lege*. Sem honorários a teor das Súmulas nº 512/STF e nº 105/STJ.

É como voto.

Des. Luciano Vasconcellos (Revisor) - Recorrem o Procon/DF e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios da sentença proferida pelo juízo da Sexta Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, que concedeu a segurança ao recorri-

do, confirmando a liminar anteriormente deferida, para que a autoridade coatora se abstinhasse de autuar os filiados do recorrido pela cobrança diferenciada nas vendas efetuadas com cartão de crédito, reconhecendo, ainda, o direito líquido e certo dos filiados do impetrante de cobrar preço diferenciado para a venda de combustível com cartão de crédito.

Recursos do Procon (fls. 176/277) e do Ministério Público (fls. 301/317) recebidos no efeito devolutivo (despachos de fl. 279 e 319), e contra-arrazoados às fls. 282/298 e 321/334.

Relatório do Senhor Desembargador Relator de fls.353/357, vindo a mim os autos na condição de revisor, que pedi dia.

Este o relatório.

Conheço do recurso porque presentes as condições para a sua admissibilidade.

Enfrento, inicialmente, a preliminar de decadência suscitada em ambos os recursos.

A preliminar não merece acolhimento, pois não se busca provimento que anule sanções anteriormente aplicadas pelo Procon/DF, uma vez que, por se tratar de mandado de segurança preventivo, objetiva obstar a autuação e aplicação de novas multas por parte da autoridade coatora. Resta, pois, evidente que a ameaça na qual se fundamenta o presente *mandamus* prolonga-se no tempo, já que os estabelecimentos filiados ao impetrante estão permanentemente sujeitos à poder fiscalizatório do PROCON/DF e, em consequência, passíveis de sofrerem aplicação de sanções.

Rejeito, pois, a preliminar e passo ao exame do mérito da causa.

Penso que a sentença deve ser reformada.

Explico-me.

Busca o impetrante provimento jurisdicional que lhe assegure praticar preços diferenciados na venda de combustíveis com cartões de crédito, em razão do custo operacional desta transação. Por sua vez, sustentam o Procon/DF e o *Parquet* que as vendas com cartões de crédito têm natureza de venda a vista, razão pela qual seria ilegítima a cobrança diferenciada.

Não se pode olvidar que os contratos entabulados entre os comerciantes e as administradoras de cartões de crédito o são por pura liberalidade, tendo o comerciante a opção de não efetuar este tipo de transação.

A tese defendida pelo impetrante, de se poder cobrar preços diferenciados por conta das vendas com cartão de crédito, coloca o comerciante na cômoda posição de, além de ter garantido o recebimento do valor da operação comercial realizada, poder repassar os ônus decorrentes dessa garantia ao usuário do cartão, levando-se em conta que uma vez aprovada a operação, as operadoras de cartão se responsabilizam pelo pagamento.

Em contrapartida, o consumidor assume todos os encargos pela utilização

desta modalidade de pagamento, já que ao adquirir o cartão, passa a pagar as taxas e anuidades daí decorrentes e, depois, ao fazer uso do cartão junto aos estabelecimentos comerciais, suporta os encargos repassados pelos comerciantes.

Além disso, como já exposto, os estabelecimentos comerciais não estão obrigados a estabelecer convênio com as administradoras de cartões de crédito. Se o fazem, é porque, pesando as vantagens e desvantagens daí decorrentes, vislumbram ser benéfica a aceitação dessa modalidade de pagamento. Frise-se que, tornando-se por demais onerosas para os associados do apelado as vendas com cartões de crédito, nada os impede de rescindirem os contratos com as administradoras, podendo praticar as transações comerciais somente mediante o recebimento de cheque, dinheiro ou débito em conta.

Diante do exposto, legítima a atuação do Instituto de Defesa do Consumidor - PROCON/DF, no sentido de fiscalizar e autuar os estabelecimentos comerciais filiados ao impetrante, pela adoção de preços diferenciados para as operações comerciais realizadas por meio de cartões de crédito e aquelas com pagamento em dinheiro, cheque ou débito em conta corrente.

Por tais razões, DOU PROVIMENTO aos recursos para, reformando integralmente a r. sentença, denegar a segurança vindicada na exordial. Por conseguinte, torno insubsistente a liminar deferida às fls. 104/105.

Sem honorários, nos termos das súmulas 512 do colendo Supremo Tribunal Federal e 105 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento aos recursos voluntários e oficial. Unânime.

————— • —————

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998091001687-4

Apelante - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Apelado - N.M.B. da S.

Relator - Des. Lecir Manoel da Luz

Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL - FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4.º, INCISO III DO CÓDIGO PENAL) E RECEPÇÃO (ARTIGO 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) - 1.º ACUSADO - EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL - FALECIMENTO ANTERIOR À DATA DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - 2.º ACUSADO - ABSOLVIÇÃO - ARTIGO 386, INCISO VI, DO CPP - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO *EMENDATIO LIBELLI* - ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - RECURSO DESPROVIDO - UNÂNIME.

Sabidamente, o réu defende-se da imputação contida no bojo da peça acusatória, ou seja, do fato delituoso descrito e não da capitulação legal contida na aludida exordial.

No instituto da *emendatio libelli*, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, a circunstância elementar caracterizadora do delito há de estar descrita na denúncia, podendo o Juiz, ao prolatar a sentença, aplicar, inclusive, pena mais grave, não sendo necessário, para tanto, a prévia oitiva da defesa.

Infere-se da r. sentença monocrática que o il. Magistrado *a quo*, ao prolatar a sentença monocrática, absolveu o acusado N.M.B. da S., com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código Penal, aplicando-se, *in casu*, o princípio *in dubio pro reo*.

A conduta imputada ao Apelado, qual seja, a de ter recebido veículo roubado pelo co-indiciado em troca de certa quantidade de droga ilícita, não foi confirmada no curso do procedimento judicial.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Lecir Manoel da Luz - Relator, Sérgio Bittencourt - Revisor, Mario Machado - Vogal, sob a presidência do Desembargador Sérgio Bittencourt, em desprover. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

A.V.B. e N.M.B. da S. foram denunciados, respectivamente, como incurso nas penas do artigo 155, § 4.º, inciso III do Código Penal e, do artigo 180, *caput*, do mesmo diploma legal, pela prática da seguinte conduta delituosa:

“Em 1º.11.97, por volta das 10:45hs, no estacionamento da Feira sito à (sic) EQR 311/313, Samambaia/DF, o 1.º denunciado, de forma livre e consciente, subtraiu, com uso de uma chave mixa, o veículo GM/Marajó, cor prata, placa JER 4459-DF, ano 88, de propriedade de D.G. da S., no valor de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), tendo a *res* sido recebida pelo 2.º denunciado de forma livre e consciente, em troca de droga.

Consta dos autos que o citado veículo, após a subtração efetivada pelo 1.º denunciado, foi entregue para N.M.B. da S. em troca de 200 gramas de maconha.

Após, a *res furtiva* foi localizada, por indicação de N. (2.º denunciado), na Q. 913, Bloco “E”, do Cruzeiro Velho, sem o rádio, bem como no seu interior encontrou-se a chave mixa utilizada no evento criminoso”. Fls. 02/03.

Em sentença prolatada às fls. 156/161, o MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF julgou improcedente a ação penal, absolvendo o acusado N.M.B. da S., com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, bem como para determinar a exclusão do pólo passivo da relação jurídico-processual de A.V.B., porquanto à data do oferecimento da denúncia (19.06.98) já havia falecido (12.11.97), conforme demonstra a certidão de óbito acostada aos autos, à fl. 146.

Irresignado, recorre o il. Representante *parquet* à fl. 163, pleiteando, em breves razões de fls. 164/170, a reforma da r. sentença monocrática, alegando que o il.

Magistrado *a quo* fundamentou o decreto absolutório, ao argumento de que a conduta descrita na exordial subsume-se a tipo penal diverso da capitulação dada pelo Ministério Público.

Sustenta, assim, que a hipótese dos autos é a aplicação do instituto do *emendatio libelli*, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal.

N.M.B. da S., em contra-razões de fls. 172/178, pugna pelo conhecimento e improvimento da apelação.

A douta Procuradoria de Justiça, em Parecer da lavra da il. Procuradora Dra. Arinda Fernandes de fls. 181/184, manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) - Cabível e tempestivo, conheço do recurso.

Insurge-se o il. Representante do *parquet* contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1.^a Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF, que julgou improcedente a ação penal para absolver o acusado N.M.B. da S., com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, bem como para determinar a exclusão do pólo passivo da relação jurídico-processual de A.V.B., porquanto à data do oferecimento da denúncia (19.06.98) já havia falecido (12.11.97), conforme demonstra a certidão de óbito acostada aos autos, à fl. 146.

Pleiteia, em breves razões de fls. 164/170, a reforma da r. sentença monocrática, alegando que o il. Magistrado *a quo* fundamentou o decreto absolutório, ao argumento de que a conduta descrita na exordial subsume-se a tipo penal diverso da capitulação dada pelo Ministério Público.

Sustenta, assim, que a hipótese dos autos é a aplicação do instituto do *emendatio libelli*, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal.

N.M.B. da S., em contra-razões de fls. 172/178, pugna pelo conhecimento e improvimento da apelação.

A douta Procuradoria de Justiça, em Parecer da lavra da il. Procuradora Dra. Arinda Fernandes de fls. 181/184, manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Eis a suma dos fatos.

Com efeito, o réu defende-se da imputação contida no bojo da peça acusatória, ou seja, do fato delituoso descrito e não da capitulação legal contida na aludida exordial.

In casu, o il. Representante do *parquet* assevera presente o instituto da *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido reza o aludido artigo:

“Art.383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

Sabidamente, na *emendatio libelli* a circunstância elementar caracterizadora do delito há de estar descrita na denúncia, podendo o Juiz, ao prolatar a sentença, aplicar, inclusive, pena mais grave, não sendo necessário, para tanto, a prévia oitiva da defesa.

Contudo, esta não é a hipótese dos autos.

Saliente-se que, primeiramente, o ora apelado fora denunciado como incurso nas penas do artigo 180, *caput*, do Código Penal, porém tanto a autoria quanto à materialidade do delito não restaram sobejamente demonstradas.

Ressalte-se, ainda, que A.V.B., inicialmente, também fora denunciado, entretanto pela prática da conduta delitiva prevista no artigo 155, § 4.º, inciso III, do aludido diploma legal. Todavia, houve sua exclusão do pólo passivo da relação jurídico-processual, porquanto à data do oferecimento da denúncia (19.06.1998) já havia falecido (12.11.1997).

Porém, na fase inquisitorial o mesmo prestou depoimento na delegacia, apresentando versão diversa das declarações de N.M.B. da S., tanto na fase inquisitorial como em Juízo (fls. 14/15, 102 e seu verso).

Observe-se que tal prova não restou judicializada, pois não foi possível sua oitiva na fase instrutória, tampouco os policiais responsáveis pelas investigações confirmaram o depoimento de A.V.B..

Infere-se da r. sentença monocrática, que o il. Magistrado *a quo*, ao prolatar a sentença monocrática, absolveu o acusado N.M.B. da S., com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código Penal, aplicando-se, *in casu*, o princípio *in dubio pro reo*.

Confira-se:

“(...) resta evidente a impossibilidade de que N.M.B. da S. seja condenado pela recepção do veículo Chevette, porquanto tal veículo não se encontrava em sua posse. Frise-se que tal não ocorre quanto aos crimes relacionados com o veículo Opala, que foi encontrado na garagem da residência do denunciado.

A versão apresentada por N.M.B. da S. prestou-se a fundamentar a denúncia do Ministério Público. Ora, esta mesma versão desmente a recep-

tação do automóvel Chevette, que, como já se disse, não foi encontrado na posse do denunciado.

Reconheço a existência de fortíssimos indícios de que N.M.B. da S. realmente tinha os dois veículos sob sua custódia. A propósito, vale lembrar que as diligências policiais aconteciam com o objetivo de recuperar o Chevette, e não fazia parte das cogitações dos policiais a apreensão do Opala.

Daí, se A.V.B. de fato soubesse onde estava o Chevette, teria dito logo aos policiais. Não teria ele, portanto, levado os policiais à captura de N.M.B. da S., e assim desvendado outro furto também de sua autoria, referente ao veículo Opala. Diferentemente, frise-se, teria se “livrado” dos policiais esclarecendo onde havia deixado o Chevette.

Registro ainda que falta ao efetivo descobrimento da verdade real esclarecimentos acerca da inusitada morte de A.V.B., ocorrida dois dias após o depoimento que prestou à polícia.

Nada obstante, é forço-se (sic) concluir que não há nos presentes autos provas bastantes a escorar um decreto penal condenatório, porquanto o indigitado Chevette de fato não foi apreendido na posse de N.M.B. da S. Não há prova judicializada da versão apresentada na Delegacia, nem os policiais ouvidos em juízo a confirmaram, portanto, incabível condenação.

(...)”. fls. 160/161.

Nesse particular, bem asseverou a em. Procuradora de Justiça Oficiante, Dra. Arinda Fernandes, *in verbis*:

“(…)”

Com efeito, é cediço em Direito Processual Penal que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, independentemente da capitulação que a estes empreste o órgão acusatório. Destarte, para que o órgão jurisdicional possa exercer a função que se lhe exige, mister se faz que a denúncia seja exata e precisa quanto aos eventos e circunstâncias componentes da conduta a ensejar reprovação. É o que emerge da leitura do artigo 383, do Código de Processo Penal, *verbis*:

(…)”

Destarte, ao julgador é defeso absolver o réu com base em erro de tipificação da conduta descrita na peça inicial. Deverá analisar, isso sim, os fatos descritos e, uma vez convencido de sua materialidade e autoria, dar-lhes diferente classificação, além, é claro, da respectiva reprimenda.

Não parece, contudo, ser a hipótese que ora se apresenta.

A conduta imputada ao Apelante (sic), qual seja a de ter recebido veículo roubado pelo co-indiciado em troca de certa quantidade de droga ilícita, não foi confirmada no curso do procedimento judicial.

Tal imputação foi feita pelo autor do furto do referido veículo, crime antecedente ao delito de que trata o presente feito, que, misteriosamente, faleceu antes de instaurado o procedimento judicial. Seu depoimento revela-se fundamental, sobretudo diante da exigüidade de elementos probatórios outros que possam sustentar eventual condenação. A não confirmação, em juízo, da imputação lançada por ocasião do procedimento administrativo, bem como a ausência de outros elementos que possam atestar a veracidade de tais alegações, torna insubsistente e frágil eventual condenação do Apelado, qualquer que seja a capitulação que se dê aos fatos alegados.

Dessa maneira, a absolvição por insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, é medida que se impõe. (...).” Fls. 183/184.

Frente às razões supra, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Des. Sérgio Bittencourt (Revisor) - Investe-se o Ministério Público contra a r. sentença de fls. 156/161, que absolveu N.M.B. da S. da imputação que lhe foi feita de infringência do art. 180 do Código Penal, e excluiu do pólo passivo da relação jurídica processual o primeiro réu, A.V.B., da imputação que lhe foi feita de infringência do art. 155, § 4º, inciso II, do mesmo código, eis que falecido antes do oferecimento da denúncia.

Sem razão, porém.

É verdade que se a coisa furtada tivesse sido entregue ao ora apelado em troca de 200 gramas de maconha, como narrado na denúncia, não seria por receptação que deveria responder, mas sim por tráfico.

Ocorre, no entanto, que nenhuma prova foi feita no sentido de corroborar a versão escolhida pelo signatário da denúncia.

Não se trata, portanto, de absolvição por erro de tipificação da conduta, mas por falta de demonstração da veracidade dos fatos descritos.

Ante o exposto, conheço mas nego provimento ao recurso.

É o voto.

Des. Mario Machado (Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Desprovido. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2004051003545-8

Apelantes - J.M. de A. e J.M. de A.F.

Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Relator - Des. Sérgio Bittencourt

Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL - ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - POSSE IRREGULAR - ART. 12 DA LEI 10.826/2003 - CONDUTA ATÍPICA POR FALTA DE REGULAMENTAÇÃO - ESTATUTO DO DESARMAMENTO - CRIME DE RESISTÊNCIA (ART. 329 DO CP) - INOCORRÊNCIA.

Os artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003 estabeleceram prazo de cento e oitenta dias, a partir de sua publicação, para que os possuidores e proprietários de armas de fogo regularizassem o registro ou as entregassem à Polícia Federal.

A Medida Provisória 174, de 18 de março de 2004, modificou o termo *a quo* para início da contagem do prazo para aquele em que fosse publicado o decreto regulamentador da lei, o que só ocorreu em 1º de julho de 2004, através do Decreto 5.123. Diante disso, desde 22 de dezembro de 2003, data da publicação da Lei do Desarmamento, até 180 dias após a publicação do decreto regulamentador, os fatos previstos no art. 12, da Lei 10.826/2003 devem ser considerados atípicos.

Sendo atípica tal conduta, inexistente crime de resistência, eis que tal delito se caracteriza em oposição a ato legal de agente público, caso diverso dos autos, já que o apelante agiu no exercício regular de direito ao se opor à execução da prisão ilegal.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sérgio Bittencourt - Relator, Mario Machado e Edson Alfredo Smaniotto - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Mario Machado, em dar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de junho de 2005.

RELATÓRIO

J.M. de A.F. e J.M. de A. foram denunciados pelo Ministério Público. O primeiro como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/2003, bem como no art. 329, *caput*, do Código Penal, e o segundo como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/2003, tendo em vista que:

“no dia 24/04/2004, por volta das 06h30, na Quadra 12, Conjunto H, Casa 06, Arapoanga, Planaltina (DF), J.M. de A.F., voluntária e conscientemente, mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, um revólver, de uso permitido, da marca Taurus, oxidado, calibre 38, cano de três polegadas, tambor com capacidade para seis munições, cabo de madeira, nº de série 2035886, municiado com 05 (cinco) cartuchos do mesmo calibre, intactos e 02 (duas) cápsulas calibre 38, intactos.

Consta ainda que J.M. de A.F. (1º denunciando), voluntária e conscientemente, opôs-se à prisão em flagrante, mediante violência, atingindo um Policial Militar, Sargento Ronaldo Caetano de Souza, com uma faca de cozinha, tipo peixeira, causando neste as lesões contidas no Laudo de Exame de Corpo de Delito, a ser juntado oportunamente.

Consta nos autos que no mesmo dia, hora e local, J.M. de A. (2º denunciando), voluntária e conscientemente, mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, uma Espingarda, de uso permitido, calibre 28, cano duplo, sem marca ou numeração aparente, desmunicada; quatro cartuchos calibre 28, intactos; um cartucho calibre 28, deflagrado; um cartucho calibre indefinido, preparado artesanalmente; uma bolsinha de tecido, de confecção artesanal, contendo 345 (trezentos e quarenta e cinco) gramas de chumbinho; 38 (trinta e oito) esferas de rolamento, tamanhos diversos; um recipiente de plástico contendo 81 (oitenta e uma) espoletas para arma de fogo; e um recipiente de plástico, de cor verde, contendo algumas gramas de pólvora.

Realizado exame pericial nas armas apreendidas foi comprovado que as mesmas encontram-se em perfeito estado de funcionamento, podendo deflagrar cartuchos calibre 38 (trinta e oito) e 28 (vinte e oito), conforme constatou Laudos de Exame Pericial em Arma de Fogo a serem juntados oportunamente”.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva do Estado para condenar J.M. de A.F. como incurso nas penas do art. 12 da Lei 10.826/2003 e do art. 329, *caput*, do Código Penal, a um (01) ano e dois (02) meses de detenção, e dez (10) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, em regime semi-aberto. J.M. de A. foi condenado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/2003, a um (01) ano de detenção, e dez (10) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente, em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direito, na forma de prestação de serviços à comunidade, a ser estipulada pela Vara de Execução Criminal.

Irresignados, os réus apelaram (fls. 175/186). Pedem a absolvição pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei 10.826/2003, por atipicidade da conduta. J.M. de A.F. pretende, ainda, ser absolvido do crime de resistência (art. 329, *caput*, do Código Penal), por insuficiência de provas.

Contra-razões do Ministério Público (fls. 188/194), pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso de J.M. de A., bem como para que seja conhecido e parcialmente provido o recurso de J.M. de A.F. tão-somente, para absolvê-lo do crime do art. 12 da Lei 10.826/2003, mantendo-se a condenação pelo delito do art. 329 do Código Penal.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 200/203), oficiando pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Analiso, inicialmente, o recurso dos apelantes no tocante ao delito previsto no art. 12 da Lei 10.826/2003.

Como relatado, os réus foram denunciados pela prática do crime previsto no citado art. 12, da Lei 10.826/2003, eis que mantinham sob sua guarda, no interior de sua residência, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou complementar, as armas de fogo e as munições descritas na inicial, de uso permitido, consoante Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 21/23) e Laudos de Exame em Arma de Fogo (fls. 106/107 e 108/109).

Ocorre que em seus artigos 30 e 32, a referida lei estabeleceu um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir de sua publicação, para que os possuidores e proprietários de arma de fogo regularizassem o registro ou a entregassem à Polícia Federal.

Note-se que referidos dispositivos legais não fizeram qualquer restrição quanto às armas de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado.

A Medida Provisória 174, de 18 de março de 2004, modificou o termo *a quo* para início da contagem do prazo para aquele em que fosse publicado o decreto regulamentador da lei, o que só ocorreu em 1º de julho de 2004, pelo Decreto 5.123.

Diante disso, desde 22 de dezembro de 2003, data da publicação da Lei 10.826, até 180 dias após a publicação do decreto regulamentador, o fato previsto no inciso IV, parágrafo único, do artigo 16 do Estatuto do Desarmamento, deve ser considerado atípico.

Neste sentido, já decidiu esta Eg. Turma, no *Habeas Corpus* 2004.00.2.004463-2 (Acórdão 196.398), relator Desembargador Mario Machado:

“HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO DE INCURSÃO NO ART. 12 DA LEI 10.826/2003. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. De acordo com os arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, “os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos” ou poderão, no mesmo prazo, “entregá-las à Polícia Federal”. O termo inicial de tais prazos foi modificado pela MP 174, de 18 de março de 2004, e, doravante, só começarão a correr da data em que for publicado o decreto regulamentador. Ausente a regulamentação, não se pode conferir eficácia ao art. 12 do atual estatuto do desarmamento e, portanto, considera-se atípica a conduta imputada ao paciente, na residência do qual foi apreendida arma de fogo irregular de uso permitido. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.”

Ora, se o advento da nova lei tornou atípica a conduta, mesmo que temporariamente, aplicável a regra do art. 2º, *caput*, do Código Penal, segundo a qual “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Assim, merece ser extinta a pretensão punitiva do Estado em relação à conduta prevista no art. 12 da Lei 10.826/2003, perpetrada pelos apelantes.

Sendo atípica tal conduta, também é atípica a resistência oferecida pelo segundo apelante à ação policial, eis que tal delito se configura pela oposição a ato que se caracterize como legal do agente público, caso diverso dos autos, já que o apelante agiu no exercício regular de direito ao se opor à execução de uma prisão ilegal. Acresça-se que os policiais adentraram na residência sem mandado judicial, violando o inciso XI, do art. 5º, da Constituição Federal, que assegura à inviolabilidade de domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou desastre para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Portanto, “Não caracterizada a ordem legal, a resistência à prisão não pode se enquadrar na figura típica prevista no art. 329 do CP. Sentença reformada para absolver o réu. Decisão unânime” (RT 717/433), e “Não há falar em crime de resistência na conduta de quem, vendo-se vítima de prisão ilegal, reage fisicamente contra a autoridade policial, que atenta contra sua liberdade de locomoção e incolumidade” (RT 518/331).

Ante o exposto, dou provimento aos recursos e absolvo os apelantes das imputações em relação às condutas previstas no art. 12 da Lei 10.826/2003 e art. 329 do Código Penal, nos termos do art. 386, inciso III, do CPP.

É o voto.

Des. Mario Machado (Presidente e Vogal) - Estou de acordo com o eminente Relator.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, com o advento do Estatuto do Desarmamento - Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003, criou-se o que a doutrina denomina de “lei temporária excludente de tipicidade”, na medida em que o possuidor da arma tem um prazo, agora prorrogado até outubro deste ano, para entregar a arma nos postos de arrecadação sem que tal conduta signifique fato típico.

Assim, se a prisão do réu ocorreu porque possuía arma dentro de casa, e estando ainda no prazo de sua restituição, de sua entrega à autoridade, a conduta é atípica exatamente por conta da temporariedade dessa lei, que exclui a tipicidade.

Se, no momento da prisão, o réu resiste, não há que se falar em resistência à prisão, simplesmente porque o fato típico que a pressupõe significa oposição à ordem legítima ou à ordem legal. Se a autoridade policial procura prender quem dispõe de tempo para entregar a sua arma nas repartições indicadas pelo Poder Público, não há que se falar em resistência a ato legal, mas sim em resistência a ato ilegal, o que também exclui a tipicidade do crime definido no art. 329 do Código Penal.

Acompanho, às inteiras, o douto voto do eminente Relator.

DECISÃO

Provido. Unânime.

————— • —————

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2005002008325-8

Suscitante - Juízo de Direito do 2º Juizado Especial Criminal de Brasília/DF

Suscitado - Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal de Brasília/DF

Relator - Des. Mario Machado

Câmara Criminal

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUÍZO CRIMINAL COMUM. INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ACUSADO NÃO ENCONTRADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 66, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.099/1995. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DO AUTOR DO FATO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

Não sendo a citação por edital compatível com o rito célere que se adota nos Juizados Especiais Criminais, prescreve o parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/1995 que, “não encontrado o acusado para ser citado, o juiz encaminhará as peças existentes ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei”. Sucede que, para se viabilizar a remessa dos autos ao juízo criminal comum, hão de ser esgotados, cumpridamente, todos os meios para a localização do autor do fato, a partir dos elementos constantes do processo. Se havia elementos nos autos aptos à localização do autor do fato e, mesmo assim, é feita a remessa das peças pelo Juizado Especial Criminal ao Juízo Criminal Comum, isso ocorre indevidamente, com afronta ao parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/1995, e em prejuízo do autor do fato que, no Juizado Especial Criminal, desfruta de procedimento mais ágil e com estrutura e institutos despenalizadores.

Certo que, realizadas todas diligências possíveis no Juizado Especial Criminal, remetidos os autos para o Juízo Criminal Comum, o eventual e posterior comparecimento do autor do fato, aperfeiçoada ou não citação editalícia, não terá o condão de restabelecer a competência do Juizado Especial Criminal, que cessa com o esgotamento de todos os meios disponíveis nos autos para a citação pessoal.

Na espécie, todavia, é certo que, no juízo suscitante, o 2º Juizado Especial Criminal de Brasília, Distrito Federal, não foram esgotados todos os meios para a citação pessoal do autor do fato. A remessa dos autos à vara criminal comum, de plano, com base em ofício do CAJE à delegacia de origem, sem a efetivação de qualquer diligência, traduz-se em mera presunção de que o autor do fato estava em local ignorado, pois constava, nos autos, endereço residencial do acusado, onde, aliás, foi colhida a informação que tornou possível a sua citação. Indevida, pois, a remessa ao juízo criminal comum, com afronta ao parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/1995, e em prejuízo do autor do fato.

Conflito conhecido e julgado competente o Juízo de Direito suscitante, o 2º Juizado Especial Criminal de Brasília, Distrito Federal.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mario Machado, José Divino, Getulio Pinheiro, Sérgio Rocha, Edson Alfredo Smaniotto, Lecir Manoel da Luz e Sérgio Bittencourt, sob a presidência do Desembargador Romão C. de Oliveira, em dar como competente o suscitante. Unânime, conforme ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência relativo ao processo em que N.A.A. é acusado de ter infringido o art. 331 do Código Penal.

Foi oferecida denúncia perante o 2º Juizado Especial Criminal de Brasília/DF (fl. 17/18). Após baixa dos autos à delegacia de origem para localização do autor do fato, adolescente que teria praticado a infração quando se encontrava internado no CAJE, o Diretor deste oficiou ao delegado da 2ª Delegacia de Polícia da Asa Norte, informando que o acusado, “residente à QR 100 Conjunto H Casa 32 - Santa Maria/DF, encontra-se evadido desta Unidade desde 27/12/04 (saída de Natal)” (fl. 58). O MM. Juiz de Direito do 2º Juizado Criminal de Brasília, acatando cota ministerial (fl. 61), determinou a remessa dos autos a um dos Juízos das Varas Criminais de Brasília, nos termos do parágrafo único do art. 66 da Lei 9.099/95 (fl. 62). O réu foi citado e interrogado na 5ª Vara Criminal de Brasília (fls. 74, 79 e 81). Após isso, declinou da competência o MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal para o 2º Juizado Especial

Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (fls. 82/84), que suscitou o presente conflito negativo de competência (fls. 02/06).

Designei o eminente juiz suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, e determinei a juntada da cópia integral do processo (fl. 103).

Pronunciou-se a ilustrada Procuradoria de Justiça pelo conhecimento do presente conflito, para se declarar competente o juízo suscitado, da 5ª Vara Criminal de Brasília/DF (fls. 106/107).

É o relatório.

VOTOS

Des. Mario Machado (Relator) - Presentes os requisitos de admissibilidade do conflito, dele conheço.

O juízo suscitante, em face de ofício do CAJE enviado à delegacia de origem, em que se informava estar o autor do fato evadido do CAJE, e com base no artigo 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995, determinou a remessa dos autos para um dos Juizados especiais criminais de Brasília/DF. Distribuídos os autos à 5ª Vara Criminal de Brasília, onde foi o réu citado e interrogado, declinando-se, em seguida, para o juízo suscitante, o 2º Juizado Especial Criminal de Brasília, que então suscitou o presente conflito negativo de competência.

Prescreve a referida norma:

“Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o juiz encaminhará as peças existentes ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.”

Isto ocorre por não ser a citação por edital compatível com o rito célere que se adota nos Juizados Especiais Criminais, onde há a necessidade da presença do autor do fato, inclusive para que se beneficie dos novos institutos trazidos pela Lei nº 9.099/1995.

Sucede que, para se viabilizar a remessa dos autos ao juízo criminal comum, não se esgotaram, cumpridamente, todos os meios para a localização do autor do fato, a partir dos elementos constantes do processo. Se havia elementos nos autos aptos à localização do autor do fato e, mesmo assim, é feita a remessa das peças pelo Juizado Especial Criminal ao Juízo Criminal Comum, isso sucede indevidamente, com afronta ao parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/1995, e em prejuízo do autor do fato que, no Juizado Especial Criminal, desfruta de procedimento mais ágil e com estrutura e institutos despenalizadores.

Certo que, realizadas todas diligências possíveis no Juizado Especial Criminal, remetidos os autos para o juízo criminal comum, o eventual e posterior comparecimento do autor do fato, aperfeiçoada ou não citação editalícia, não terá o condão de restabelecer a competência do Juizado Especial Criminal, que cessa com o esgotamento de todos os meios disponíveis nos autos para a citação pessoal.

Na espécie, todavia, é certo que, no juízo suscitante, o 2º Juizado Especial Criminal de Brasília, Distrito Federal, não foram esgotados todos os meios para a citação pessoal do autor do fato. Determinou-se, de plano, a remessa dos autos ao juízo comum, sem a tomada de qualquer providência no sentido da localização do acusado, e isso com base em ofício do CAJE à delegacia de origem, no qual se informava que o autor do fato encontrava-se evadido daquela unidade. Todavia, no mesmo ofício constava endereço do acusado, tanto que, ali, após diligência do oficial de justiça, determinada pelo juízo comum, seu pais afirmaram estar o adolescente “preso no CAJE há aproximadamente 15 dias” (fl. 74). O fato é que a simples informação contida no ofício de fl. 58, de que o autor do fato encontrava-se evadido, sem a efetivação de qualquer diligência, inclusive no endereço residencial já fornecido, não justifica a remessa dos autos à vara comum.

Já proclamou o Superior Tribunal de Justiça que a remessa dos autos pelo Juizado Especial Criminal ao Juízo Criminal Comum só pode ocorrer depois de “esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu”. Confira-se:

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. JUIZADO ESPECIAL. LEI 9.099/95. CITAÇÃO. RÉU NÃO ENCONTRADO. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA COMUM. POSSIBILIDADE. CITAÇÃO EDITALÍCIA.

1. Não sendo encontrado o autor do fato delituoso, após efetuadas diversas diligências, os respectivos elementos de prova remetidos ao Juizado Especial devem ser encaminhados à Justiça Criminal Comum, nos termos do parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/95.

2. A citação por edital é perfeitamente válida, se esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu.

3. **Habeas corpus denegado.**” (STJ - 6ª Turma - HC nº 27.702-GO - Rel. Min. Paulo Gallotti - 19/12/2003 - unânime - In DJ de 05/04/2004, p. 332)

Indevida, pois, a remessa ao juízo criminal comum, com afronta ao parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/1995, e em prejuízo do autor do fato, que tem direito ao procedimento e aos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/1995. A remessa dos autos à vara comum, de plano, e com base em mero ofício do CAJE à delegacia

de origem, sem a efetivação de qualquer diligência, é mera presunção de que o autor do fato estava em local ignorado, pois constava, nos autos, o seu endereço residencial, onde, aliás, foi colhida a informação que tornou possível a sua citação no juízo criminal comum.

Embora citado o denunciado quando os autos já se encontravam na 5ª Vara Criminal, frise-se que, na lição de Mirabete, ao contrário do que ocorre com o processo civil, a citação não previne a jurisdição, que ocorre com a distribuição (art. 75, CPP - *In MIRABETE*, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000. p.426). Prevalece, pois, na espécie, a competência absoluta do juizado especial.

Pelo exposto, julgo competente para processar e julgar a causa o Juízo de Direito suscitante, o do 2º Juizado Especial Criminal de Brasília/DF.

É como voto.

Des. José Divino (Vogal) - Com o Relator.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Com o Relator.

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

Des. Edson Alfredo Smaniotta (Vogal) - Com o Relator.

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

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

DECISÃO

Deu-se como competente o suscitante. Unânime.

———— • ————

HABEAS CORPUS Nº 2004002009142-7

Impetrante e Paciente - J.M. da C.
Relator Designado - Des. Vaz de Mello
Segunda Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS. CALÚNIA CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO (ARTIGO 138, C/C O ARTIGO 141, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA. ANIMUS CALUNIANDI. AUSÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM. O trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus* é possível em razão de ausência de justa causa. O advogado se reportou à atuação do *parquet* na seara profissional, não à pessoa do Promotor de Justiça, tendo inclusive o elogiado. Desta forma, o Paciente não pretendeu ferir a honra alheia, sendo as expressões utilizadas pertinentes tão-somente à defesa do seu constituinte. CONCEDEU-SE A ORDEM. MAIORIA.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romão C. Oliveira - Relator; Vaz de Mello - Relator Designado e Sérgio Rocha, sob a presidência da Desembargadora Aparecida Fernandes, em conceder a ordem. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 03 de março de 2005.

RELATÓRIO

Senhor Presidente, trata-se de pedido de ordem de *habeas corpus* em que é impetrante e paciente o Doutor J.M. da C..

Pretende o impetrante o trancamento da ação penal que lhe move o Ministério Público a fundamento de que se trata de conduta atípica e/ou não houve *animus caluniandi*, ou ainda porque se houve nos limites da inviolabilidade e imunidade do advogado.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 21/90.

A liminar pleiteada foi concedida à fl. 92. Deixei de solicitar informações, haja vista a documentação acostada.

O Parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 96/115) é no sentido da denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Senhor Presidente, os autos revelam que o Ministério Público ofereceu ação penal em desfavor do paciente, dando-o como incurso nas penas do art. 138, c/c o art. 141, ambos do Código Penal. Reza a peça acusatória:

“No dia 15 de agosto de 2003, por volta das 17h57, perante o juízo da 6ª Vara Criminal de Brasília, o denunciado ofereceu Queixa-Crime contra jornalista do jornal “Correio Braziliense”, A.M.C., Processo nº 66.377-4/2003, tendo na referida Queixa não poupado esforços para caluniar o Promotor de Justiça, A.S. de P. e S., imputando-lhe falsamente fatos delituosos, como crime de prevaricação e abuso de autoridade, ao assim se referir ao Promotor no exercício de suas funções:

‘8. Por aí se vê a tendenciosidade e leviandade da ‘notícia’ estampada naquela segunda ‘reportagem’ - de que as testemunhas confirmaram o tráfico de influência - haja vista que àquela altura do procedimento somente A.S. havia prestado depoimento, NA CONDIÇÃO DE SUSPEITÍSSIMA TESTEMUNHA ARROLADA PELO MP, ALÉM DE TER SE DEMONSTRADO DESAFETO DO QUERELATE NAQUELE ENCOMENDADO ‘PIP’

[...]

12. À guisa de exemplo, cite-se a denúncia que gerou a reportagem em alusão, ofertada contra W.P. de O. e o Querelante por suposto crime de tráfico de influência, BASEADA EM ENCOMENDADO ‘PIP’ PRESIDIDO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA RESENTIDO COM SUA ATUAÇÃO

PROFISSIONAL, ONDE SE ENGENDROU UMA VERSÃO CRIMINAL CONTRA SUA PESSOA, a qual foi rechaçada pelo Egr. TJ-DF/T por manifesta ausência de justa causa.’

Evidencia-se dos trechos acima transcritos as gravíssimas ofensas ao Promotor, pois o fato de supostamente mover-se por ressentimento, sem a isenção necessária ao exercício das suas funções ministeriais, poderia, *in thesi*, trazer severas conseqüências funcionais e criminais ao ofendido, além do que promover investigação movido por ressentimento é o mesmo que imputar ao ofendido a pecha da conduta tipificada no art. 399 do CPB, já que nas palavras do denunciado o Promotor estaria prevaricando no exercício do cargo, produzindo PIP (Procedimento de Investigação Preliminar) ‘encomendado’ cujo objetivo seria prejudicar o denunciado por seu ‘desafeto’.

Por outro lado também o denunciado ao afirmar que o ofendido teria ‘engendrado uma versão criminal’ contra sua pessoa, sugeriu que o Promotor teria exorbitado em seus poderes com nítido intuito de prejudicar o denunciado, que estava sendo investigado, o que constituiria abuso ou desvio de poder, também capitulado como crime nos termos do art. 4º, “h”, da Lei 4.898/65.” (fls. 71/73)

O art. 319 do Código Penal encontra-se assim vazado:

‘Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.’”

Não há dúvida de que o paciente afirmou que o Promotor de Justiça, A.S., seu desafeto, presidiu PIP (Procedimento de Investigação Preliminar) encomendado e ali engendrou versão criminal contra o paciente, por ressentimento.

Somente o prevaricador pode emprestar seu ofício de promotor de justiça em procedimento encomendado. Somente faltando aos deveres do seu cargo, promotor de justiça poderá impulsionar procedimento contra desafeto e/ou por ressentimento; somente traindo os interesses que é obrigado a sustentar, poderá promotor de justiça engendrar uma versão de crime.

Assim, tenho como certo que o fato que o paciente atribuiu ao Promotor de Justiça A.S., porque teria ocorrido no exercício das atribuições do seu cargo, configura a prática do crime de prevaricação (art. 319, do Código Penal).

Observe-se que se trata de fato certo e determinado, com todas as elementares do tipo. E, por isto mesmo, a Lei permite a exceção da verdade, instrumento processual defensivo previsto no art. 138, § 3º, do Código Penal.

De sorte tal que, pela primeira causa de pedir, a ação penal não pode ser trancada. Se verdadeiro o fato assentado pelo paciente, tudo devidamente apurado na via adequada, o Promotor de Justiça deve ser condenado porque teria prevaricado; se a conduta que o paciente atribuiu ao promotor estiver no mundo da falsidade, o crime desenhado no art. 138, do Código Penal, resta configurado, tendo como autor o ora paciente.

Sustenta o paciente que não agiu com *animus caluniandi*. A meu ver, nesta fase incipiente não há elementos para que se proclame que o paciente não desejara como resultado do seu escrito a calúnia. O que é certo, absolutamente certo, é que as expressões usadas trazem consigo a “baba de Caim”, sendo direcionado para órgão vital da Administração Pública. O que se pode esperar do Estado infectado com a presença de promotor de justiça que, movido por ressentimento, aceita impulsionar procedimento encomendado e engendra crime contra membros da sociedade? Já não se pode esperar mais nada que tenha algum valor moral. São, pois, as expressões apresentadas pelo paciente o veneno da víbora que mata a Administração Pública; são a ferrugem que corrói a estrutura do Estado; aquelas expressões correspondem ao desvalor moral que anatematiza o espírito, acabrunha a alma e desmantela a nobreza humana esperada de cada um que integra a máquina estatal.

Trata-se, pois, de texto desabotoado, deselegante, maldoso e ofensivo, posto que o paciente não pretende fazer excepcionar a veracidade de suas afirmações.

Não prospera, portanto, o pedido de ordem de *habeas corpus* à luz da segunda causa de pedir.

Resta saber se o paciente, advogando em causa própria, estava autorizado a lançar seus argumentos nos moldes como procedeu.

Podia fazê-lo nos autos da ação penal em que figurou como denunciado. A meu alvitre lhe era defeso assim proceder na exordial de queixa-crime movida contra terceiro (jornalista) que nada tem com a insatisfação havida entre o ora paciente e o servidor do Estado.

Não há dúvida de que o advogado é essencial para a distribuição da justiça. Di-lo a Carta Política. Mas, nesta qualidade, não é irresponsável pelas invectivas, aleivosias ou insidiosidades lançadas contra terceiro que não é parte, sujeito ou auxiliar no processo.

Destarte, denego a ordem, Senhor Presidente.

E é o voto.

Des. Vaz de Mello (Presidente) - Analisando detidamente os presentes autos, fixo-me na cópia da representação criminal em que o ilustre Promotor de Justiça, ao apontar a pessoa do paciente J.M. da C. como autor de delito contra a honra, não me traz a certeza de haver o impetrante atacado a honorabilidade do digno representante do Ministério Público.

Recordo-me perfeitamente que em outro *habeas corpus* que aqui foi apreciado, em que o mesmo paciente teve o seu pedido deferido, embora por maioria, destaquei a afirmação constante no item 7 de sua petição: “Insta salientar que, nesta ocasião, somente o digno Promotor de Justiça do MPDF/T A.S. de P. e S. havia prestado depoimento como testemunha arrolada na peça acusatória...”. Ora, como poderia o paciente se defender, apresentar provas para alcançar o seu desiderato contra o jornal, se não citando as peças que havia naqueles processos anteriores? Naquelas peças, S. Ex.^a o eminente advogado e paciente, chama o promotor de “o digno Promotor de Justiça Dr. fulano de tal.”

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - O eminente Desembargador me permite um aparte?

Des. Vaz de Mello (Presidente e Vogal) - Pois não, Ex.^a.

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Há diversas maneiras de expor a matéria.

Quando se atribui que o Promotor impulsionava um PIP (Processo de Investigação Preliminar) encomendado, ele não ofende só o Promotor, mas também o Dr. Juiz que extraiu as peças e mandou que o Ministério Público adotasse as providências cabíveis.

PIP encomendado é grave.

Des. Vaz de Mello (Presidente e Vogal) -Agradeço o aparte de V. Ex.^a.

Como Antoine de Saint Exupéry, autor de O Pequeno Príncipe, diria que palavras são fontes de mal-entendidos. Debito isso ao profissional que atua em causa própria.

Não estou sendo advogado de defesa, nem querendo defender interesse de colega, mas naquele *habeas corpus* anterior fui o 1º Vogal e ele foi absolvido.

Por uma questão de coerência, e por tratar-se da mesma peça...

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Com a devida vênia, Ex.^a, não é a mesma peça. Ali se indagava se o advogado tinha prometido tráfico de influência junto aos

Senhores Desembargadores e Servidores do Tribunal ou não. A douta maioria entendeu que não havia o dolo específico.

Aqui é diferente, ele diz o que o Promotor agiu indevidamente, e Promotor estaria trabalhando com ressentimento em processo encomendado.

Des. Vaz de Mello (Presidente) - Veja, V. Ex.^a, que estamos usando a palavra “encomendado”, mas o cidadão já foi julgado e absolvido aqui.

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Não é deste, Ex.^a, é do primeiro processo.

Des. Vaz de Mello (Presidente) - Mas isso é decorrente daquele em que ele já foi absolvido.

Pedindo a mais respeitosa vênua novamente a V. Ex.^a, conheço do recurso e concedo a ordem.

Des. Sérgio Rocha - Senhor Presidente, peço vista.

VOTO VISTA

Des. Sérgio Rocha - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de J.M. da C. contra decisão do MM. Juiz da 8ª Vara Criminal de Brasília, que recebeu a denúncia oferecida pelo MPDFT contra o paciente, acusado de haver praticado a conduta descrita no art. 138 c/c art. 141 do Código Penal (calúnia com causa de aumento de pena).

DO FATO

Segundo consta da denúncia, o paciente, J.M. da C., ao oferecer queixa-crime contra uma jornalista do jornal Correio Braziliense, A.M.C., caluniou o Promotor de Justiça A.S. de P. e S., imputando-lhe falsamente fatos caracterizados como crime de prevaricação (CP 319) e abuso de autoridade (Lei 4.898/65 art. 4º, “h”).

As afirmações do paciente, J.M. da C., consideradas caluniosas foram as seguintes:

“Por aí se vê a tendenciosidade e leviandade da ‘notícia’ estampada naquela segunda ‘reportagem’ - de que as testemunhas confirmaram o tráfico de influência - haja vista que àquela altura do procedimento somente A.S. havia prestado depoimento, na condição de suspeitíssima testemunha arrolada pelo MP, além de ter se demonstrado desafeto do Querelante naquele encomendado ‘PIP’.
(...)”

À guisa de exemplo, cite-se a denúncia que gerou a reportagem em alusão, ofertada contra W.P. de O. e o Querelante, por suposto crime de tráfico de influência, baseada em encomendado ‘PIP’ presidido por Promotor de Justiça ressentido com sua atuação profissional, onde se engendrou uma versão criminal contra sua pessoa, a qual foi rechaçada pelo Egr. TJ-DF/T, por manifesta ausência de justa causa.”

DAS RAZÕES DO IMPETRANTE

O impetrante e paciente, Dr. J.M. da C., alega que: **1)** a conduta praticada é atípica, porque as expressões consideradas caluniosas foram gerais e imprecisas, não atribuindo fato criminoso ao promotor, mas apenas emitindo críticas desfavoráveis; **2)** os dizeres foram proferidos em relação à sua defesa na causa, portanto estão abarcadas pela inviolabilidade do advogado (Lei 8.906 art. 7º § 2º e CF 133); **3)** não agiu com *animus caluniandi*; **4)** sua conduta está abrangida pela imunidade legal prevista no art. 142, I do Código Penal.

DOS VOTOS ANTERIORES

Apreciando o *writ*, o eminente Desembargador Relator, Romão C. Oliveira, votou no sentido da denegação da ordem, enquanto o eminente Desembargador Vaz de Melo votou pela concessão do *habeas corpus* para trancar a ação penal, ao fundamento de ausência de justa causa em face das alegações terem sido proferidas em juízo.

DA FUNDAMENTAÇÃO

O trancamento da ação penal é medida excepcional, que deve ser realizada apenas quando a ausência de justa causa for patente, ou seja, quando a atipicidade do fato não depender da valoração das provas acostadas aos autos.

Pedindo vênias ao eminente Desembargador Relator, Romão C. Oliveira, tenho que o caso em tela é um exemplo da atipicidade patente da conduta imputada ao paciente.

Com efeito, não vejo como inferir das afirmações proferidas pelo paciente a imputação de fatos criminosos ao ilustre Promotor de Justiça, A.S. de P. e S., tais como prevaricação (CP 319)¹ ou abuso de autoridade (Lei 4.898/65 art. 4º, “h”)².

Quando o paciente aduziu que havia ressentimento entre ele e o Promotor de Justiça, não atribuiu este sentimento pessoal como causa para a prática do PIP (Procedimento de Investigação Preliminar), apenas expressou que havia esta desavença entre ambos.

Ademais, a afirmação de que o mencionado PIP havia sido “encomendado” e dali se “engendrou uma versão criminal” não importa em deduzir que o paciente quis dizer que o d. Promotor de Justiça praticou crime de prevaricação ou abuso de

autoridade, mas apenas que o mesmo produziu um PIP de acordo com a sua visão dos fatos, a qual o paciente entende ser equivocada.

As palavras utilizadas pelo paciente devem ser entendidas dentro do contexto em que foram proferidas, ou seja, em uma queixa-crime na qual o paciente atuava como advogado em causa própria, buscando demonstrar em Juízo a ilegalidade de uma matéria jornalística realizada sobre a sua pessoa, baseada em uma ação penal que entendia descabida e que foi trancada pelo e. TJDF.

Assim, tenho que as expressões mencionadas pelo paciente estão em plena consonância com o momento em que foram ditas, em Juízo, buscando defender sua honra e não macular a honra do d. Promotor de Justiça.

Nesse sentido, confira-se:

“HABEAS CORPUS. ADVOGADO. EXCESSOS EM PEÇAS PROCESSUAIS. INJÚRIA, DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. LEI 8.906/94.

1. No exercício do seu ofício, o advogado possui imunidade profissional, não podendo ser processado por eventual cometimento de injúria ou difamação (Lei 8.906/94, art. 7º, § 2º).

2. Não obstante a aspereza das palavras tecidas pelo advogado em petição, não há como se concluir pela intenção de imputar falsamente qualquer prática de crime ao Magistrado.

3. Pedido de Habeas Corpus deferido, para trancar a Ação Penal, por ausência de justa causa. (STJ, 5ª Turma, HC 18947/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 29/04/2002).

Ademais, com a devida vênia ao eminente Desembargador Romão C. Oliveira, tenho que o fato de as afirmações terem sido proferidas em um processo no qual o paciente não era réu, nem autor de peça defensiva como o *habeas corpus*, não tem relevância para o presente caso, uma vez que, por tratar-se de uma queixa-crime, repito, na qual se buscava a apreciação de delito supostamente praticado contra sua honra, em razão de uma matéria jornalística que teve como base as alegações profissionais expandidas pelo Promotor de Justiça contra a sua pessoa, o paciente necessitou, primeiramente, defender-se da atuação profissional do ilustre membro do *Parquet*, para, então, poder demonstrar o suposto cometimento de crime contra honra pela jornalista do Correio Braziliense.

Desse modo, eventual aspereza das palavras utilizadas pelo advogado para defender-se em ação judicial, em relação a pessoa que afirma ser seu desafeto, não pode ser entendida como prática do crime de calúnia, mas apenas como livre exercício da advocacia sem intenção de macular a honra alheia.

Por tais razões, tenho que a atipicidade da conduta imputada ao paciente é evidente e independe da análise de provas, pelo que deve ser trancada a ação penal, por ausência de justa causa.

Ante o exposto, **concedo** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Senhora Presidenta, peço a palavra não para combater o voto do eminente 2.º Vogal, que bem demonstrou que, na sua ótica, não existe crime de calúnia, é porque, na verdade, são três os enfoques do *habeas corpus*, entre eles há aqueles das prerrogativas do advogado, e terminei dando trato a esse tema de modo diverso da orientação do Supremo Tribunal Federal. De sorte que, nesta oportunidade, peço a palavra para dizer que ao meu voto acrescento o que consta da ementa do *Habeas Corpus* n.º 84446-4/SP, onde ficou consignado que o crime de calúnia não faz parte do rol das prerrogativas do advogado. A lei afasta a difamação e a injúria irrogadas em plenário ou em peças, mas calúnia não. Se o advogado, no exercício das suas atribuições, caluniar alguém - sustenta o Ministro Pertence que o crime está configurado e não pode ser arredado invocando-se prerrogativas. Diz S. Ex.ª:

“HABEAS CORPUS 84.446-4/SP - SÃO PAULO

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACIENTE: JOÃO CUSTÓDIO DE ALENCAR

IMPETRANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -
SECCÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: DANIEL LEON BIALSKI

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: Advogado: imunidade judiciária: (CF art. 133; C.Penal., art. 142, I; EAOAB, art. 7º, § 2º): não compreensão do crime de calúnia. 1. O art. 133 da Constituição Federal, ao estabelecer que o advogado é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”, possibilitou fosse contida a eficácia desta imunidade judiciária aos “termos da lei”. 2. Essa vinculação expressa aos “termos da lei” faz de todo ocioso, no caso, o reconhecimento pelo acórdão impugnado de que as expressões contra terceiro sejam conexas ao tema em discussão na causa, se elas configuram, em tese, o delito de calúnia: é que o art. 142, I, do C. Penal, ao dispor que “não constituem injúria ou difamação punível (...) a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”, criara causa de “exclusão do crime” apenas com relação aos delitos que menciona - injúria e

difamação -, mas não quanto à calúnia, que omitira: a imunidade do advogado, por fim, não foi estendida à calúnia nem com a superveniência da L. 8.906/94, - o Estatuto da Advocacia e da OAB -, cujo art. 7º, § 2º, só lhe estendeu o âmbito material - além da injúria e da difamação, nele já compreendidos conforme o C.Penal -, ao desacato” (tópico, contudo, em que teve a sua vigência suspensa pelo Tribunal na ADInMC 1127, 5.10.94, Brossard, RTJ 178/67).

Estou consignando como reforço da tese que sustentei, a qual dividi em três itens, sendo o primeiro a demonstração de que as expressões correspondem ao art. 319, e fui avante porque eram três causas de pedir. O impetrante sustentava que, se calúnia houvesse ocorrido, ele o teria feito no exercício da advocacia, portanto, sob a imunidade. Rebatí isso com outros argumentos, dizendo que não havia conexão e estou-me penitenciando, porque devia ter feito tecnicamente. É que, na verdade, a calúnia, ainda que ocorresse a conexão, constituiria o crime. Ainda que conexão houvesse!

No caso, não via a conexão entre os termos usados na peça inaugural de queixa-crime, dizendo que o Promotor A.S. não era sujeito deste processo, nem auxiliar deste processo, portanto, não havia conexão. Mas, na verdade, se a afirmação corresponde à prevaricação, como entendi, a figura corresponderia à calúnia, e a lei, por si só, já deixou a calúnia de fora: cometer calúnia no exercício da atividade de advocacia é conduta censurável pela Lei Penal.

Portanto, faço esses acréscimos para os fins que se fizerem necessários.

DECISÃO

Concedida a ordem por maioria, vencido E. Relator. Redigirá o Acórdão o E. 1º Vogal.

Notas

- 1 *Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.*
- 2 *Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade: (...) h) o ato lesivo da honra, ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.*

HABEAS CORPUS N° 2005002004040-2

Impetrante - R. O. de C. V.

Paciente - S. G. S. X.

Relator Designado - Des. Getulio Pinheiro

Segunda Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. DENÚNCIA INEPTA. DECLARAÇÕES PRESTADAS A PROMOTOR DE JUSTIÇA. IMPUTAÇÃO DE FATO CRIMINOSO A TERCEIRO. PACIENTE DENUNCIADA POR FATOS ANÁLOGOS. RETRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AÇÃO PENAL TRANCADA.

1. É inepta a denúncia omissa na “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” (art. 41, CPP), por dificultar ou impossibilitar o exercício da ampla defesa.

2. Considera-se violada a garantia prevista no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, se a paciente, somente no encerramento de suas declarações prestadas a Promotor de Justiça, foi advertida de que estaria a incorrer na prática de fato tipificado como crime.

3. Sua negativa em confirmá-las na instrução criminal de processo instaurado contra terceiro, por fato típico análogo ao que lhe é também imputado, não constitui crime de falso testemunho. Há de ser considerada, ainda, sua retratação antes de proferida a sentença.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nilsoni de Freitas - Relatora, Getulio Pinheiro - Vogal e Relator Designado e Romão C. Oliveira - Vogal, sob a presidência do Desembargador Vaz de Mello, por maioria, em conceder a ordem, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília, 18 de agosto de 2005.

RELATÓRIO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Ricardo Oliveira de Castro Vieira, contra ato do Juízo da Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Sobradinho/DF, visando o trancamento da ação penal que move o órgão do Ministério Público contra a paciente, **S.G.S.X.** por infringência do artigo 342, § 1º, do Código Penal, em face de constrangimento ilegal que alega ter sofrido aquela.

Narra o impetrante que a paciente foi denunciada pela prática do delito tipificado no artigo 342, § 1º, do Código Penal, por haver prestado depoimento falso como testemunha em processo criminal movido contra os I.P. e outros para apuração de fatos relacionados com condomínios irregulares e grilagens de terra. Afirma que esta, na sede do Ministério Público, compareceu à Promotoria da Ordem Urbanística e diante da Promotora de Justiça adjunta declarou fatos envolvendo os I.P., contudo, modificou sua versão perante o Juízo da Vara Criminal de Sobradinho/DF quando de seu depoimento como testemunha.

Para descaracterizar a conduta na qual a paciente foi denunciada, o impetrante alega que aquela, quando prestou declarações perante o Ministério Público, além de estar sob condições físicas e emocionais abaladas e não ter feito qualquer afirmação taxativa em relação aos I. P., foi privada da presença de advogado dativo para acompanhá-la, razão pela qual sofreu constrangimento ilegal.

Pede, assim, *in limine*, o trancamento da ação penal em decorrência do constrangimento ilegal configurado.

Em decisão à fl. 101, foi indeferido o pedido de liminar.

No parecer emitido pela Douta Procuradoria de Justiça, esta oficiou pela denegação da ordem ao argumento de que o trancamento da ação penal é medida excepcional que somente é admitido ante prova cabal a evidenciar a falta de justa causa para acusação.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nilsoni de Freitas (Relatora) - Conheço da impetração.

A presente impetração visa o trancamento da ação penal instaurada perante o Juízo da Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Sobradinho/DF contra S.G.S.X., por violação ao artigo 342, § 1º, do Código Penal, ante o constrangimento ilegal sofrido pela paciente quando prestou declarações perante o representante do Ministério Público.

O remédio heróico do *habeas corpus*, de índole constitucional, visa amparar a liberdade de locomoção quando ameaçada ou coarctada, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVII, CF), exigindo prova pré-constituída desse direito, não cabendo em suas lindes estreitas a análise de provas ou discussão probatória.

No escólio de Paulo Rangel, *in* Direito Processual Penal, Ed. Lumem Júris, 8ª edição, p. 829 “*O direito líquido e certo que o habeas corpus visa tutelar é a liberdade de locomoção. Na verdade, se é direito, é porque incontestável, irrefutável, indiscutível. Ora, sendo o habeas corpus um remédio jurídico que tem como escopo proteger um direito líquido e certo específico, que é a liberdade de locomoção, a prova demonstrativa deste direito é pré-constituída, já tem que estar previamente produzida*”.

Assim, o trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus*, por falta de justa causa, somente se viabiliza quando, da descrição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou quando ausente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do crime pelo paciente.

No caso *sub judice* verifico que não assiste razão ao impetrante, quando alega que a paciente sofreu constrangimento ilegal ao prestar depoimento perante o representante do Ministério Público. Senão vejamos.

Uma das teses que o impetrante se utiliza para embasar sua impetração diz respeito à alegação feita em Juízo pela paciente que não fez qualquer afirmação acerca dos I.P. Contudo, a teor do termo de declarações prestadas por aquela às fls. 12/14, perante o Ministério Público, verifica-se que há contradição em suas alegações quando esta afirma, *verbis*:

“(…) QUE a declarante, bem como as outras corretoras e corretores, sentiam-se muito mais confiantes quando iam vender lotes nos condomínios que sabia ser empreendimentos dos I. P., na medida em que estes são grandes empreendedores sendo proprietários da EMPRESA BEMVIRÁ/ QUE os CONDOMÍNIOS RK e ESTÂNCIA QUINTAS ALVORADA são, ou têm o aval da família P., embora a declarante não possa comprovar tal afirmação porque os mesmos não têm nada em seu nome/ QUE os I. P. contrataram a EMPRESA LH & D para administrar os condomínios; QUE são ainda ou ‘têm o dedinho’ dos I. P. nos CONDOMÍNIOS MORADA DOS NOBRES e BELA VISTA I e II. (...)”.

Noutro vértice, o depoimento prestado em Juízo perante a Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito de Sobradinho/DF a paciente aduz, *verbis*:

“(...) que lido o teor das declarações prestadas às f. 176/178, não às confirma na íntegra; que não é verdade que tenha vendido carro para comprar lotes; que os lotes que adquiriu no condomínio foram adquiridos por meio de uma rescisão contratual de uma empresa onde trabalhava anteriormente, de nome GREGORI, localizada no CNB; que não conhece os ‘I.P.’, sendo que, como já dito, conheceu apenas M. P. na audiência anterior e assim mesmo porque foi apontado pelo advogado Dr. ROQUE; que não fez qualquer menção acerca da família P. quando prestou declarações junto ao Ministério Público; que não leu as declarações de fl. 176/178 antes de assiná-las(...)”.

Com efeito, a paciente perante seu depoimento no Ministério Público teceu declarações acerca da venda de lotes nos condomínios de empreendimento dos I.P. Todavia, em Juízo, prestando depoimento como testemunha, esta não confirmou suas declarações anteriormente prestadas, afirmando que não conhece os I.P. e que não tinha feito qualquer menção acerca da família P. em seu depoimento junto ao Ministério Público.

Ora, a simples contradição ocorrida em seus depoimentos prestados perante o Ministério Público e como testemunha no processo criminal movido contra os I.P. e outros, já é o suficiente para apuração do crime de falso testemunho por meio de ação penal, não se justificando, sobremaneira, a pretensão do impetrante de trancamento da ação, sob a frágil alegação de ter a paciente sofrido constrangimento ilegal porque prestou depoimento em condições físicas e emocionais que não lhe favoreciam, além de não ter a presença de advogado para acompanhá-la.

A verificação da veracidade dos fatos narrados pelo impetrante somente poderá ser aferida no bojo da ação penal na qual a paciente responde por crime de falso, após a regular instrução e processamento do feito, o que torna incabível o trancamento da ação penal conforme perseguido.

É oportuno transcrever, para robustecer a necessidade de prosseguimento da ação penal movida contra a paciente e para verificar-se a ausência de constrangimento ilegal por aquela sofrido, excerto de seu interrogatório quando esta afirma que:

‘(...) ao prestar depoimento em Juízo a depoente teve um certo temor em confirmar as declarações prestadas perante o Ministério Público, pois já estava respondendo a processo por crime de parcelamento irregular de solo e tinha receio de qualquer declaração aqui prestada pudesse prejudicá-la (...)’.

Destarte, não há que se falar em constrangimento ilegal suportado pela paciente em face do ajuizamento da ação penal contra si, capaz de ensejar o trancamento da ação penal, uma vez que esta somente poderá ser trancada se houver clara e incontestável injustiça consistente em imputação de fato penalmente atípico ou inexistência de qualquer elemento indiciário da autoria do delito, o que não se verifica na presente demanda.

Nesse sentido vem decidindo este E. TJDFT:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - CRIME DE FALSO TESTEMUNHO - DENÚNCIA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - TRANCAMENTO - IMPOSSIBILIDADE.

Para o recebimento da denúncia não é necessário o juízo de certeza, mas de mera possibilidade. Assim, o trancamento da ação penal por falta de justa causa pela via estreita do habeas corpus somente se justifica quando da exposição dos fatos narrados na denúncia pode-se constatar que o fato é atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente”.

Por último, ressalto que a ausência de advogado, por si só, quando da prestação de declarações pela paciente perante o representante do Ministério Público, não configura constrangimento ilegal, eis que o depoimento fora realizado extrajudicialmente, sendo facultativa a presença do causídico.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Peço vista.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Aguardo.

DECISÃO PARCIAL

Após o voto da relatora denegando a ordem, pediu vista o 1º Vogal. O 2º Vogal aguarda.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - A paciente, no dia 1º de junho de 1995, prestou declarações à Dra. Alessandra Elias de Queiroga, eminente Promotora de Justiça, a respeito de fatos em que se embasou o Ministério Público, posteriormente, para oferecer denúncia contra P.P.J., E. da S.P., M. da S.P. e A. da S.P., imputando-lhes a prática do

delito tipificado no art. 288 do Código Penal, conforme comprova a denúncia juntada por cópia às fls. 44/49.

Ao comparecer em juízo, como testemunha da acusação, deixou de confirmar parte dos fatos constantes das declarações prestadas naquela oportunidade ao Ministério Público. Por isso foi indiciada e posteriormente denunciada por infração ao art. 342, § 1º, do Código Penal (fls.10/11).

O impetrante postula deste Tribunal o trancamento da ação penal, por falta de justa causa para sua instauração, com o fundamento de que as primeiras declarações foram prestadas pela paciente sem a assistência de advogado, quando se encontrava grávida de oito meses e com a saúde abalada. Acena para a probabilidade de ter sido ela constrangida em prestá-las. Sustenta, também, que como naquele processo ainda não foi proferida sentença, precipitou-se o Ministério Público no oferecimento de denúncia para apurar a prática do crime de falso testemunho.

A eminente Relatora votou pela denegação da ordem por entender que o trancamento de ação penal, por falta de justa causa, pressupõe a inexistência de indícios da autoria ou a atipicidade absoluta dos fatos descritos na denúncia.

Pedi vista dos autos para melhor inteirar-me dos fatos e fundamentos em que se funda a impetração.

Posto que não tenha o ilustre impetrante atacado o aspecto formal da denúncia, dou a conhecer ao Des. Romão C. Oliveira, segundo vogal à espera de meu voto, os fatos atribuídos à paciente:

“Consta que no dia 22 de agosto de 2002, na sala de audiência da Vara Criminal de Sobradinho/DF, a denunciada fez afirmação falsa, negando a verdade como testemunha em processo penal.

Consta que no dia 1º de junho de 1995, na sede do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a denunciada S. compareceu perante a Promotoria da Ordem Urbanística, e diante de uma promotora de justiça e de uma servidora pública, declarou fatos envolvendo os I. P. com condomínios irregulares e grilagem de terras (fls. 13/15).

Entretanto, no dia 22 de agosto de 2002, na sala de audiência da Vara Criminal de Sobradinho/DF, a denunciada, testemunha compromissada, modificou a sua versão, declarando que não fez qualquer menção acerca da família P., negando os fatos anteriormente declarados perante o MPDFT”.

O dispositivo do Código Penal em que a paciente foi declarada incurso tem a seguinte redação:

“Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena -reclusão de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta” (Redação do caput e seu § 1º dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001).

Antes de me pronunciar acerca dos fundamentos expendidos pelo impetrante, consigno que a denúncia, com a vênua devida ao seu subscritor, não atende aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, pois não contém “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”. Impossibilita à paciente, em face desses termos, defender-se convenientemente da acusação que lhe é feita, pois não pode saber - como ninguém sabe, aliás - de que é acusada.

Que teria ela dito ao Ministério Público a respeito do envolvimento dos I.P. “com condomínios irregulares”, como nela se afirma? Qual a natureza desse “envolvimento”? Qual a relevância, para a ação penal a que respondem pelo crime de formação de quadrilha, de sua negativa quanto à menção daquele fato?

A denúncia, nesse aspecto, não se mostra apta para a instauração de ação penal contra a paciente, por não mencionar conduta que se amolde a alguma figura penalmente tipificada. O Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo ao que é objeto da presente impetração, já decidiu:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A ATIVIDADE CRIMINOSA DO PACIENTE PADECE DE INÉPCIA, POIS IMPOSSIBILITA OU DIFICULTA A DEFESA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO” (RHC 2.976/RJ, Ministro Pedro Acioli - relator para o acórdão o Ministro Adhemar Maciel - D. J. de 31.10.94).

Ainda que se pudesse considerar hígida a denúncia, faltaria justa causa para a ação penal por haver a paciente prestado depoimento em juízo na condição de acusada em processo análogo ao dos réus.

Declarou ela, perante a Promotoria da Ordem Urbanística, com referência aos I. P., o seguinte:

“QUE os CONDOMÍNIOS RK e ESTÂNCIA QUINTAS ALVORADA são, ou têm o aval da família P., embora a declarante não possa comprovar tal afirmação porque os mesmos não têm nada em seu nome; QUE os I. P. contrataram a EMPRESA LH & D para administrar os condomínios; QUE são ainda ou ‘têm o dedinho’ dos I. P. nos CONDOMÍNIOS MORADA DOS NOBRES e BELA VISTA I E II” (Fls. 13).

Ao ser inquirida na instrução criminal do processo a que respondem P. P. J. e outros, afirmou:

“(…) que já foi denunciada porque estava vendendo um lote de sua propriedade envolvendo o condomínio Estância Quintas do Alvorada; que dos réus, a depoente conheceu de vista o réu M. em audiência anterior, ocasião em que perguntou a um advogado quem era referida pessoa, não conhecendo os demais réus; que nunca negociou com os réus; que adquiriu três lotes no condomínio Quintas do Alvorada por intermédio de um corretor de nome J. de Tal, tendo recebido os contratos e nunca mais manteve contato com referido corretor; que não é corretora e nunca trabalhou como tal; que sabe informar que o empreendedor do condomínio Estância Quintas do Alvorada foi a pessoa de F. de S., não tendo conhecimento de que os réus tenham qualquer envolvimento na implantação de referido condomínio; que não sabe informar se os réus são sócios entre si, nunca tendo ouvido nem comentários; que sempre lê jornal, tendo lido reportagens no sentido de que um dos candidatos tem envolvimento com loteamento; não se recordando de nenhum nome em especial; que já chegou a observar algumas fotos na rua com nome relacionado, porém não se recorda o nome; que nunca presenciou o envolvimento dos réus em implantação de condomínios; que J. de Tal chegou a informar que trabalhava para F. de S., salvo engano, sabendo, no entanto, informar que o nome que constava no documento que recebeu era o de F. de S.; que lido o teor das declarações prestadas às f. 176/178, não as confirma na íntegra; que não é verdade que tenha vendido carro para comprar lotes; que os lotes que adquiriu no condomínio foram adquiridos por meio de uma rescisão contratual de uma empresa onde trabalhava anteriormente, de nome GREGORI, localizada no CNB; que

não conhece os 'I. P.', sendo que, como já dito, conheceu apenas M. P. na audiência anterior e assim mesmo porque foi apontado pelo advogado Dr. ROQUE; que não fez qualquer menção acerca da família P. quando prestou declarações junto ao Ministério Público; que não leu as declarações de f. 176/178 antes de assiná-las; que no dia a depoente estava passando mal e se retirou da sala várias vezes, pois estava grávida do filho que atualmente tem sete anos de idade; que não é verdade que à época das declarações a depoente vendia lotes em outros condomínios, pois somente comercializou três lotes da Estância Quintas do Alvorada, os quais eram de sua propriedade; que a Promotora chegou a dizer o nome de várias pessoas, perguntando se a depoente as conhecia, se recordando apenas do nome de V." (fls. 16).

Há, realmente, divergência entre o primeiro e o segundo depoimento, pois neste último afirmou não conhecer os I.P. nem teve conhecimento de que os condomínios a eles pertenceriam. Suas explicações, no interrogatório referente ao processo que se pretende trancar, deita por terra a ilicitude de sua conduta, pois assim teria procedido por temor de se auto-incriminar:

"(...) que não se recorda bem das declarações prestadas perante a Promotora de Justiça Alessandra Elias de Queiroga, em razão do longo tempo decorrido. Que à época dos fatos a depoente estava grávida, conforme comprova pela certidão de nascimento que ora apresenta. Que além de estar fragilizada em decorrência da gravidez, ressalta que o depoimento prestado no Ministério Público foi extremamente demorado, o que pode ser comprovado no que consta no próprio termo de declarações. Na ocasião em que prestou tal depoimento, as informações dando conta do envolvimento dos I.P. na implantação de condomínio irregulares no Distrito Federal foram dadas com base em notícias e comentários populares, uma vez que era praticamente de conhecimento de todos que os I.P. adotavam esse tipo de conduta. No entanto a depoente esclarece que não fez nenhuma informação taxativa, até porque não conhecia os I.P. e não tinha como provar o envolvimento deles nos fatos. Que à época dos fatos a depoente não trabalhava como corretora em condomínios, apenas estava comercializando alguns lotes no condomínio Estância Quintas da Alvorada, que eram de sua propriedade. Que responde a alguns

processos por crime previsto na Lei de Parcelamento Irregular de Solo, pois admite que já trabalhou como corretora de imóveis situados em condomínios irregulares. Que nunca trabalhou em empreendimentos dos I.P., embora reconheça que tenha vendido lotes em condomínios irregulares no Distrito Federal. Que a depoente nunca recebeu ameaças dos I.P.. Que ao prestar depoimento em Juízo a depoente teve um certo temor em confirmar as declarações prestadas perante o Ministério Público, pois já estava respondendo a processo por crime de parcelamento irregular de solo e tinha receio de qualquer declaração aqui prestada pudesse prejudicá-la” (fls. 97/98).

O princípio *nemo tenetur se detegere* está consagrado na Constituição Federal (art. 5º, inciso LXIII). A Promotoria da Ordem Urbanística, no entanto, desconsiderou-o quando colheu as declarações da paciente, levando-a a se auto-incriminar para, somente no seu encerramento, adverti-la: “*ficando sobre avisada (sic) a declarante de que pode ser necessário (sic) uma nova intimação e que a mesma está incorrendo em crime contra a administração pública pela venda de lotes em condomínio irregular*” (fls. 14).

Inexigível da paciente, diante dessa advertência, sua confissão, como testemunha, de eventual ciência de ter vendido lotes em condomínios supostamente constituídos pelos réus em associação na forma a que se refere o art. 288 do Código Penal, por implicar co-autoria.

Ainda assim, previda pela situação de acusada por falso testemunho, retratou-se antes de proferida sentença naquele processo, de cuja competência declinou o juiz da Vara Criminal de Sobradinho para o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, foro em que deve responder o réu P.P.J. por ter sido eleito deputado para a Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Embora tenha sido suprimido o primitivo § 2º do art. 342 do Código Penal pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, para dispor em sua nova redação que a extinção da punibilidade somente se dá pela retratação do agente no processo em que praticado o suposto ilícito, nada impediria à defesa, ou ao próprio Ministério Público, demonstrá-la com a juntada àqueles autos de cópia do termo a que me referi. Poderá fazê-lo, ainda, o desembargador a quem pertencer a relatoria por distribuição, colher novo depoimento da paciente, se considerá-lo necessário.

Posto isso, peço vênha à eminente relatora para conceder a ordem, a fim de trancar a ação penal a que responde a paciente S.G.S.X..

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, o juiz e o Ministério Público, em matéria de falso testemunho, têm que adotar redobrada cautela. Aliás,

assim recomenda o legislador, quer no direito material, premiando a retratação da testemunha que tenha, anteriormente faltado com a verdade, quer através da lei processual em seu art. 211, parágrafo único, haja vista o momento em que o legislador estabeleceu para que o Estado comece a adotar providências contra o autor do fato, tido como criminoso.

No caso vertente, penso que houve uma precipitação do Ministério Público, inobservando o momento azado para dizer qual dos depoimentos dessa testemunha é o verdadeiro. Ainda não houve sentença.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Desembargador Romão, permita-me um aparte?

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Pois não.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Ocorre que ela se retratou, embora, como disse em meu voto, em razão da Lei nº 10.268/2001, que suprimiu o primitivo § 2º do art. 382, a extinção da punibilidade se dá com a retratação do agente no processo em que foi praticado o suposto ilícito. Mas nada impediria que o juiz remetesse essas declarações para juntar aos autos que estão aqui no tribunal, em razão do foro por prerrogativa de função de que goza o Deputado P. P.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Ou que ela compareça para ratificar o que ali escreveu.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Ela já se retratou. É só juntar suas declarações àqueles autos como prova emprestada.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Pois é, por todas essas razões.

E assim, Senhor Presidente, não vejo como prosperar essa ação penal. Máxime quando se tem notícia que a paciente também está sendo processada pelo mesmo fato. Ora, se a Constituição garante até que ela fique em silêncio, imagine contar a história que lhe convier para a sua defesa.

Concedo a ordem, com a devida vênia da eminente Relatora.

DECISÃO

Concedeu-se a ordem. Por maioria, vencido o Relator. Redigirá o Acórdão o 1º Vogal.

INQUÉRITO Nº 36/95

Requerente - Ministério Público do DF

Indiciados - B.T. da C.M. e outro(s)

Relator - Des. Lécio Resende

Conselho Especial

EMENTA

INQUÉRITO - PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO - RETROATIVIDADE - LEI MAIS BENÉFICA - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 35/01 - PRAZO DE SUSPENSÃO - CÔMPUTO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - MAIORIA DE VOTOS EM RELAÇÃO AO DENUNCIADO B.T. DA C.M. - UNÂNIME QUANTO AOS DEMAIS. Com o advento da Emenda Constitucional nº 35, de 21 de dezembro de 2001, foi trazida uma nova disciplina em termos de suspensão de prescrição, ao determinar que não é o silêncio que suspende a prescrição, mas sim a sustação do processo. Ocorrendo um conflito de lei no tempo, resolve-se pelo critério da extra-atividade da lei penal mais benigna, ou seja, pela Emenda Constitucional que não permite a suspensão da prescrição diante do silêncio do Parlamento, devendo retroagir para disciplinar pró-réu situação anterior.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Lécio Resende - Relator, Romão C. de Oliveira, Dácio Vieira, Getulio Pinheiro, Edson Alfredo Smaniotto, Mario Machado, Sérgio Bittencourt, Lecir Manoel da Luz e Hermenegildo Gonçalves - Vogais, sob a presidência do Desembargador Estevam Maia, em declarar extinta a punibilidade, em decorrência da prescrição, em relação ao denunciado B.T. da C.M., por maioria; e, à unanimidade, quanto aos demais, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2005

RELATÓRIO

Trata-se de Inquérito número 36/95, derivado do Inquérito Civil nº 01/1993 objetivando investigar indícios de apropriação indébita, estelionato, emissão de notas

fiscais “frias”, falsidade ideológica e documental, quando da utilização, pelos dirigentes da Associação dos Deficientes Físicos de Brasília - ADFB, de subvenções sociais provenientes da Fundação do Serviço Social do Distrito Federal, para a compra de cadeiras de rodas, mediante a utilização da Nota Fiscal nº 3.396, da firma UNICON.

O feito tramitou inicialmente perante a 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, mas como a denúncia imputa a autoria também ao Deputado Distrital B.T. da C.M., os autos foram encaminhados a esta augusta Corte de Justiça, em observância ao disposto no § 4º, do art. 61, da LODF e item III, do art. 78, do Código de Processo Penal, sendo inicialmente distribuído ao Excelentíssimo Senhor Desembargador GETÚLIO MORAES OLIVEIRA - fl. 303.

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu, às fls. 305, a juntada aos autos das peças que acompanham a inicial acusatória e, após obtida licença da Câmara Legislativa e colhida resposta escrita do Indiciado, fosse submetida a denúncia a este egrégio Conselho Especial para análise e recebimento.

A denúncia de fls 306/310, elaborada com base no Inquérito Policial nº 011/94, notícia que após a instauração do Inquérito Civil nº 01/93 surgiram inúmeros e sérios indícios da prática de fatos tipificados como crimes de ação penal pública, havendo sido ofertada nos seguintes termos, *verbis*:

“O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, por sua Procuradora-Geral de Justiça, com base nos autos de inquérito policial nº 011/94, vem respeitosamente à presença de V. Ex^a. oferecer DENÚNCIA em desfavor de:

B.T. DA C.M., brasileiro, divorciado, atualmente exercendo mandato de Deputado Distrital, natural do Rio de Janeiro, nascido em 01.04.56, filho de J.B.T. da C.M. e M.L.S. da C., residente no Condomínio Morada dos Nobres, QD. 3-b, lote 03, Sobradinho-DF;

S.M.L., brasileiro, solteiro, sindicalista, natural de Barra do Corda-MA, nascido em 16.08.64, filho de J.P.L. e L.M.L., residente na QNH-2, casa 23, Taguatinga Norte, DF;

R.L., brasileiro, casado, empresário, residente na SHIS QL-021, conj. 01, casa 07, Lago Sul, Brasília-DF;

1. A Promotoria de Defesa dos Direitos do Cidadão, do Patrimônio Público e do Meio Ambiente - MPDFT - apurou, no Inquérito Civil nº 001/93 (v. fls. 10/286), que o denunciado B.T. da C.M., na condição de presidente da ADFB, auxiliado por S.M.L. e outras pessoas, mas sempre sob a direção e determinação do primeiro, desviou e apropriou-se de recursos da entidade, originários de vários órgãos públicos.

2. Em sede criminal, especificamente, ficou evidenciada, no inquérito acostado, a prática dos fatos delituosos a seguir descritos.
3. No dia 25 de outubro de 1.990, a Associação dos Deficientes Físicos de Brasília - **ABDF**, com sede na EQNMS, Bl. A, Área Especial, Ceilândia Sul, recebeu subvenção social da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência/ CORDE - Ministério da ação Social, no valor de Cr\$ 600.000,00 (seiscentos mil cruzeiros) - cf. extrato de fl. 129, destinada à aquisição de material hospitalar (fl. 127).
4. No mesmo dia, o denunciado B.T. da C.M., como presidente da **ADFB**, e E.I. da E., tesoureira da entidade, emitiram nominalmente a S.M.L. o cheque nº 610993, do Banco do Brasil S/A, ag. 0452-9, no valor de Cr\$ 600.000,00 (seiscentos mil cruzeiros), personalizado em nome da Associação dos Deficientes Físicos de Brasília (fl. 250).
5. A cártula em referência foi sacada diretamente no caixa pelo denunciado S.M.L., que em face de um acordo prévio, entregou o numerário a B.T. da C.M. fl. 297).
6. Assim, o denunciado B.T. da C.M., com o auxílio consciente de S.M.L., agindo com animus rem sibi habendi, apropriou-se indevidamente da importância de Cr\$ 600.000,00 (seiscentos mil cruzeiros) - v. relatório nº 1, item e.1, fl. 21 - cuja posse detinha na qualidade de presidente da aludida entidade.
7. Ainda no dia 25 de outubro, o denunciado R.L., que era sócio-gerente da empresa Brasília Comércio de Aparelhos de Anestesia Ltda. doc. nº 01, e auxiliava financeiramente a campanha política de B.T. da C.M. doc. nº 02), emitiu, a pedido deste, a nota fiscal série B-1, nº 0012, no valor de Cr\$ 600.000,00 (fl. 131), sem que correspondesse tal escrituração a venda real e certa, uma vez que a **ADFB** não adquiriu as mercadorias ali discriminadas.
8. Com essa conduta, o denunciado R.L. inseriu declaração falsa em documento particular, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.
9. A propósito, consoante informação da Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe, desde janeiro de 1.990, não consta qualquer registro ou informação relacionada à existência da empresa Brasília Comércio de Aparelhos de Anestesia Ltda., que teve sua inscrição cancelada “ex officio” no mesmo mês (01/09), faltando-lhe,

por conseguinte, autorização legal para emitir nota fiscal (doc. nº 03).

10. Objetivando ocultar a apropriação e manter a posse do número, finalmente, o denunciado B.T. da C.M., ao prestar contas da subvenção junto ao Ministério da Ação Social, apresentou aquela nota fiscal 'fria', emitida pela empresa BRASÍLIA COMÉRCIO DE APARELHOS DE ANESTESIA LTDA., outrora sediada à na rua Capela 349 - Centro - Aracaju-SE (nf. Nº 0012, série B-1, de 25.10.90) - fls. 129/131. Referida prestação de contas foi, inclusive, impugnada pelo Tribunal de Contas da União (doc. nº 04).

11. Em face das condutas acima descritas, os denunciados estão incurso nas penas dos seguintes artigos do Código Penal Brasileiro:

- a) - B.T. DA C.M.: art. 168, parágrafo 1º, III;
- b) - S.M.L.: art. 168, caput c/c 29;
- c) - R.L.: art. 299

12. Pelo exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO seja a denúncia recebida por esse Colendo Tribunal, após a autorização exigida pelo art. 61º, parágrafo 1º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, procedida à oitiva das testemunhas abaixo arroladas e, a final, julgada procedente a pretensão punitiva, com a condenação dos denunciados, observadas as formalidades legais." (sic)

O inquérito foi inicialmente distribuído ao eminente Desembargador GETÚLIO MORAES OLIVEIRA, que determinou fosse oficiada à Câmara Legislativa do DF, da qual o Deputado B.T. é membro, a fim de pedir licença para o processo, em observância ao art. 61, § 1º, da Lei Orgânica do Distrito Federal - fls. 331.

Os autos foram redistribuídos em virtude do eminente Desembargador GETÚLIO MORAES OLIVEIRA ter assumido o cargo de Corregedor da Justiça do Distrito Federal, cabendo a Relatoria ao eminente Desembargador JERONYMO DE SOUZA - fl. 345, que argüiu suspeição, sendo novamente redistribuído ao Excelentíssimo Senhor Desembargador VASQUEZ CRUXÊN - fl. 349, vindo-me os autos conclusos após a redistribuição promovida à fl. 360.

Determinei a Notificação dos indiciados - fl. 361, para querendo, oferecerem resposta escrita.

Em resposta de fls. 373/379, o Deputado Distrital B.T. da C.M. argüiu preliminares de prescrição e de inépcia da denúncia, requerendo o acolhimento das mesmas e sustentando, no mérito, não haver praticado os atos que lhe são imputados, ressaltando

que somente através do presente feito teve ciência das irregularidades noticiadas, as quais foram praticadas com a participação de funcionários da ADFB, sem seu conhecimento.

Pugna pelo acolhimento das preliminares ou, caso ultrapassadas, pela improcedência da denúncia.

A Secretaria do Conselho Especial emitiu a Certidão de fls. 380, esclarecendo que restaram frustradas as tentativas de notificação de R.L. e S.M.L., quando determinei a notificação por edital, também infrutífera, a teor da certidão de fl. 384.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou seu Parecer às fls. 386/387, oficiando para que seja declarada extinta a punibilidade dos denunciados S.M.L. e R.L., e requerendo que este egrégio Tribunal delibere sobre o recebimento da denúncia quanto ao Deputado Distrital denunciado.

É o Relatório.

VOTOS

Des. Léicio Resende (Relator) - Senhor Presidente, o fato trazido nestes autos é o mesmo já referido pelo ilustre advogado, da tribuna.

O que houve, na prática, foi o desdobramento de um mesmo fato, com o oferecimento de seguidas denúncias. Como o fato é um só, a decisão deve seguir, necessariamente, a linha das anteriormente proferidas.

Gostaria de salientar, antes de proceder à leitura do voto, que a Lei Federal nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que instituiu as normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o excelso Supremo Tribunal Federal, teve a sua aplicação estendida aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais, por imperativo do art. 1º da Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993.

O art. 6º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, estatui, *in verbis*:

“Art. 6º A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas”.

Trago à baila esse preceptivo, para demonstrar uma questão que me parece curial, qual seja, a de que um colegiado, ao deliberar a respeito de uma denúncia, ofertada em desfavor de alguém, que detém privilégio de foro, em virtude da prerrogativa de função, não deve limitar-se à simples rejeição ou recebimento. O juízo de 1º Grau não só pode como deve fazê-lo, simplesmente, por despacho, receber ou rejeitar uma denúncia.

Aquí, a denúncia deve ter a sua procedência ou improcedência averiguada - é o que diz expressamente o art. 6º. Significa que, para o recebimento da denúncia, neste caso, é necessário o aprofundado exame da chamada prova indiciária que capeia o inquérito, de onde promana a denúncia ofertada.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofertou denúncia em desfavor do Deputado Distrital B.T. DA C.M., como incurso no art. 168, § 1º, item III, do Código Penal. Quanto aos demais denunciados, o Ministério Público requereu fosse decretada a extinção da punibilidade, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

A denúncia foi apresentada e capitulada conforme se segue:

- S.M.L.: como incurso no art. 168, *caput c/c*29, todos do Código Penal;
- R.L., como incurso no art. 299 do Código Penal.

Os delitos, segundo a denúncia, teriam ocorrido nos anos de 1990 e 1991, ou seja, há mais de 12 anos.

A apropriação indébita - art. 168, *caput*, do CP possui pena máxima de 04 anos, prescrevendo em 08 anos, conforme estipula o item IV, do art. 109, do Código Penal.

A falsidade ideológica - art. 299, *caput*, do CP possui pena máxima de 05 anos, prescrevendo em 12 anos, conforme estipula o item III, do art. 109, do Código Penal.

Assim, quanto aos denunciados S.M.L. e R.L., acolho a promoção do Ministério Público e declaro extinta a pretensão punitiva do Estado, com fulcro no art. 109, itens III e IV do Código Penal.

Argúi o indiciado B.T. DA C.M. a ocorrência da prescrição.

Pareceria justo e jurídico reconhecer-se, face aos elementos coligidos, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fulcro no art. 109, itens III e IV, do Código Penal Brasileiro.

Todavia, esta não me parece ser a jurídica e justa solução para o caso ora em exame, diante da possibilidade jurídica de solução mais benéfica, isto é, diante da possibilidade de se atribuir outra causa, lembrando que causa é a razão por que se dá, por que acontece ou por que se faz alguma coisa.

Como ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES, “acusar é deduzir a pretensão punitiva em juízo, mediante o pedido de condenação do réu por fato delituoso que lhe é atribuído”, aduzindo que: “a acusação tem como objeto imediato o julgamento da pretensão punitiva, ou seja, a prestação jurisdicional. Seu objeto mediato é a imposição da *sanctio juris* penal ao acusado” (*in* Elementos de Direito Processual Penal, Vol. 2, Forense, 1961, p.151).

Tendo em consideração, sobretudo, a importância do material cognoscitivo a ser apresentado em Juízo, com a finalidade precípua de desenvolver a acusação, já antiga lição do emérito Professor JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, antiga, mas atual, porque verdadeira, assim explicitava o conteúdo da denúncia ou queixa: “É uma exposição **narrativa e demonstrativa**. **Narrativa** porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (*aquibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (quo modo), o lugar onde praticou (*ubi*), o tempo (quando). **Demonstrativa**, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes” (in O Processo Criminal Brasileiro, Vol. II, Ed. Tipográfica Batista de Souza, Rio, 1920, pp. 194/195).

Qualquer que seja o conceito de crime, dentre os numerosos construídos pela doutrina ao longo dos séculos, o que se constata, como salienta LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, é “a constância de sua natureza antijurídica, e em razão da essência do delito, como ente jurídico. Isto é o que não viu Dorado Montero que, saturado de positivismo e com o preconcebido afã de negar a possibilidade de construir um conceito do delito que não fosse meramente criado pela lei, confundiu a variabilidade da **ordem jurídica** através das evoluções empírico-culturais, com a **permanente noção do delito como contrário à ordem jurídica**, qualquer que seja a forma e conteúdo deste, que o constitui **em uma valoração jurídica** e por ele em um **ente jurídico**, muito antes de que Carrara elevasse esse conceito a **fórmula sacramental**. (in Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Losada, S.A, Buenos Aires, 1951, pp. 23/24 - trad. livre).

O Código Penal vigente, com a sua Parte Geral modificada pela Lei n. 7.209, de 1984, não se ocupou de definir o crime, optando por se ocupar da “Relação de Causalidade”, que a Exposição de Motivos que capeou o Projeto naquela Lei convertido, explicita: “Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito.

Faço um comentário, *a latere*: como se hoje em dia não continuassem imprecisos todos esses conceitos.

Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas de comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo” (parágrafo 12).

Os doutrinadores, de modo geral, não discrepam no entendimento de que o crime de apropriação indébita tem como elemento subjetivo o dolo, que, no caso em exame, segundo o insuperável NELSON HUNGRIA, “é a vontade conscientemente dirigida à

apropriação da coisa alheia móvel, de que se tem precedente posse ou detenção. Como a apropriação pressupõe, conceitualmente, a intenção definitiva de não restituir a coisa ou desviá-la do fim para que foi entregue, ou a ciência de que se torna impraticável uma coisa ou outra, é óbvio que tal intenção ou ciência é integrante do dolo do agente. A ausência do *animus rem sibi habendi* exclui, **subjettivamente**, a apropriação indébita. Não há falar-se, aqui, em dolo **específico** (pois é indiferente qualquer fim ulterior à apropriação), mas em dolo **genérico**, isto é, a vontade ou consciência da ação típica do crime, que, no caso, é a apropriação *sine jure* da coisa alheia. A apropriação é o elemento de fato do crime, e não um fim ulterior do agente” (in Comentários ao Código Penal, Vol. VII, Forense, Rio, 1955, pp. 133/134).

A denúncia ofertada, tenho-a como inepta.

Além de não descrever os fatos imputados, com todos os requisitos exigidos pelo Código de Processo Penal, desprezou elementos de prova relevantíssimos, excludentes de ilicitude.

Como diz o saudoso Ministro NELSON HUNGRIA, apreciando, precisamente, a hipótese vertente, “Igualmente, não é necessária a **interpelação judicial** para a restituição da coisa: se há prazo prefixo, *dies interpellat pro homine*; caso contrário, prevalece a regra do *quod sine die debetur statim debetur*, bastando a recusa ao pedido extrajudicial de restituição para ser reconhecível ou indiciada a apropriação indébita” (*op. e loc. cit.*, p. 135).

No julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* n. 43.413, de São Paulo, julgado em data de 9 de agosto de 1966, sendo Relator o eminente e saudoso Ministro VILLAS BOAS, este pontificou: “Não pode o Julgador forçar a qualificação de um delito dessa natureza, dando relevo ao elemento objetivo e abstraindo-se do subjetivo”.

A grande lição se aplica a qualquer caso, porque, sem o exame da presença, ou não, do elemento subjetivo, não é possível a verificação da falta de justa causa para a ação penal.

Daí porque os eminentes e saudosos Ministros ADALÍCIO NOGUEIRA e PEDRO CHAVES votaram no mesmo sentido, concedendo a ordem, para, reformando o ven. acórdão que confirmara sentença condenatória, absolverem o paciente, à unanimidade.

Demais disso, como ensina HELENO FRAGOSO, “O crime de apropriação indébita é punível a título de dolo... O dolo é genérico, não exigindo nossa lei, como a italiana, que o agente vise proveito para si ou para outrem. Como nota MANZINI (Trattato, vol. IX, p. 828), a intenção de restituir a coisa, quando se concilie com o modo pelo qual é ela usada ou retida pelo agente, e com a possibilidade prática da restituição elimina o crime de apropriação indébita, pois a vontade de restituir exclui evidentemente a de apropriar-se” (in Lições de Direito Penal, Vol. 2, José Bushatsky, Editor, S. Paulo, 1962, p. 331).

E aqui faço uma pausa. O objeto do ilícito civil, sobre o qual falarei mais adiante, foi integralmente restituído. Então, a denúncia é inepta também por isso, porque não há, de fato, justa causa para ação penal, senão, talvez, o *animus persequendi*.

Proposta Ação Civil Pública, envolvendo o ora indiciado, expondo os mesmos fatos de que se ocupava o Inquérito que ora capeia a denúncia ofertada, veio esta - a Ação Civil Pública a ser julgada pela egrégia 5ª Turma Cível, APC nº 47.401/98, relatora a eminente Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, cujos relatório e voto transcrevo na íntegra, *verbis*:

“O relatório é, em parte, o da r. sentença de fls. 416/429, que transcrevo:

‘O autor (Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios) propôs Ação Civil Pública em face dos réus (B.T. da C.F. e S.M.L.), alegando que: a) a partir de denúncias recebidas, foi instaurado o Inquérito Civil nº 01/93, destinado a apurar irregularidades na Associação dos Deficientes Físicos de Brasília, ocasionando o ajuizamento de medida cautelar de produção antecipada de provas, perante esse juízo; b) a Associação recebeu recursos de vários órgãos públicos federais e distritais, a título de subvenções e convênios, havendo seus dirigentes desviado a maior parte deles; c) a Associação recebeu, em 12.09.91, do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, recursos no valor de Cr\$ 1.146.000,00 (hum milhão, cento e quarenta e seis mil cruzeiros), para treinamento de professores, reforma de prédio e aquisição de material didático, tendo afirmado, na prestação de contas, a utilização dos recursos; d) no entanto, nenhum pagamento foi feito nominalmente aos fornecedores ou prestadores de serviços, mas a pessoas da confiança do primeiro réu, especialmente o segundo réu, que os recebeu diretamente no caixa do banco; e) depoimentos colhidos pelo autor demonstram que os serviços referidos nos recibos e notas fiscais não foram efetivamente prestados e que os documentos foram fraudulentamente colhidos pelo segundo réu (que disse ter agido a mando do primeiro réu); f) o FNDE, que anteriormente havia aprovado a prestação de contas, procedeu ao seu reexa-

me, por requisição do autor, vindo a constatar todas as irregularidades apuradas no inquérito civil, além de outras de caráter técnico-financeiro; g) em razão disso, o FNDE exigiu a devolução dos recursos, em valores atualizados, tendo os réus, em confissão de culpa, devolvido o valor cobrado, mas utilizando-se do patrimônio da entidade, ao invés de utilizarem-se de recursos próprios; h) desta forma, a Associação, que não recebeu os recursos de fato, ainda foi onerada com o pagamento de 8.770,08 UFIR, correspondentes, na data do recolhimento (O5.04.94), a Cr\$ 4.687.158,27 (quatro milhões, seiscentos e oitenta e seis mil, cento e cinqüenta e oito mil cruzeiros reais e vinte e sete centavos) (a divergência entre os valores numéricos e por extenso consta da inicial).

Prossegue o autor: i) em decorrência do exposto, a Associação sofreu os seguintes danos: 01 - perda total dos recursos originariamente destinados a treinamento de professores; reforma de prédio e aquisição de material de expediente, integralmente desviados para outros fins, havendo fortes indícios de apropriação indébita, o que vem sendo apurado pela polícia civil; 02 - além de ter sido impedida de utilizar efetivamente os recursos da subvenção, a entidade ainda foi onerada pelo recolhimento ao cofres públicos de seu respectivo valor atualizado; 03- além dessa dupla lesão, a entidade perdeu, durante todo esse tempo, entre o recebimento dos recursos (12.04.91) até o momento, a oportunidade de otimizar resultados sociais da correta aplicação dos mesmos, o que se poderia traduzir em lucros sociais cessantes, em prejuízo de toda a coletividade de portadores de deficiência.

A seguir, aponta o autor aqueles que entende responsáveis pelas ocorrências, nominando-os: j) B.T. da C.M. é responsável pelos danos, pois na condição de presidente da entidade, passou a ser o depositário dos recursos repassados pelo FNDE; assinou todos os cheques relativos à má aplicação, além de haver prestado contas de forma fraudulenta ao órgão subvencionante, juntando comprovantes falsos e fazendo falsas declarações sobre os mesmos k) S.M.L., conquanto não participasse da diretoria da entidade, foi

designado pelo primeiro réu para coordenar a Associação e, nesta condição, comandava, de comum acordo com aquele, todas as atividades da instituição. No caso específico da subvenção do FNDE, colheu documentos falsos e foi beneficiado como favorecido da maioria dos cheques emitidos; l) embora os cheques tenham sido assinados também pela então tesoureira, E.I. da F, as conclusões obtidas no inquérito civil indicam que sua ação limitou-se à assinatura de cheques em branco, enganada pelos réus.

Conclui postulando a condenação dos réus a indenizar, solidariamente, a associação dos Deficientes Físicos de Brasília, ou pessoa jurídica que vier a sucedê-la, ou ainda, o fundo de que trata o art. 13 da Lei no. 7.347/85, nos seguintes valores: I - Cr\$ 1.146.000,00 (hum milhão e cento e quarenta e seis mil cruzeiros), atualizados monetariamente e convertidos para o padrão monetário em vigor, acrescidos de juros compensatórios de 12% a/a , além de juros moratórios de 1% a/m, a contar de 16.04.91, a título de reposição da subvenção original; II - CR\$ 4.687.158,27 (quatro milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, cento e cinqüenta e oito cruzeiros reais e vinte e sete centavos), atualizados e acrescidos de juros compensatórios de 12% a/a e moratórios de 1% a/m, a contar de 05.04.94, a título de ressarcimento do valor recolhido ao FNDE; III - importância igual à que vier a ser apurada , a título de lucros sociais cessantes, ou, alternativamente, em valor a ser apurado em liquidação.

Atribui à causa o valor de Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros reais).

O requerido B. contesta (fls. 231/232), dizendo que, em regra, os representantes das pessoas jurídicas de direito privado não respondem pelo insucesso na sua gestão, salvo quando causa prejuízo à entidade por culpa ou dolo. Argumenta que a inicial imputa falcatruas tão-somente ao co-réu S., que efetivamente sacou a importância noticiada, desviando-a de seu verdadeiro destino. Prossegue alegando que o segundo réu foi quem deu causa à abertura do inquérito civil, apresentando-se como desafeto do contestante, acusando-o da prática de atos inverídicos. Atribui ao segundo réu a prática de todos os atos, em

prejuízo da ADFB e sustenta que o MP “só providenciou medidas contra S. depois que o contestante propôs a ação de indenização por dano moral, apontando a maneira distorcida como era conduzido o inquérito civil.” Continua: “dos autos extrai-se a certeza jurídica e moral da responsabilidade criminal e civil de S..” Nega sua vinculação subjetiva com os atos praticados pelo segundo réu. Aponta falhas na inicial, por não ter esta nominado os dirigentes da ADFB que promoveram a devolução de dinheiro ao FNDE. Opõe-se à cobrança de correção monetária sobre o período em que a verba esteve à disposição da ADFB, aceitando sua incidência a partir “dos saques indevidos levados a efeito pelo co-réu S..” Da mesma forma, contraria o pedido, a título de lucros sociais cessantes, porque “uma vez devolvida a importância por S., o lucro social deixará de ser cessante”. Impugna todos os documentos que acompanharam a inicial.

O requerido S. formula defesa às fls. 237/241 e junta outros documentos. Afirma sua ilegitimidade passiva, porque o representante legal da ADFB é o primeiro réu, o qual tinha como atribuição assinar os cheques, juntamente com o tesoureiro. Alega que muitos empregados e dirigentes da ADFB preenchiam os recibos, “sendo que justamente aqueles mais suspeitos, não tiveram a redação deste réu.” Nega ter-se apropriado de qualquer valor e reitera ter agido dentro das atribuições que lhe foram determinadas pelo primeiro Réu.

No mérito, diz que a inicial contraria a verdade, trazendo a visão de algumas pessoas, justamente daquelas que comprometem o contestante. Lembra que as denúncias das irregularidades na ADFB partiram justamente deste réu. Adiante afirma “que todos os recursos foram aplicados na ADFB. Diz que o seu trabalho, na ADFB era administrativo e se resumia à datilografia da prestação de contas, a partir de recibos escolhidos, apresentados e determinados pelo presidente da entidade.

Em réplica (fls. 272/278), afirma o autor que a preliminar levantada pelo segundo réu, no tocante a sua ilegitimidade passiva, não merece acolhimento. Isso, porque o segundo requerido admitiu que trabalhava

na ADFB e que era pessoa da confiança do presidente, tendo sido designado para coordenar os trabalhos na Associação. Prossegue o autor argumentando que a lei não distingue quem será responsável por reparar o dano, bastando que tenha violado a regra do art. 159 do Código Civil.

Sobre o mérito, afirma que o dano tornou-se incontroverso, diante das defesas formuladas separadamente pelos réus, vez que ambos admitem sua existência, apenas imputam ao outro sua origem. Afirma também a existência de vínculo subjetivo entre os réus, demonstrado pelos depoimentos que acompanharam a inicial.

Reitera o pedido de indenização a título de lucros cessantes e incidência de correção monetária, além de sustentar a solidariedade entre os réus.

O autor indica prova testemunhal (fls. 280/281 e 309, v), o mesmo ocorrendo com o primeiro réu (fls. 283 e 307). O segundo requerido calou-se a respeito (certidão de fl. 284), mas posteriormente apresentou o rol (fl. 311), obtendo deferimento (fl. 312). Despacho de saneamento em 23.05.95 (fl. 284).

Em audiência (fls. 322/ss), foram tomados os depoimentos dos dois réus, além das testemunhas arroladas, sendo algumas delas dispensadas. E.N.C.M. foi ouvido por precatória (fls. 376/378).

Aberto prazo para alegações finais. O MP as apresentou (fls. 337/348), concluindo por reiterar os pedidos iniciais. O primeiro réu trouxe memorial (fls. 352/356), reafirmando não ter participação nas alegadas irregularidades. Atribui responsabilidade exclusiva ao réu S.. Este, por seu turno, formulou alegações finais (fls. 357/359), sustentando seus argumentos anteriores e requerendo a realização de perícia “para confirmar se a letra dos recibos de fls. 132/142 é do segundo réu ou de V.A. dos S..”

Por decisão de fls. 360, foi deferida a realização de perícia. Inúmeras diligências foram realizadas para obtenção dos originais, sem sucesso. O próprio requerente da prova técnica (segundo réu) não foi encontrado para dar prosseguimento ao feito (fl. 413-v).

Assim, em face da longa tramitação do feito, sem pers-

pectiva de realização da perícia mencionada, até por desinteresse manifesto da parte a quem aproveita, passo à decisão.'

Acrescento que o MM. Juiz analisou a prova colhida e julgou parcialmente procedente o pedido, para impor aos réus a devolução, em favor da Associação dos Deficientes Físicos de Brasília, ou à pessoa jurídica que lhe suceder, ou, em último caso, ao fundo previsto no artigo 13, da lei nº. 7.357, de 24.07.85, do valor de Cr\$ 4.687.158,27 (quatro milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, cento e cinqüenta e oito cruzeiros e vinte e sete centavos, atualizados monetariamente desde 05 de abril de 1994, com juros de mora desde a citação, tudo convertido ao padrão monetário vigente, bem assim ao valor que vier a ser apurado, mediante liquidação por artigos, a título de lucros sociais cessantes. Condenou-o ainda ao pagamento das custas e honorários advocatícios que ficou em 5% (cinco por cento) do valor da condenação, a ser revertida à fazenda federal.

Repeliu o pedido de condenação a devolução de Cr\$ 1.146.000,00 a título de reposição da subvenção original, porquanto a quantia acima referida, objeto da condenação, devidamente atualizada, já lhe pareceu reconstituir o patrimônio financeiro da ADFB, caso contrário, resultaria duplicidade da condenação.

O Ministério Público apelou, salientando que, ao deferir os pedidos II e III e indeferir o de nº. I, sob o argumento de que se tratava de um *bis in idem*, olvidou que considerara que a entidade beneficente, "além de ter sido impedida de utilizar efetivamente os recursos da subvenção"(...) "ainda foi onerada pelo recolhimento aos cofres públicos de seu respectivo valor atualizado.

Pediu a reforma do julgado, para se incluir na condenação a verba constante do referido inciso I.

O réu B. também apelou (fls. 440/462), salientando, primeiramente, em contra-razões ao recurso, a correção do julgado, ao negar a inclusão da verba referida no item I, para evitar a devolução em duplicidade. Nas razões de apelo propriamente ditas (fls. 446 e seguintes), pediu a reforma do julgado, a fim de que fosse o pedido julgado improcedente em relação a si, reiterando que desde a contestação, chamou a atenção do MM. Juiz para o relevante fato de que a exordial imputara tão-somente ao outro litisconsorte, S.M.L. as supostas falcatruas, por ser a pessoa que,

efetivamente, sacou a importância ali noticiada, desviando-se de seu verdadeiro destino. Sustentou que não teve qualquer participação nas irregularidades e reiterou o pedido de que fossem riscadas as expressões ofensivas contidas no memorial do Parque, nos itens 23, 24 e 26.

Ponderou que a condenação somente poderia ser dirigida ao responsável S. e aos demais membros da Diretoria da entidade, à época, pois, como atuante parlamentar, encontrava-se impossibilitado de fiscalizar a aplicação dos recursos e o desempenho de tarefas que atribuía a pessoas até então insuspeitas. Observou que não se explicitou qual conduta dolosa ou culposa lhe foi atribuída, nem o nexos de causalidade entre sua conduta e os prejuízos sofridos pela entidade a que presidia, e que, assim, sua defesa ficou dificultada e até impossibilitada.

Investiu, também, contra a condenação ao pagamento de hipotéticos, supostos e abstratos lucros sociais cessantes, sem que se configurassem na espécie.

O réu S. também apelou (fls. 457 a 462), argüindo, em preliminar, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, já que, deferido o exame grafotécnico que pedia, para comprovar quem verdadeiramente teria manipulado documentos perante a ADFB, e que foi intimado em seu anterior endereço, sendo que já comunicara ao juízo o novo.

Reiterou as alegações de ilegitimidade de parte, por não ter sido o responsável pelos recursos da Associação. Salientou que quem determinava e exigia recibos em branco eram o réu B. e seu preposto S. e pediu a reforma do julgado, para a improcedência do pedido em relação a si.

Apenas o Ministério Público ofereceu contra-razões, às fls. 473/478. Opina a douta Procuradoria de Justiça (fls. 483/485) pelo provimento do recurso do Ministério Público e improvimento dos demais.

Acrescento que o segundo apelante procedeu à juntada de documentos, em duas oportunidades, sendo dadas vistas às partes, com a manifestação do órgão ministerial.

É O RELATÓRIO.

VOTOS

A Senhora Desembargadora ANA MARIA AMARANTE - Relatora

Cabíveis e tempestivos os recursos, deles conheço.

Analisando, primeiramente, os recursos dos réus, que veiculam questões atinentes à pretensão de se eximirem das responsabilidades a si imputadas, em evidente situação de prejudicialidade, em relação à matéria da irrisignação do Ministério Público, relativa à não inclusão de verba postulada dentre as da condenação.

A preliminar de nulidade do processo, argüida pelo apelante S., por cerceamento de defesa não colhe razões, uma vez que, já encerrada a instrução, em meados de 1995 (fls. 337/348 e 352/59), apresentou pedido de perícia grafotécnica de documentos que haviam sido juntados com a inicial (fls. 132/142). Inobstante inúmeras diligências expedidas pelo MM. Juiz, para a juntada dos originais, por cerca de dois anos e meio, estas não restaram frutíferas, evidenciando-se desinteresse manifesto da parte que as requerera. Assim, correta foi a dispensa da prova, que se revelava meramente protelatória, com a prolação de sentença, com base nas provas colhidas na instrução.

A preliminar de cerceamento de defesa do segundo apelante, no sentido de que, na inicial, não foi apontada sua responsabilidade, não colhe razões, uma vez que ficou evidente que a causa de pedir foi a culpa *lato sensu* do réu, no desvio de recursos aportados à Associação dos Deficientes Físicos de Brasília, de que era presidente, agindo de comum acordo com o segundo, seu auxiliar na condução dos negócios da entidade.

Apesar da portaria de instauração do inquérito civil referir-se a várias situações tidas como irregulares, na administração da ADFB, a presente ação civil pública versa apenas sobre a utilização dos recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

Restou incontroverso nos autos que houve a liberação, em favor da ADFB, em 12.04.91, da quantia de Cr\$ 1.146.000,00 (hum milhão, cento e quarenta e seis mil cruzeiros), pelo FNDE, destinada a treinamento de professores, reforma do prédio e aquisição de material didático (fl. 16).

Sobre a aplicação desses recursos, destacam-se as seguintes informações:

1. *(depoimento de S., reproduzido no relatório do MP, fl. 18): "... era praxe, na administração da ADFB, que o Deputado B. e principalmente sua esposa, D. C., determinassem ao depoente e a V.A. dos S. que fossem receber vários cheques, diretamente nos caixas bancários, emitidos pela ADFB em consonância com recibos que já haviam sido preparados, ge-*

ralmente fictícios...” .

2. O Relatório nº. 07, do MP, aponta a movimentação da conta corrente no. 401.309-3, junto ao Banco do Brasil, onde se verifica o crédito no valor de Cr\$ 1.146.000,00, em 16.04.91. A partir daí, tem-se os cheques n. 775276 (Cr\$ 150.000,00, em nome de S.); 775278 (Cr\$ 373.000,00, em nome de S.); 775279 (Cr\$ 265.000,00, em nome de V.A. dos S.); 772280 (Cr\$ 50.000,00, em nome de S.) e 775281 (Cr\$ 258.000,00, em nome de V.).

3. Os recursos seriam destinados ao projeto de EDUCAÇÃO ESPECIAL, desdobrando em um curso de treinamento e capacitação, alfabetização, datilografia e capacitação profissional, a reforma da parte elétrica e do telhado da sede da associação, a aquisição de quadro negro, aquisição de material de consumo e de equipamentos. Sobre os recibos de prestação de contas, J.A. da C., membro da diretoria da ADFB, informou desconhecer que tenha havido reforma no telhado da sede da ADFB, em 1991, embora fosse apresentado um comprovante de despesa no valor de Cr\$ 150.000,00, emitido em favor de J.P.B.. Afirmou o depoente que o favorecido é portador de deficiência física e não teria condições de prestar serviços de tal natureza (fl. 85).

4. O mesmo depoente, ao examinar o recibo de Cr\$ 100.000,00, em nome de J.F.M., como tendo prestado serviços de reforma e manutenção de parte elétrica à ADFB, declarou que tal pessoa é portadora de deficiência nas mãos, sendo-lhe impossível realizar aquele trabalho (fl. 85)

5. E.N.C.M. foi demitido pela ADFB em 23.12.92. No entanto, constam recibos de serviços prestados em 04.02.93 e 30.03.93. Sobre os documentos, o depoente reconheceu sua assinatura, mas esclareceu que era costume na Associação pegarem-se assinaturas em recibos em branco...”(fl. 85). Confirmou a informação a respeito de J.F.M. (item anterior) (fl. 86).

6. No depoimento de S., reproduzido à fl. 86, constou “que vendo a prestação de contas feita ao Fundo Nacional de Educação, relativa à subvenção de Cr\$ 1.146.000,00, o declarante esclarece que ele próprio preparou aludida documentação.”

7. Prosseguindo, afirma o mesmo depoente que: “pode afirmar que o único valor que ali corresponde a compra efetiva ou realização efetiva de serviços é a nota da HP Mendes, relativa a um quadro negro.

8. Aduz ainda: “que vendo os recibos de prestação de serviços das fls. 1.191 /1198 (renumeradas 1195 a 1202 do anexo IV), o declarante reconhece como sendo sua própria letra a do preenchimento dos recibos de fls. 1191 e 1193: que os demais recibos foram preenchidos por V.A. dos S.; que nenhum dos recibos correspondem à realidade, sendo de esclarecer

que todos os signatários dos recibos prestavam serviços à ADFB, mas nenhum deles recebia os valores ali expressos pelos serviços prestados.”

9. Alegou por fim, “*que era hábito colher recibos dos empregados da ADFB por valores maiores. Alguns reclamavam, mas o declarante recebia de B. ordem para dizer a eles que se não assinassem seriam despedidos.*”

10. C.W.A.P. da R., também em depoimento prestado ao MP (fl. 87), afirmou: “*tanto o declarante como outras dessas pessoas assinaram vários recibos em branco, sem receber qualquer remuneração; que a maioria desse recibos em branco eram apresentados às pessoas pelo Sr. S., sob alegação de que tais recibos seriam destinados à prestação de contas; que o Sr. S. agia sob orientação do Sr. B..*”

11. J.F.M. (item 04, acima), em depoimento reproduzido à fl. 88: “*o declarante reconheceu como sua a assinatura nele existente, mas não recebeu o valor de cem mil cruzeiros nele constante, que não é eletricitista, que nunca fez nenhum reparo de manutenção da parte elétrica da Associação.*”

12. Z.B.B. (fl. 88), a respeito dos recibos de Cr\$ 100.000,00 e Cr\$ 115.000,00, integrantes da prestação de contas, afirmou que “*nunca recebeu tais valores; que reconhece suas as assinaturas nos aludidos recibos e acha que o motivo da existência desses documentos é de haver a declarante assinado recibos em branco, a pedido do Sr. S..*”

13. J.P.B. (fl. 88), também nega o recebimento de quantia expressa em recibo, afirmando que “*não fez qualquer serviço de reforma de telhado na associação.*” Confirma “*a prática que havia na associação de colher recibos em branco dos empregados, sob pena de demissão.*”

Em juízo, a prova colhida situou-se em linha de harmonia com a carreada aos autos do inquérito civil, corroborando grande parte dos dados. Embora o réu B.T. da C.M., gerente executivo da associação, tenha negado o prévio acordo com S., para o desvio das verbas, foi por este apontado, em seu depoimento em juízo, de fl. 324, como o beneficiário dos saques e o autor das determinações de elaboração de falsos recibos. O controle das contas da entidade estava a cargo da esposa de B., conforme depôs E.N.C.M. (fl. 373), ouvido por precatória, ocasião em que afirmou categoricamente que nenhuma reforma foi feita no prédio, no período em que trabalhou para a associação, entre 1º de novembro de 1991 até dezembro de 1992, quando morava dentro da sede. Somente houve a troca de três telhas, sem ônus para a associação.

Os recibos apresentados pela Diretoria da associação, quando da prestação de contas de gastos efetuados com as verbas, foram assinados por muitos dos ouvidos em juízo, que asseveraram havê-los

assinado em branco, sem que houvessem prestado qualquer serviço. Nesse sentido, depuseram C.V.A.P. da R. (fl. 327), J.F.M. (fl. 329), Z.B.B. (fl. 330), J.P.B. (fl. 331), S.C.G. (fl. 333). Impende salientar que os recibos “frios” davam conta da realização de serviços de reforma do telhado e da parte elétrica e foram firmados por pessoas que eram portadoras de deficiência física ou então, desconhecedoras dos ofícios em questão.

Os recibos, que se apurou serem “frios”, ostentavam a assinatura do apelante B. (fls. 133/135 e 138/142), o mesmo se verificando nas cópias dos microfimes dos cheques emitidos, de fls. 143 a 148, em que figurou como beneficiário justamente o apelante S.. Do mesmo modo, as cópias dos demais documentos apresentados quando da aludida “prestação de contas” (fls. 127/132), ostentam sempre a assinatura do primeiro, que alegou ignorar que as obras aludidas nunca foram realizadas, pois se encontrava empenhado em outros misteres, inerentes ao exercício do mandato parlamentar, de que fora investido, atuando apenas no campo político, captando recursos para a Associação.

No ofício de fl. 149/150, o Secretário Executivo do FNDE informou ao Promotor Adjunto da Promotoria dos Direitos do Cidadão, do Patrimônio Público e do Meio-Ambiente-DF que, constatada a irregularidade na aplicação dos recursos, foi concedida à Associação dos Deficientes Físicos de Brasília-DF, a oportunidade de restituir aos cofres da Autarquia os valores tidos como em prejuízo à Fazenda Nacional. Foi então informada que houve a devolução integral dos recursos recebidos, ocasião em que o Tesoureiro da entidade declarou que se constatara que S.M.L. auto-acusara-se de ter preparado de forma fraudulenta a prestação de contas do referido Convênio.

Ressalte-se que os documentos integrantes dessa prestação de contas foram preparados por S., conforme ele próprio reconheceu, assinados pelo presidente da Associação. As verbas referidas não tiveram a destinação nele ostentada. Tanto não tiveram que foram devolvidas, em 05.04.94, no montante atualizado de Cr\$ 4.687.158,27 (quatro milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, cento e cinquenta e oito cruzeiros reais e vinte e sete centavos). Só que os valores para tanto foram retirados dos próprios cofres da entidade, que, assim, se viu duplamente lesada. Foi despojada de recursos, na ordem de Cr\$ 1.146.000,00 (hum milhão, cento e quarenta e seis mil cruzeiros), que havia recebido em 16.04.91, e ainda se viu desfalcada daqueles de que dispunha, quando da devolução.

A principal linha de defesa do primeiro requerido, ora segundo apelante, centrou-se na assertiva de que foi traído pelo segundo requerido, no qual depositava inteira confiança, e que teria sido vítima de uma trama política de seus adversários. Nesse sentido versam os documentos juntados por fim.

A respeito, importa um aprofundamento da análise da prova dos autos, para se aferir, primeiramente, o alegado vínculo entre os dois requeridos e, depois, a relevância jurídica, para os fins ressarcitórios previstos.

Sobre os fatos que precederam a instauração das investigações, vale considerar, de início, conforme consta do relatório de 18, no subitem 4.4.1, que “S.M.L., não portador de deficiência, pessoa influente nas campanhas políticas de B.T., serviu em seu gabinete, mas foi despedido por este, cada qual dando uma versão para a despedida; na ADFB, além de ser companheiro da ex-tesoureira E.I. da F., exercia o papel de coordenador e detinha toda a confiança de B.T.; é o principal denunciante, apesar de confessar-se partícipe das fraudes, por determinação de B.

Consta ainda, no subitem 4.4.2, que “E.I. da F.” colaborou na campanha política de B.T., companheira de S.M.L., ex-tesoureira da ADFB, declarou que só fazia assinar os cheques em branco e entregá-los a B.T. ou a S.M.L., sendo que este confirmou sua declaração; disse ter deixado a diretoria por não concordar com o que vinha acontecendo nas contas da ADFB.”

Contas essas que ele próprio preparava e declarava que o fazia fraudulentamente. E, depois, pede para sair da diretoria por não concordar com o que vinha acontecendo.

“Apurou-se, ainda, conforme o subitem 4.4.3, que “S. de C.R. colaborou na campanha política de B.T., sendo pessoa de sua confiança; com a saída de E.I. da F., assumiu a tesouraria da ADFB e, desde a posse de B.T., é servidor da Câmara Legislativa, lotado no seu gabinete parlamentar; acusa S.M.L. e outros depoentes de tramarem vingança política contra B.T..”

Dentre as conclusões do referido relatório parcial (fl. 20), aponta-se o primeiro requerido como emitente dos cheques emitidos em favor de pessoas diversas das que figuraram na prestação de contas, sendo o principal beneficiário dos valores desviados das finalidades institucionais, tendo assinado as prestações de contas, atestando a veracidade dos recibos fraudulentos. Concluiu-se que

é, de qualquer forma, solidariamente responsável, na condição de presidente da entidade, pelos danos por ela sofridos, em consequência das irregularidades.

Ainda nas peças do Inquérito Civil nº. 001/93, no que pertine às irregularidades versadas no presente processo, de aplicação de subvenções do FNDE - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, constata-se, no Relatório Parcial nº. 07 (fls. 82/96), que os prestadores de serviços, indicados no subitem 2.4.1 (J.P.B. e J.F.M.), são portadores de deficiências físicas que os impossibilitariam de prestar os serviços de reforma do telhado e de manutenção da parte elétrica, já que o primeiro só tem um dos braços e o segundo tem deficiência nas mãos. Ouvido no inquérito, J.F.M. confirmou que somente percebia salário mínimo, nunca trabalhou na Associação fora do horário, nem recebeu por serviço extra. Aduziu que não é eletricitista e nunca fez reparo na parte elétrica (fl. 88). J.P.B. também negou haver recebido os valores lançados como pagamentos por reforma do telhado, afirmando que não é marceneiro, nem carpinteiro, nem construtor, nem pega empreitada para fazer esse tipo (fl. 88). Os demais, Z.B.B. e E.N.C.M. percebiam somente o salário mínimo não teriam recebido as importâncias indicadas (fls. 85/86). Os pagamentos que teriam sido feitos a Z.B.B., concernentes a aulas de datilografia, não foram recebidos por esta, que alegou (fl. 88) que os recebia diretamente dos alunos. Todos confirmaram a praxe de assinar recibos em branco, sempre que solicitados, advertidos de que seriam despedidos em caso de recusa.

A diretoria do FNDE, alertada pelas denúncias, procedeu a uma inspeção *in loco* na ADFB, concluindo, no tocante à subvenção de Cr\$ 1.146.000,00, que não pode apurar, por falta de documentação adequada, a data das alegadas reformas no telhado e na parte elétrica. Também não lhe foi apresentada a relação dos beneficiários nos cursos sobre alfabetização, datilografia e capacidade profissional, tendo sido o presidente da ADFB instado a defender-se ou a recolher, aos cofres do FNDE, o valor correspondente a 4.108,98 UFIR.

Os cheques referidos na prestação de contas, como tendo sido pagos a fornecedores e prestadores de serviços, foram depositados em conta de Assessores do Deputado B. (H.O.A. da F.R. e A.S., da própria ADFB e, mesmo, em conta do próprio deputado (o cheque nº. 252547, no valor de Cr\$ 4.628.500,00, pago em 25.11.92, emitido em favor de B.T. DA C.M. e depositado na

conta nº. 218.111906-0, do Banco do Brasil, ag. Câmara. (fl. 90, alínea g).

À fl. 98, subitem 5.1, faz-se referência a um cheque emitido por B. e S. em favor de C.M.P.M., companheira do primeiro, que o depositou em sua conta-corrente nº. 401/515, da CEF, o corrobora a prática de emissão de cheques da ADFB em favor de dirigentes ou de pessoas a eles ligadas, embora referidos contabilmente como utilizados no pagamento de despesas.

Os integrantes da Diretoria não poderiam figurar como beneficiários dos cheques, tendo em vista a vedação contida no artigo 14 do Estatuto:

‘Não serão distribuídos lucros, bonificações, vantagens e dividendos a Secretaria, a Diretoria, no todo ou em parte, não será remunerada e nem será remetido qualquer recurso para fora do País, e anualmente, será publicado em jornal de grande circulação ou no Diário Oficial do Estado, o demonstrativo da receita e da despesa.’

Pelo ofício de fls. 149, o Secretário Executivo do FNDE comunicava que a ADFB devolvera integralmente os recursos recebidos, após constatar que S.M.L. se acusara de haver preparado de forma fraudulenta a prestação de contas do referido convênio.” A cópia desse comunicado está à fl. 158. A devolução dos valores (fl. 159), foi feita com “recursos próprios da entidade” (fl. 161).

S.M.L., que à época era assessor do Deputado B.T., na Câmara legislativa, embora não sendo associado nem deficiente, passou a coordenar os trabalhos da ADFB, confessou, em seu depoimento de fls. 162/163 as irregularidades apontadas, e fartamente comprovadas documentalmente. Mesmo que se admita o benefício da dúvida, em favor do primeiro requerido, é inarredável sua responsabilidade solidária, em sede civil, por atos praticados por quem agiu por sua delegação de poderes.

A responsabilidade do Presidente da entidade pelas irregularidades, fossem ou não praticadas com seu conhecimento, exsurge da letra de seu próprio estatuto, que prevê, em seu art. 10, alínea “a”, “a coordenação dos trabalhos da Diretoria, podendo delegar tal atribuição a terceiros, quando necessário.” Mesmo tendo delegado atribuições a S., não poderia se esquivar às responsabilidades. Quanto aos beneficiários dos cheques que figuraram na prestação de contas alusiva aos recursos do FUNDO NACIONAL, verifica-

se que naqueles cujas fotocópias dos microfilmes constam de fls. 144, 145, 146 e 148, S.M.L. figura como beneficiário, constando no verso o endosso em branco. S. afirmou que sacava o numerário e o repassava em espécie ao Deputado B.. Não se pôde apurar a veracidade dessas afirmações, fortemente refutadas pelo último, restando palavra contra palavra.

Remanesce, todavia, estreme de dúvida, que B. assinou os referidos cheques, o que aponta para sua responsabilidade solidária pelo desvio dessas verbas, mesmo que não tenha sido o real beneficiário dos mesmos. Ainda que S. tivesse se apropriado desses recursos, não os repassando para o emitente, não se poderia arrear a responsabilidade deste pelos prejuízos que o agente ao qual delegou as funções de coordenação das atividades da entidade, causou à mesma.

É o próprio Deputado B. que, em seu extenso depoimento prestado à Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Cidadão (fls. 195/199 e 200/207), em presença de seu advogado, que reconheceu (fl. 195), que “a regra esculpida do artigo 10, letra “A” do estatuto da Associação tem como escopo a delegação de atribuições executivas, não eximindo a diretoria das responsabilidades pelos atos praticados pelos colaboradores.”

Sobre a prática adotada por S. de fazer constar seu nome (dele, S.), como beneficiário dos cheques, expôs seu entendimento, *verbis*:

“que, posteriormente a instauração do presente procedimento, e com base no que até então se apurara, o depoente passou a averiguar outros cheques utilizados para pagamentos diversos, quando constatou então que o Sr. S. havia adotado a prática de colocar em seu nome os cheques, emitidos pela Associação, para efeito de pagamentos e, a exemplo do que ocorrera com o cheque inicialmente destinado à CARMARGO PRODUÇÕES, também os descontava na caixa; que inobstante o Sr. S. descontar os referidos cheques, nunca a Associação recebeu qualquer reclamação de seus fornecedores acerca de eventual não pagamento de débitos; que não sabe explicar o motivo pelo qual o Sr. S. descontava os cheques destinados a pagamentos diversos e efetuava referidos pagamentos em dinheiro, acreditando que se tratava de uma prática administrativa adotada pelo Sr. S. (...) (fl. 198)

No mesmo depoimento, ao ser indagado sobre o desvio das verbas de que trata a petição inicial do presente processo, afirmou:

“Que está correto que a ADFB recebeu subvenções do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, uma de hum milhão, cento e quarenta e seis mil cruzeiros e uma no valor de duzentos e trinta milhões de cruzeiros, sendo a primeira com o escopo de treinar professores, reforma do prédio e aquisição de material didático; no que tange aos professores é correto dizer que se refere ao curso de datilografia; que os duzentos e trinta milhões de cruzeiros foram recebidos para a reforma da creche; que pertinente aos recibos de prestação de serviço, assinados por E.N., de fls. 1557/1562, não sabe informar qual fora o serviço por ele executado; que da mesma forma, não sabe informar qual o serviço executado por C.W.A.P. da R.; que no que tange ao serviço prestado por Z.B.B., o serviço se refere com certeza a aulas de datilografia; que o depoente informa que o valor pago à Fundação Fraternidade Essênia no valor de cento e cinqüenta milhões fora feito a título de adiantamento, mesmo porque esse valor corresponde a integralidade de preço da obra, que fora desta forma pago adiantado; que no que tange ao gasto de 720 sacos de cimento para a reforma da creche, entende que para se afirmar sobre a razoabilidade desse gasto é um trabalho destinado a perito; que no que tange a construção da creche afirma que parte do material foi adquirido pela ADFB e parte pela Fundação Essênia; que as operações de compra, tomada de preço, pagamentos, emissão de notas e outras coisas do gênero não era incumbência do depoente, e sim de seus colaboradores, inclusive do tesoureiro, incumbindo-lhe apenas a representação política da Associação junto a outras instituições, conforme inclusive esclarecido no início do depoimento; que a participação nos pagamentos efetuados pela Associação restringia-se à assinatura dos cheques levados a seu gabinete pela sua assessoria, que se encarregava antes de serem assinados, de pre-encherem os respectivos valores; (...)”

Na contestação (fls. 231/232) o primeiro requerido não negou a ocorrência dos fatos reportados na exordial, assinalando que a prática foi atribuída, pelo autor, apenas ao segundo requerido, S.. Vale ressaltar que este não havia negado a prática das aludidas irregularidades, apontando o primeiro requerido, Deputado B., como seu mentor e único beneficiário. Este sempre negou o conhecimento das falcaturas perpetradas, expondo, ainda no Inquérito Civil, sua versão:

que (...) tem a dizer que atribui a origem de tais denúncias a uma orquestração patrocinada pelo Sr. S., sua esposa e o Sr. J.A., no intuito de desestabilizar o depoente e assim se promoverem; que tal promoção, ao ver o depoente, tem em vista a assunção, pelos referidos orquestradores, do comando da associação dos Deficientes Físicos, com o fito de fazê-la trampolim de uma futura candidatura do Sr. J.A. ao cargo de Deputado Distrital; que, inclusive, acredita que aos orquestradores supra-aludidos, aliaram-se algumas pessoas da própria Câmara Distrital, contrários à candidatura do depoente à presidência da casa; e a prova é que as denúncias foram formuladas através de computadores da própria Câmara bem como os tíquets de leite foram formados também utilizando-se os computadores da própria casa, bem como os respectivos papéis timbrados; que estranha o depoente o fato de que o Sr. S. apresentou as denúncias apenas um ano após o desligamento da Associação o que a seu ver vem a corroborar as suas suspeitas.(...) (fl. 207)”.

Em sua contestação (fls. 237/241), o segundo requerido negou a prática das irregularidades, retratando-se, portanto, das afirmações feitas ao Ministério Público no Inquérito Civil, imputando-as integralmente ao primeiro requerido.

Na ata da Audiência de Instrução e Julgamento (fl. 322), constou que as partes dispensaram as demais testemunhas dos réus procedendo-se à tomada dos depoimentos pessoais do primeiro (fl. 323) e segundo (fls. 324/325) requeridos, bem assim à oitiva das testemunhas que compareceram.

Entrevê-se, nos depoimentos das testemunhas e informantes, como C.V.A.P. da R., que tratavam diretamente com S. nos assuntos relativos aos recibos de prestação de serviços à ADFB (fl. 327). A propósito, J.F.M. (f. 329), Z.B.S. (fl. 330), J.P.B. (fl. 331)

e S.C.G. (fl.333) afirmaram que o Deputado B. nunca lhes apresentou recibo e nunca lhes fez pagamentos. V.A. dos S. (fl. 332) asseverou que somente tratava com o Sr. S., que era quem administrava a Associação, sendo que o primeiro réu só esporadicamente ali comparecia. Assim, na prática, na gestão da Associação e no trato com associados e prestadores de serviços, em negócios atinentes à destinação das verbas, constatou-se, estreme de dúvidas, apenas a atuação direta de S..

Nesse tema, observando-se os montantes envolvidos nos cheques emitidos, no subitem 7.3.5 (fl. 219), verifica-se que o total dos valores em que S. figura como beneficiário (Cr\$ 1.771.661,86) é bastante superior ao daquele deferido a B. (Cr\$ 170.000,00), o que reforça a assertiva da atuação direta e ostensiva do primeiro. Embora a Promotoria tenha sustentado a veemência dos indícios de que o primeiro requerido tivesse se valido do segundo, como “testa de ferro”, na gestão fraudulenta dos recursos destinados à Associação, vale considerar que se fundou em indícios que, por si sós, não seriam suficientes para comprovar-lhe a conduta dolosa, de apropriação indébita. Restaram viáveis, tanto essa hipótese, como a de que o primeiro requerido tivesse sido enganado por seu antigo homem de confiança, assinando os cheques que este preparava e os documentos alusivos à prestação de contas, sem maiores considerações ou indagações.

O próprio órgão ministerial promovente da presente ação admitiu, embora *ad argumentandum*, essa possibilidade. Todavia, concluiu, com acerto, que despiendo seria cogitar-se do dolo do primeiro requerido, vez que a *culpa in eligendo* permanece inarredável.

Vale transcrever o trecho pertinente a esta última hipótese, de seu memorial, cujas razões peço vênha para incorporar ao presente voto:

‘Até porque, ainda que se admita, apenas para argumentar, que o Réu S. praticara os fatos contidos na inicial à revelia do Réu B., não estaria este isento de responsabilidade.’

Com efeito, o Réu B., que recebeu mandato que lhe foi outorgado pelos demais associados da ADFB para conduzir os seus destinos, nomeou POR SUA PRÓPRIA CONTA E RISCOS o Réu S.M.L., pessoa então de sua estrita confiança, para exercer a

gerência executiva da associação, função que equivalia à coordenação de todos os aspectos administrativos da entidade (depoimento pessoal de fl. 323).

Com isso, passou a ser solidariamente responsável por todos os atos praticados pelo Réu S..

Em sua contestação, o Réu B. imputa ao Réu S. a autoria dos fatos. Com isso, está admitindo a própria responsabilidade pela reparação dos danos. Com efeito, ao nomear o Réu S., então de sua inteira confiança, coordenador da ADFB, assumiu a responsabilidade pelos atos por ele praticados. Assim, os atos imputados ao Réu S. são, também, de responsabilidade do Réu B., por culpa IN ELIGENDO.”

Fica claro, por esse venerando acórdão, que se reconheceu a exclusiva responsabilidade do réu S.M.L. pelos desvios de recurso praticados, e apenas se admitiu que o ora denunciado teria agido como culpa na modalidade de culpa *in eligendo*.

“Há, também, por parte do Réu B., culpa IN VIGILANDO, porquanto incumbia-lhe fiscalizar e velar pelo regular desempenho das funções do coordenador que ele mesmo nomeou, por sua própria conta e riscos.

Por fim, há culpa grave do Réu B. que, segundo confessou em seu depoimento pessoal, assinou os cheques e a prestação de contas em total confiança, inclusive atestando a execução dos serviços, sem ter certeza de sua realização.

É totalmente descabida a pretensão do Réu B. de querer se eximir da responsabilidade solidária, imputando-a tão somente ao Réu S..”

“Quanto à responsabilidade deste último, resta inafastável, por conduta dolosa, fortemente amparada na prova documental e testemunhal acima referidas e, ainda, em seu depoimento prestado nos autos do Inquérito Civil, de nada valendo a retratação que tentou esboçar no presente processo.

A propósito, bem observou o douto órgão ministerial, em seu Memorial:

‘O Réu S. tenta se eximir da responsabilidade, argumentando que agiu a mando do Réu B., sendo que este é quem assinou os documentos e dava as ordens. Isto, contudo, não é suficiente para eximi-lo da responsabilidade solidária, porquanto, embora não participasse da diretoria da entidade, exerceu a função de Coordenador da ADFB, por designação do Réu B. e, nesta condição, comandava

de comum acordo com este todas as atividades da instituição, tendo colhido documentos falsos, depoimentos das testemunhas e informantes ouvidos em audiência, preparado a fraudulenta prestação de contas, além de ter sido beneficiado com a maioria dos cheques emitidos (fls. 144 e seguintes). Como coordenador da ADFB, passou a ser co-responsável pela aplicação da verba pública concedida, porquanto cabia-lhe a execução do projeto EDUCACÃO ESPECIAL. É, portando, solidariamente responsável pela reparação dos danos causados.' (fl. 346).

O primeiro apelante juntou aos autos cópias da decisão do Colendo Tribunal de Contas da União, quando os autos já estavam no aguardo do julgamento aprazado, acarretando um retardo na tramitação do presente recurso, com a abertura de vistas ao Ministério Público e à douta Revisão. Ocorre que as verbas relativas ao FNDE, de que tratam os autos, não foram objeto da aludida prestação de contas, porque foram devolvidas ao Fundo, ao ser constatada, pela Associação, as irregularidades já mencionadas. A Tomada de Contas Especial, retratada nos documentos, é alusiva a recursos diversos, recebidos de outra entidade, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência CORDE, órgão do então Ministério da Ação Social (fls. 499 a 512).

Por fim, pediu o apelante a juntada de declarações de M. dos S.O., versadas na escritura pública declaratória (fls. 523/532), feita de acordo com minuta apresentada. Deferiu-se a juntada do documento, com abertura de vistas às partes, em homenagem ao princípio da ampla defesa. As declarações estampadas na escritura, todavia, não têm o condão de elidir a *culpa in eligendo et in vigilando* do primeiro requerido, ora segundo apelante, pelos prejuízos que a Associação dos Deficientes Físicos de Brasília sofreu, em decorrência das atividades do segundo requerido, ora terceiro apelante. Ainda que restem veementes os indícios de que S.M.L. agiu com motivação política, ao efetuar denúncias contra o Deputado B., servindo a interesses de possíveis adversários políticos deste último, o fato é que as irregularidades que admitiu haver praticado restaram comprovadas, bem assim os aludidos prejuízos, sendo certo que, mesmo em se admitindo que o primeiro requerido pudesse não ter conhecimento dessas atividades, não se poderia arrear sua responsabilidade solidária pela conduta de

seu preposto. Este, ao fim e ao cabo de todas as práticas perpetradas, vem de ser agraciado com a nomeação para o Cargo Especial de Gabinete Parlamentar do Deputado Distrital G.M., em 1º. de maio do ano passado, conforme o documento juntado ao final (fl. 533), de que foram abertas vistas ao Ministério Público e às demais partes.”

Por isso é que a eminente Relatora viu, nesse caso, uma forte conotação política, porque, coincidentemente, o autor dessas denúncias e, na verdade, o responsável por todas essas irregularidades viesse a ser premiado, certamente pela atitude tardiamente adotada -, um ano depois de deixar essa Associação -, com o cargo especial de gabinete e nomeado exatamente por um adversário político do ora denunciado, o então Deputado Distrital G.M..

“Como bem observou o Em. Ministro Relator, na Tomada de Contas Especial, alusiva ao emprego de outros recursos, recebido pela Associação de entidade diversa, embora a origem da denúncia também tenha tido origem em questão política, naquele caso, não caberia ao Tribunal “manifestar-se a respeito”. Com efeito, importa a apuração dos fatos versados nos autos e a determinação das responsabilidades. A exploração política do evento não teve o condão de descaracterizá-lo, posto que os fatos restaram incontroversos.”

Aqui, quero abrir um parêntese, para acrescentar que esse fato da conotação política tem relevância sim, porque é sabido que um julgamento deve se proceder de forma absolutamente imparcial e a nenhum magistrado é dado o direito de ter ou de orientar-se por qualquer ideologia, porque nenhuma ideologia tem utilidade ou tem cunho de veracidade. É só verificar o que se passa no mundo político.

No Brasil, por exemplo, as expressões esquerda e direita servem apenas, ao meu ver, para marcar a cadência nos desfiles que se realizam nas datas cívicas. Ninguém explica o que significa direita ou esquerda. E não há mesmo por que explicar, porque não tem explicação nem significação alguma.

“A condenação dos requeridos a pagar à entidade o montante do valor que devolveu ao FNDE se revelou irretocável, cabendo a atualização da verba a partir do desembolso lesivo aos cofres da Associação.

Todavia, procede a irresignação do Ministério Público, quanto ao não acolhimento de seu pedido, na parte em que postulou a con-

denaço dos réus ao ressarcimento completo da entidade. Não bastaria a devolução do que foi objeto de indevida apropriação, mas também, do desfalque verificado, quando da devolução do valor objeto do desvio.

Quanto à condenação a título de “lucros sociais cessantes”, é bem de ver que não se revestiu de quaisquer indicativos que possibilitassem sua liquidação em fase posterior, devido a seu caráter excessivamente genérico.

Nesta parte, procede o recurso do segundo apelante, devendo ser reformada esta parte da r. sentença.

No mais, está a merecer confirmação na íntegra, pois a prova oral e documental foi robusta na demonstração da responsabilidade solidária, por se tratar de ato ilícito, dos dois réus, pelos prejuízos causados à entidade beneficente referida, em compasso com o precedente desta Corte, trazido à colação pelo MM. Juiz, em que se apreciou caso semelhante, do qual divergimos apenas quanto à última parte, relativa aos chamados “lucros sociais cessantes”, pelo caráter indeterminável de seus componentes.

“EMENTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL A DEFICIENTES. DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. LEI NÚMERO 7853/89, ARTIGO TERCEIRO. LUCROS SOCIAIS CESSANTES

I - Com o advento da Constituição Federal de 1988, a atuação do Ministério Público na promoção do inquérito civil e da ação civil pública não mais encontra limites no art. primeiro da Lei número 7347.85, senão no art. 129, inciso III, da Carta Magna.

II - As provas coligidas nos autos, mesmo emprestadas de inquérito civil público, mostram-se indenes, uma vez que impugnações desarrazoadas e sem apontamentos objetivos e específicos, quanto a sua veracidade, não infirmam o valor probante do inquérito civil, do qual os réus tiveram ciência do transcurso e no qual se fizeram representar, regularmente, por profissional habilitado.

Irregularidades diversas comprovadas, implicando o reconhe-

cimento da autoria e responsabilidade do presidente da instituição beneficiada (Associação dos Deficientes Físicos de Brasília - ADFB) com recursos advindos de órgãos públicos federais e distritais, a título de convênios e subvenções.

III - Demonstrado o desvio das subvenções da Fundação do Serviço Social, a qual se destinaria à aquisição de leite tipo “c”, objetivando, inicialmente, a atenuação de problemas estomacais decorrentes do uso de medicamentos por pessoas portadoras de deficiências, cabível é a condenação das pessoas envolvidas em lucros sociais cessantes, e ao ressarcimento daquelas verbas não revertidas em favor dos deficientes. Benefícios e melhoria de saúde que deixaram de ser auferidos, projetando-se no bem-estar dos deficientes físicos da ADFB.

(Ap. Cível 37.194/95, Reg. Int. Proc. 84.525, 3ª. Turma Cível, Rel. Desembargadora Fátima Nancy Andrighi, pub. DJU 29.05.96, pág. 8.501)

ISTO POSTO, dou provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO, e condeno os réus B.T. da C.F. e S.M.L. a indenizar a Associação dos Deficientes Físicos de Brasília - ADFB, ou a pessoa jurídica que vier a sucedê-la, ou, em último caso, o fundo de que trata o art. 13 da lei 7.347/85, os valores de Cr\$ 1.146.000,00 (hum milhão, cento e quarenta e seis mil cruzeiros), com correção monetária a contar de 16.04.91, bem assim a importância de Cr\$ 4.687.158,27 (quatro milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, cento e cinquenta e oito cruzeiros e vinte e sete centavos), a ser também corrigida a contar de 05.04.94, todas com acréscimos de juros de mora, de 1% ao mês, a partir da citação, feitas ainda as devidas conversões aos padrões monetários vigentes.

E dou provimento, em parte, ao recurso do segundo apelante, B.T. DA C.M., excluindo da condenação o pagamento de valores a título de “lucros sociais cessantes”.

Nego provimento ao recurso do terceiro apelante S.M.L..

Fica mantida a condenação dos réus nas verbas de sucumbência, consistentes no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 5% (cinco por cento) do valor da condenação, quantia que se reverterá à Fazenda Federal. O decaimento do Ministério Público de parte do pedido já fica compensado com a redução da base da incidência da verba honorária.

É COMO VOTO.”

A decisão da egrégia 5ª Turma Cível restou assim ementada:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL A DEFICIENTES. DESVIO DE VERBAS. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS PREJUÍZOS OCORRIDOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE, CONFORTADA PELA PROVA DOS AUTOS. DELEGAÇÃO DE FUNÇÕES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO DELEGANTE. AGENTE CAUSADOR DO DANO. CULPA *IN ELIGENDO ET IN VIGILANDO*. MONTANTE INDENIZATÓRIO. PARCELAS DETERMINÁVEIS E INDETERMINÁVEIS. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES. LUCROS SOCIAIS CESSANTES.

1. Fatos alegados pela parte autora e não impugnados especificamente pelo réu são reputados verdadeiros, mormente se não contrariados pelos demais elementos de prova dos autos.

2. Presidente de Associação que delega a coordenação da entidade a terceiro, mesmo ao amparo de norma estatutária, responde solidariamente por danos que este causa à entidade, desviando para fins particulares valores que ela recebeu para a consecução de seus fins sociais. Trata-se de culpa *in eligendo et in vigilando*, que prescinde da demonstração do dolo do preponente em coadjuvar as atividades ilícitas de seu preposto.

3. No montante da indenização, cabe não só o que a entidade teve de pagar, retirado de seus próprios recursos, para devolver a Fundo público o que recebeu e foi desviado de seus cofres, como também a vantagem que deixou de auferir, para a realização de seus fins sociais, em razão da devolução ocorrida. Não ocorre, na espécie, o *bis in idem*, pois o desembolso carece de ressarcimento como dano emergente e o que deixou de receber, como indenização a título de lucros cessantes.

4. Incabível, na espécie, a condenação, adicional e genérica, dos responsáveis ao pagamento de “lucros sociais cessantes”, representados pela falta de melhoria nas condições de vida dos associados e benefícios no implemento de programa de educação, posto que não apoiado em elementos determináveis ou quantificáveis, inviabilizando eventual liquidação de sentença.”

À unanimidade a egrégia 5ª Turma Cível adotou o voto condutor, cuja leitura acabo de concluir, ficando, por tanto, assente que o ora denunciado teria agido com culpa nas modalidades de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, admitida esta culpa pelo próprio Ministério Público em memorial que apresentou à oportunidade do julgamento do recurso de apelação, extraído dos autos da ação civil pública de que se originaram todas essas denúncias, que nada mais são do que a repetição do mesmíssimo fato.

Ao abordar o tema “A culpabilidade e seus pressupostos”, ensina SEBASTIAN SOLER: “*La realización de un hecho que reúna las apariencias externas de una figura delictiva no alcanza a integrar un verdadero delito, sino cuando, como lo decimos en la definición de este, esse hecho sea típicamente culpable. Al análisis objetivo del hecho examinado debe seguir el de la relación que aquél tenga con su autor. Si, por una parte, el estudio de la culpabilidad del hecho, por otra parte, presupone también establecida la atribución física de ese hecho a determinada persona, pues la culpabilidad comprende el estudio del contenido interno de un hecho que ya se ha declarado ilícito y del cual el sujeto es ya considerado autor. El hecho ilícito producido por un hombre es digno de pena sólo en abstracto; en cambio, el problema que siempre hay que resolver es el de saber cuándo es digno de pena, en concreto, el autor de ese hecho, que es quien realmente debe, cuando sea el caso, sufrirla. NO HAY PENA SIN CULPA. - Salvo algunas formas aberrantes del Derecho penal germánico primitivo, otros casos de responsabilidad sin dolo o culpa del antiguo derecho canónico, y unas pocas excepciones de responsabilidad objetiva subsistentes en la ley, puede afirmarse, con la mayor generalidad, que el Derecho penal trata de captar el hecho del hombre no como una mera alteración del mundo exterior, sino como una expresión de la conducta del sujeto: para al Derecho penal moderno no hay pena sin culpa. En este sentido puede decirse que la alteración objetiva del mundo exterior tiene solamente un valor sintomático; a través de ella se investiga cuál es la fuerza subjetiva que le dió existencia. La actividad que se imputa es la actividad de la voluntad; no es la actividad del cuerpo, dice CARRARA*” (DERECHO PENAL ARGENTINO, Primera Reimpresión, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 9/10). A tradução é a seguinte: “*A realização de um fato que reúna as aparências externas de uma figura delitiva não chega a integrar um verdadeiro delito, senão quando, como o dissemos na definição deste, esse fato seja tipicamente culpável.*

Culpável, aqui, significa que esse fato deve trazer consigo a presença incontroversa do elemento subjetivo do tipo, que é o dolo, e dolo na modalidade de dolo genérico. É isso que quer dizer tipicamente culpável.

À análise objetiva do fato examinado deve seguir o da relação que aquele tenha com seu autor. Se, por um lado, o estudo da culpabilidade do fato, por outro, pressupõe também estabelecida a atribuição física desse fato a determinada pessoa, pois a culpabilidade compreende o estudo do conteúdo interno de um fato que já se declarou ilícito e do qual o sujeito é já considerado autor.

E aqui faço outro parêntese para dizer que não posso compreender como o próprio Ministério Público, que é uno e indivisível -, tanto assim que os atos a partir de uma certa data, sobretudo a partir do advento da Lei Complementar 75, deixaram de ser identificadores pessoais dos subscritores, porque os atos sempre começam assim: O Ministério Público... embora, muitas vezes, a instituição nem saiba que aquele ato está sendo praticado por um dos seus membros, mas é assim que os atos são encimados, o que mostra que o Ministério Público se considera um ente indivisível -, ao final de uma ação civil pública que vai dar origem a inquéritos que serão depois capeados por sucessivas denúncias, reconhece que alguém agiu com culpa e, depois, oferece denúncias imputando-lhe uma conduta que, nos termos da lei, da doutrina e da jurisprudência só é atribuível a título de dolo genérico. Realmente não dá para entender.

O fato ilícito produzido por um homem é digno de pena só em abstrato; em contrapartida, o problema que sempre se há de resolver é o de saber quando seja o caso, sofrê-la. NÃO HÁ PENA SEM CULPA.” - Salvo algumas formas aberrantes do Direito penal germânico primitivo, outros casos de responsabilidade sem dolo ou culpa do antigo direito canônico, e umas poucas exceções de responsabilidade objetiva subsistentes na lei. Pode afirmar-se, com a maior generalidade, que o Direito penal trata de captar o fato humano não como uma mera alteração do mundo exterior, senão como uma **expressão da conduta** do sujeito: para o Direito penal moderno **não há pena sem culpa**. Neste sentido pode-se dizer que a alteração objetiva do mundo exterior tem apenas um valor sintomático; através dela se investiga qual é a força subjetiva que lhe deu existência. A atividade que se imputa é a atividade da vontade; não é a atividade do corpo, diz CARRARA”.

Ao referir-se às poucas exceções de responsabilidade objetiva subsistentes na lei, tece o notável Professor argentino, em nota de rodapé, as seguintes considerações: “*Las muy combatidas figuras de delitos preterintencionales, considerados por numerosos autores como una supervivencia bárbara. MAYER, p. 120 y 142; LISZT-SCHMIDT, par. 36, VII, 3; RADBRUCH, V. D., II, 232, 243. Hay en ello cierta exageración, incluso con respecto al derecho alemán. Para nuestro derecho, no creemos válido el reproche*” (op. cit., p. 10).

Tem razão o ilustre Professor. Não se pode mesmo dar crédito a autores como CARL SCHMIDT, redator de numerosos textos, convertidos em Lei pelo Parlamento alemão, e de numerosas lições de doutrina, seguidas por ADOLF HITLER, a contar do ano de 1923, com rigorosa fidelidade, segundo suas próprias palavras, e que conduziriam esse personagem à liderança do Estado Alemão, em 1933, e de cujas lições e leis preparadas por esse jurista, sob encomenda, surgiria o nazismo, com as conseqüências que todos conhecemos.

Quero dizer que não é só o nazismo que sacrificou milhões de pessoas em campos de concentração. Enquanto se comemora, até hoje, no mundo judaico o Holocausto em

memória dos seis milhões de judeus, ciganos, homossexuais e negros mortos, no mesmo período na antiga União Soviética, Joseph Stalin, comunista - é por isso que eu disse no começo que magistrado que se preza não deve ter ideologia alguma -, sacrificou trinta milhões de opositores. Pouco se fala disso, porque é interessante considerar todo nazista ditador e todo comunista presidente, principalmente no Brasil.

Toda vez que se referem ao ex-presidente do Chile, General Augusto Pinochet, a ele se referem como o ditador Augusto Pinochet, e toda vez que se referem ao ditador cubano, que está desde 1959 no poder, sem eleições, ou é presidente ou é comandante. Por quê? Porque é comunista. Comunista merece um tratamento melhor, diferenciado. Ele é diferente do nazista, ele só mata trinta milhões e o nazista só mata seis.

É porque essa questão tem uma conotação inquestionavelmente política -, isso ficou ressaltado no julgamento da apelação cível -, que faço questão que constem do meu voto, sobretudo para a posteridade, essas observações.

Recuso-me, outrossim, a seguir as pegadas de WELZEL, o maior expoente e o principal representante da Teoria Finalista. Recuso-me a seguir a “última moda”, tão difundida, infelizmente, nas Faculdades de Direito, e que deixam, só por isso, de cumprir a sua missão primordial - a de formarem humanistas e líderes, para formarem futuros verdugos.

WELZEL afirma, em síntese, que, na realidade, existem estruturas ontológicas, isto é, dados prejudiciais aos quais se vincula o legislador, já que o ontológico, refratário a toda transformação normativa, seria a ação humana, que é, essencialmente “finalista”, no sentido de que tem uma finalidade que busca realizar segundo um plano previamente estabelecido. O aspecto da finalidade - afirma-se, encontra sua expressão no dolo.

Daí se infere que o dolo, despojado de qualquer conteúdo ético, não pertence ao requisito da culpabilidade, mas aos da ação e da antijuridicidade, como elemento de uma e de outra. No que concerne às ações culposas, isto é, aos comportamentos devidos à imprudência, negligência e imperícia, apesar de alguns seguidores dessa teoria considerarem-nas completamente independentes das dolosas, WELZEL as entroniza na ação finalista, ao argumento de que o resultado poderia ser evitado mediante um devido e mais cuidadoso controle finalista do comportamento observado.

É isso que permite que se transforme - só para exemplificar - um fato praticado, motivado pela culpa consciente, em dolo eventual. Vez por outra assistimos a esse espetáculo deprimente, sobretudo para quem exerce a nobre, edificante e difícilíssima missão de julgar.

Dessarte, subtraídos o dolo e a culpa à culpabilidade, esta se define como reprovação ao mau uso das próprias faculdades, e se resume na imputabilidade, isto é, na possibilidade de dar-se conta da antijuridicidade do fato e na falta de causas coativas da vontade. É isso que permite encontrar o dolo e a culpa no comportamento de menores e portadores de doenças mentais, e a existência de estruturas

ontológicas preexistentes ao direito positivo constitui uma afirmação metafísica, que pode valer somente para aqueles que a admitam aprioristicamente, como um ato de pura fé.

De qualquer sorte, uma vez que se queira determinar os conceitos jurídicos de delito, ação, dolo, culpa, etc., independentemente das formas positivas, não há possibilidade alguma de se evitar, não só as maiores incertezas, mas a arbitrariedade mesma, visto que isso depende, em grande parte, dos pontos de vista pessoais de cada um.

No que respeita ao conceito de ação finalista, somente por meio de inegáveis acrobacias lógicas é possível ingressar no comportamento culposo, e de modo especial o devido à culpa inconsciente.

Por seu turno, a transferência do dolo e da culpa do elemento da culpabilidade aos da ação e da antijuricidade, constitui uma verdadeira aberração. Torna-se, também, impossível uma nítida separação entre o aspecto objetivo e subjetivo do delito, e sua artificiosidade encontra uma continuação no fato de que os seguidores da teoria finalista, quando se dispõem a explicitar cada uma das figuras delitivas, não conseguem distinguir a figura delituosa objetiva da subjetiva, segundo os critérios tradicionais.

Assim, a abstrusa, a impenetrável, a incompreensível orientação finalista, somente se explica pela adesão, quase fetichista, dos criminalistas alemães ao conceito de pena como castigo moral e expiação.

Longe, pois, de representar uma verdadeira revisão de métodos e de idéias, alheia a prejulgamentos, esta nova teoria não passa de um artificioso intento de conciliar o inconciliável, isto é, de conciliar determinados pressupostos ideológicos e filosóficos, com um direito que, há muito, abandonou tais pressupostos, rigorosamente incompatíveis com a garantia constitucional da inocência presumida e com o ideário de liberdade.

É precisamente por estas e outras razões, que o Código de Processo Penal, ao tratar da Ação Civil, dispõe no art. 66, o seguinte - *in verbis*:

“Art. 66 - Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Se o fato materialmente existente autoriza a propositura de uma ação cível, na qual é possível verificar-se a presença da culpa, nas três modalidades com que se apresenta no mundo jurídico, e que pode, inclusive, resultar exitosa, convém lembrar que a jurisdição cível nada tem em comum com a criminal. Para efeito penal, importa que o fato tenha sido praticado dolosamente, o que evidentemente incorreu na espécie, como o declarou o venerando aresto da relatoria da eminente Desembargadora ANA MARIA AMARANTE, transcrito linhas volvidas

E peço para acrescentar que a egrégia 5ª Turma o fez, louvando-se em extenso memorial oferecido pelo próprio Ministério Público que assim o requereu. Claramente, em momento algum, se atribuiu ao denunciado a prática de qualquer conduta a título de dolo, como exige o art. 168, do Código Penal.

Então, vou concluir, lembrando mais uma vez, rememorando o disposto no art. 6º da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que disciplina os procedimentos dessa espécie no âmbito dos tribunais de justiça e regionais federais, estatuinto que: “A seguir, o Relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.”

Se me estendi no exame da questão trazida com a denúncia capeando o Inquérito 36/95, examinando os elementos indiciários trazidos, demonstrativos apenas da responsabilidade do denunciado S.M.L., já beneficiado com a declaração da extinção da punibilidade, em virtude da prescrição, a requerimento do próprio Ministério Público e do co-denunciado R.L., é porque me restava o dever de examinar, por indeclinável imperativo legal, a posição do ora denunciado para o efeito de decidir pelo recebimento, rejeição ou improcedência da acusação.

Sobre ter admitido expressamente ser a denúncia ofertada manifestamente inepta - e isso demonstra o longo relatório e voto proferidos na apelação cível julgada pela egrégia 5ª Turma deste egrégio Tribunal -, penso que, ao determinar que o órgão Especial se pronuncie sobre a improcedência da acusação, quer a lei nova, com relação às pessoas exercentes de cargos ou funções de relevo na vida pública e que gozem de privilégio de foro -, que de privilégio não têm algum - que seja examinada a acusação em si, dada a gravidade de que se reveste o ato que porventura, admita uma denúncia para efeito de instauração de determinada ação penal.

Por tais fundamentos DECLARO a prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto aos indiciados S.M.L. e R.L., com amparo no art. 109, itens III e IV do Código Penal, REJEITANDO a denúncia ofertada em desfavor de B.T. DA C.M. no Inquérito nº 36/95, com fulcro no art. 43, item I, do Código de Processo Penal.

E acrescento que assim o faço por considerar a denúncia inepta em virtude da evidente falta de justa causa para o seu oferecimento.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, li o relatório e ouvi com a devida atenção a sustentação oral e o voto proferido pelo eminente Relator.

Ocorre que o nobre advogado, da tribuna, sustenta a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Sustenta igualmente a inépcia da inicial que o eminente Relator apreciou e fez incursões a respeito do mérito.

O eminente Relator nada disse a respeito da prescrição da pretensão punitiva do Estado em face do acusado B.T. da C.M..

Des. Lécio Resende (Relator) - V. Ex.^a me permite um aparte?

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Pois não, Excelência.

Des. Lécio Resende (Relator) - Na realidade, afastei essa alegação de prescrição em respeito ao entendimento predominante neste egrégio Órgão Especial, a partir do julgamento de anteriores denúncias no mesmo sentido, com o mesmo fundamento e com a mesma motivação, entendimento este que deriva da publicação da Emenda Constitucional que alterou o art. 53 da Constituição.

O entendimento que passou a dominar neste egrégio Órgão, contra a minha posição, com a devida vênia, é no sentido de que teria havido interrupção do lapso prescricional, o que não autorizaria, estando o prazo suspenso, que essa prescrição se aperfeiçoasse.

Adoto essa posição do egrégio Conselho Especial em relação à alegada prescrição, para afastá-la, mas o faço por uma outra circunstância: é que decidi examinar a fundo a denúncia, cumprindo rigorosamente o que diz o art. 6º, da Lei nº 8.038, mostrando a sua improcedência, porque isso é que, a meu ver, deve prevalecer. A decisão mais benéfica não é aquela que acolhe uma prescrição, porque sobre a pessoa do denunciado haverá sempre a dúvida: houve prescrição; teria ele praticado o fato ou não teria?

Portanto, prefiro dizer que a denúncia é absolutamente improcedente, por todas as razões já declinadas.

Agradeço a V. Ex.^a.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - E V. Ex.^a está agora consignando que rejeita a prescrição sustentada da tribuna?

Des. Lécio Resende (Relator) - Estou rejeitando, mas em homenagem à posição majoritária adotada pelo egrégio Conselho.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, o relatório para introduzir meu voto causou espécie ao eminente Relator, mas creio que todo julgador há de historiar os fatos.

Com a devida vênia, não havia escutado, em nenhum momento, o eminente Relator rejeitar a preliminar sustentada pelo nobre advogado, e para que a enfrentasse, precisaria desse elemento como material a ser acolhido ou rejeitado. Mas se o eminente Relator rejeita a tese da prescrição, nesse ponto acompanho S. Ex.^a.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Eminente Desembargador Romão C. de Oliveira, poderia ponderar a V. Ex.^a sobre a utilidade em se destacar o tema da prescrição?

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Veja bem, Excelência, o eminente Relator não destacou, não posso interferir no voto do eminente Relator. Penso que tenho o dever de acompanhar *pari passu* o que S. Ex.^a fez. Mas se o eminente Relator concordar que o tema seja destacado, nada tenho a opor e interrompo meu voto nesse instante.

Des. Lécio Resende (Relator) - Quero dar uma explicação adicional a V. Ex.^a, eminente Desembargador Romão C. de Oliveira, até pela admiração que nutro por V. Ex.^a.

Logo no início do meu voto, referi-me a essa questão quando disse que acolhia a promoção do Ministério Público e declarava extinta a pretensão punitiva do Estado em relação aos réus S.M.L. e R.L..

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Faltou, penso eu, em relação a B.T. da C.M., mas V. Ex.^a já completou.

Des. Lécio Resende (Relator) - Mas também apreciei, Excelência, apenas quis complementar diante da...

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Interrompi meu voto para que V. Ex.^a diga se destaca ou não, nos termos em que o Desembargador Edson Alfredo Smaniotto pretende.

Des. Lécio Resende (Relator) - Vou mostrar a V. Ex.^a que essa questão foi apreciada.

“Argúi o indiciado B.T. da C.M. a ocorrência da prescrição. Pareceria justo e jurídico reconhecer-se, face aos elementos coligidos, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fulcro no art. 109, itens III e IV, do Código Penal Brasileiro. Todavia, esta não me parece ser a jurídica e justa solução para o caso ora em exame, diante da possibilidade jurídica de solução mais benéfica, isto é, diante da possibilidade de se atribuir outra causa, lembrando que causa é a razão por que se dá, por que acontece ou por que se faz alguma coisa.

Como ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES, “acusar é deduzir a pretensão punitiva em juízo, mediante o pedido de condenação do réu por fato delituoso que lhe é atribuído”, aduzindo que: “a acusação tem como objeto imediato o julgamento da pretensão punitiva, ou seja, a prestação jurisdicional. Seu objeto mediato é a imposição da *sanctio juris* penal ao acusado” (in *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. 2, Forense, 1961, p.151).

Tendo em consideração, sobretudo, a importância do material cognoscitivo a ser apresentado em Juízo, com a finalidade precípua de desenvolver a acusação, já antiga lição do emérito Professor JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, antiga, mas atual, porque verdadeira, assim explicitava o conteúdo da denúncia ou queixa: “É uma exposição **narrativa e demonstrativa**. **Narrativa** porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (*aquibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quo modo*), o lugar onde praticou (*ubi*), o tempo (quando). **Demonstrativa**, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes” (in *O Processo Criminal Brasileiro*, Vol. II, Ed. Tipográfica Batista de Souza, Rio, 1920, pp. 194/195).

Qualquer que seja o conceito de crime, dentre os numerosos construídos pela doutrina ao longo dos séculos, o que se constata, como salienta LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, é “a constância de sua natureza antijurídica, e em razão da essência do delito, como ente jurídico. Isto é o que não viu Dorado Montero que, saturado de positivismo e com o preconcebido afã de negar a possibilidade de construir um conceito do delito que não fosse meramente criado pela lei, confundiu a variabilidade da **ordem jurídica** através das evoluções empírico-culturais, com a **permanente noção do delito como contrário à ordem jurídica**, qualquer que seja a forma e conteúdo deste, que o constitui **em uma valoração jurídica** e por ele em um **ente jurídico**, muito antes de que Carrara elevasse esse conceito a **fórmula sacramental**. (in *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Losada, S.A, Buenos Aires, 1951, pp. 23/24 - trad. livre).

O Código Penal vigente, com a sua Parte Geral modificada pela Lei n. 7.209, de 1984, não se ocupou de definir o crime, optando

por se ocupar da “Relação de Causalidade”, que a Exposição de Motivos que capeou o Projeto naquela Lei convertido, explicita: “Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito.”

Pareceria, mas não me pareceu, porque o que me parece justo e jurídico é dar pela improcedência dessa denúncia.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Excelência, a nossa divergência consiste em saber se V. Ex.^a declara ou não a prescrição.

Des. Lécio Resende (Relator) - Não, não declaro, porque não considero nem justa, nem jurídica.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Não declara? Então o caminho do meu voto será outro.

Se V. Ex.^a não diz se houve a prescrição, o caminho do meu voto será outro, porque não teria dois votos. Até agora estou pensando que, quanto à prescrição, há o meu voto e o de V. Ex.^a.

Des. Lécio Resende (Relator) - Não, declarei com relação a dois.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Então, se V. Ex.^a me permite, digo o seguinte:

Senhor Presidente, enquanto não houver manifestação a respeito da prescrição do fato atribuído ao Senhor B.T., reservo-me o direito de enfrentar as demais matérias após essa manifestação, porque assim está no art. 61 do Código de Processo Penal: “É dever do juiz declarar a prescrição sempre que com ela se deparar em qualquer ponto do processo”.

Portanto, neste momento, se a parte alega que a pretensão punitiva do Estado está prescrita, é dever, por imperativo do art. 61, o Tribunal dizer se essa prescrição realmente ocorreu.

Des. Lécio Resende (Relator) - V. Ex.^a me permite?

Não o fiz e vou justificar.

O Código de Processo Penal é aplicável depois de determinada fase do procedimento, que estamos julgando nesse momento.

Aqui estamos decidindo se recebemos ou rejeitamos a denúncia, ou se damos pela sua improcedência.

O Código de Processo Penal, a meu ver, foi alterado pela Lei nº 8.038 ao introduzir este art. 6º, porque ela é lei que regula procedimento - como faz o Código de Processo Penal - e diz o seguinte:

“Art. 6º A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas”.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Desembargador Lécio Resende, permita-me apenas uma colocação?

A Lei nº 8.038, art. 6º, dispõe de procedimento. Acontece, com a devida vênia, que prescrição é direito material, mais amplo, deveria preceder o exame da questão.

Des. Lécio Resende (Relator) - Por razões de política criminal meramente, Excelência, porque a prática demonstra o seguinte: pairará sempre sobre a figura de um acusado que tenha declarada em seu favor a prescrição da pretensão punitiva a dúvida sobre a sua reputação. Por isso que a lei determina, claramente, que se examine aqui a improcedência da acusação, que considero muito mais benéfica.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Desembargador Lécio Resende, V. Ex.^a me permite?

Também entendo que a prescrição é tema mais abrangente; deve, portanto, preceder a preliminar de inépcia da denúncia.

Se votarmos, em primeiro lugar, reconhecendo a inépcia da denúncia, e não declarada extinta a pretensão punitiva, abriríamos caminho ao Ministério Público para oferecer outra, com os requisitos que porventura disséssemos ausentes.

Por isso, com a devida vênia, também entendo que devemos destacar a alegada prescrição da pretensão punitiva; em seguida, a inépcia e, por último, se há ou não justa causa para o recebimento da denúncia.

Des. Lécio Resende (Relator) - Eminentíssimo Desembargador Getulio Pinheiro, agradeço a V. Ex.^a, mas conservo a minha convicção.

Quero dizer, sobretudo para esclarecimento do eminentíssimo Desembargador Romão C. de Oliveira, que essa questão foi inicialmente enfrentada e este egrégio Conselho admitiu que teria ocorrido a prescrição. Em julgamentos posteriores, adotou uma outra posição, no sentido de que a Emenda Constitucional nº 35 teria modificado a redação

do art. 53, impondo uma suspensão do prazo prescricional. Foi essa, depois, a posição prevalente.

Estou dizendo que, se tiver de enfrentar essa questão, como enfrentei no meu voto, vejo-me na contingência de afastar essa pretensão deduzida pelo ora denunciado. Essa é a minha posição, mas que adoto em homenagem à posição deste egrégio Conselho Especial.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - V. Ex.^a poderia destacar esse tema apenas para que o apreciássemos antes?

Des. Lécio Resende (Relator) - Já teci as considerações que considero necessárias e o meu voto nesse sentido é para rejeitar a prescrição.

Destaco esse tema.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, também rejeitando o tema atinente à prescrição para o acusado B.T. da C.M. e acolho, como o faz o eminente Relator, em relação aos demais.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, rejeitando a prescrição quanto ao denunciado B.T. da C.M. e acolhendo em relação aos demais outros dois denunciados.

Des. Getúlio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, rejeito a preliminar de prescrição com relação a B.T. da C.M., acolhendo-a, todavia, quanto a S.M.L. e R.L., para decretar extinta a punibilidade do crime em face da prescrição.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, é atribuído, pelo Ministério Público, ao ilustre parlamentar denunciado, o cometimento do crime de apropriação indébita circunstanciada, previsto no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal que prevê, em abstrato, uma pena que vai de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão, além da pena pecuniária, com acréscimo de 1/3 por conta da causa especial de aumento prevista no § 1º, inciso III, do referido diploma penal.

O fato delituoso, segundo a denúncia, ocorreu no dia 25 de outubro de 1990. De lá para cá, grosso modo, já se teriam passado mais de 14 (quatorze) anos. A se considerar a causa especial de aumento de 1/3 sobre a pena máxima de 04 (quatro) anos, teríamos uma pena privativa de liberdade, em abstrato, de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, cujo prazo prescricional, nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal seria de 12 (doze) anos a partir do dia do crime, já que não houve recebimento da denúncia até o presente momento.

Se temos o prazo prescricional de 12 (doze) anos, grosso modo, repito, já se passaram 14 (quatorze) anos. Então - ainda não estou falando da Emenda 35 -, sem o exame da emenda, já teria ocorrido a prescrição da pena em abstrato, e não a prescrição retroativa, nem a prescrição da pena em perspectiva ou pena projetada. Não. A perda da pretensão punitiva do Estado em face da prescrição da pena em abstrato.

Resta apenas enfrentarmos a questão da redação contida no antigo art. 53, especificamente no § 2º, da Constituição Federal, que foi alterado pela Emenda Constitucional n.º 35, de 21 de dezembro de 2001.

Preciso me alongar alguns minutos nesse tema.

O art. 53, § 2º, já revogado, dizia no texto constitucional o seguinte: "...o indeferimento do pedido de licença ou (*agora é a parte que interessa*) a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato."

Segundo a informação de que dispomos no caso em julgamento, o parlamento do Distrito Federal sequer deliberou a respeito da recepção ou não da denúncia que foi oferecida em abril de 1995. Então, nos termos do antigo art. 53, § 2º, durante a ausência de deliberação estaria suspenso o prazo prescricional. Nesse sentido, o período de suspensão seria suficiente para evitar a incidência da prescrição da pena em abstrato, ou seja, aquele prazo de 12 (doze) anos, prazo prescricional, não restaria atendido.

Todavia, Senhor Presidente, esse art. 53, § 2º, acabou sendo alterado com o advento da Emenda Constitucional n.º 35, de 21 de dezembro de 2001, que passou a dizer, na parte que interessa, art. 53, § 5º, o seguinte: "...a sustação do processo suspende a prescrição enquanto durar o mandato". Ou seja, a emenda constitucional trouxe uma nova disciplina, em termos de suspensão de prescrição, dizendo, agora, ao contrário, que não é o silêncio que suspende a prescrição, mas sim a sustação do processo é que suspende a prescrição. Então, temos uma lei nova dizendo que o que suspende a prescrição é a sustação do processo; a lei antiga dizia: é o silêncio que suspende a prescrição.

Qual das duas leis é mais favorável ao denunciado? Sem dúvida alguma, a lei nova. Por quê? Porque se não houve ainda recepção da denúncia - e não houve, ainda, por falta de tempo material; por óbvio nenhuma deliberação a respeito da sustação de processo penal que ainda não existe -, então, nos termos da nova lei, o prazo prescricional estaria correndo desde o dia do crime. Acontece que a lei anterior não disciplinava a questão da suspensão do prazo prescricional dessa forma.

Penso que, com a devida vênia, nesse particular, do eminente Desembargador Lécio Resende, o tema da prescrição integra o direito material não como mera política criminal, mas como tutela inarredável do direito de liberdade do cidadão. Veja V. Ex.^a que hoje não se discute mais que a prescrição é de direito penal e não de direito processual penal, tanto assim que a regra da sua contagem

se faz pelo art. 10 do Código Penal, incluindo-se o dia do início e excluindo-se o dia do fim.

De sorte que temos aqui um conflito temporal de lei, e de lei de natureza penal. Se temos um conflito de lei no tempo, há de se resolver pelo critério da extra-atividade da lei penal mais benigna, ou seja, quando a emenda constitucional não permitia a suspensão da prescrição diante do silêncio do parlamento - e esse entendimento é mais benéfico ao réu -, essa posição da emenda deve retroagir para disciplinar pró-réu a situação anterior. Nesse sentido, a se considerar a data do crime como termo inicial da prescrição, sem que tenha havido, nos termos da nova lei - que, ao meu sentir, retroage por se tratar de matéria penal mais benéfica ao réu -, nenhuma causa suspensiva ou interruptiva ainda na nova emenda constitucional, forçoso é convir que o prazo de 14 (quatorze) anos e alguns meses, que já se passaram, acabou por fulminar a pretensão punitiva do Estado.

Ainda vou ouvir o Desembargador Romão C. de Oliveira, e posso até mudar minha opinião diante dos seus doutos argumentos, mas, ao meu juízo, está extinta a punibilidade, com fundamento no art. 109, inciso III, do Código Penal.

Não encerro o voto, porque quero ouvir o Desembargador Romão C. de Oliveira.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Eminente Desembargador, o meu aparte é só para lembrar que esse tema tem sido objeto de exame no Supremo Tribunal Federal, e a Corte Suprema não tem dado a interpretação que V. Ex.^a está emprestando ao art. 53, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 35.

Portanto, continuo a pensar, não obstante os doutos argumentos de V. Ex.^a, que a solução correta para a espécie é arredar o tema prescricional, no caso concreto, em relação ao acusado B.T. da C.M..

Des. Mario Machado (Vogal) - Permita-me um adendo, Desembargador Edson Alfredo Smaniotto.

É que desde o momento em que houve o comunicado à Câmara Legislativa até o advento da Emenda Constitucional n.º 35 transcorreu um período superior a 06 (seis) anos. O período é 15 de maio de 1995 até 21 de dezembro de 2001.

E o que acontecia? Por imperativo constitucional não havia condição de procedibilidade, porque dependia de licença à época solicitada à Câmara Legislativa. Por imperativo constitucional havia a suspensão do prazo prescricional. Não havia condição de o Tribunal imprimir andamento ao processo.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Acontece, Desembargador Mario Machado, que estou examinando, agora, a suspensão na contagem do prazo prescricional.

Des. Mario Machado (Vogal) - Mas isso já foi decidido em sessões anteriores por esse próprio Conselho.

Ocorreria, tanto que o que prevaleceu foi o entendimento do Conselho de que, durante esse período, havia a suspensão do prazo prescricional.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Veja V. Ex.^a, é claro que não havia condição de procedibilidade porque estava suspensa. Não havia recebimento de denúncia, não se instauraria instância. Acontece que a lei dizia que, no silêncio do parlamento em receber ou não a denúncia, o prazo prescricional ficava suspenso. A nova lei disciplinou de modo diferente.

Des. Mario Machado (Vogal) - E a partir do dia em que ela veio, aplicava-se a lei.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Mas essa é a nossa divergência. É que a lei não se regula pelo *tempus regit actum*, mas, sim, pela retroatividade da lei penal mais benigna, porque o tema de prescrição é matéria de Direito Penal.

Des. Mario Machado (Vogal) - Mas trata-se de processo, de condição de procedibilidade.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Sim, claro. Não estamos discutindo agora se seria possível denunciar ou não.

Des. Mario Machado (Vogal) - A consequência reflete no prazo prescricional.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Mas a prescrição não se subordina a esse argumento, Desembargador Mario Machado.

Des. Mario Machado (Vogal) - Condição de procedibilidade. Isso inverteu. Antes dependia de licença, agora se processa sem licença.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - A denúncia foi oferecida? Foi. Recebida? Até hoje não. Passaram-se 14 (quatorze) anos. Aquele período da suspensão da prescrição deveria interferir hoje na contagem do prazo prescricional? Essa é a nossa divergência.

Penso que, com a nova lei disciplinando de modo diferente, e essa nova lei se tratando de lei de fundo penal - direito material, porque prescrição é direito material -, temos de encontrar a solução que favoreça o réu, e a solução é essa.

Des. Lécio Resende (Relator) - Quis aproveitar justamente a objeção levantada pelo eminente Desembargador Mario Machado, para mostrar a dificuldade com que esse tema é enfrentado. Se se discute que a prescrição é de direito material ou se é de direito formal, a mim, com essa objeção, fica demonstrado que estamos aqui tratando da retroatividade da lei penal no tempo ou lei com esse caráter.

Quando se fala em ausência de manifestação é uma coisa, realmente; e sustação de procedimento é outra. Se V. Ex.^a considera que essa lei tem caráter material, é forçoso convir que ela deverá retroagir para beneficiar, se se entender que declaração de prescrição é benéfica. Para mim, entendo que, se o art. 6º da Lei n.º 8.038 manda que se examine a improcedência, é muito mais importante, é muito mais fundamental.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Se o parlamento demorou 04 (quatro) anos para não receber a denúncia, o Ministério Público demorou 04 (quatro) anos para denunciar.

Des. Mario Machado (Vogal) - Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, a nova ordem constitucional determina o seguinte: recebida a denúncia, oficia-se, e a Câmara pode sustar. Esse é o novo dispositivo. E aí corre a prescrição, enquanto não houver autorização. Só que, antigamente, dependia da licença. Então, não houve, até hoje, o recebimento da denúncia, e a nova disposição diz que haverá somente depois de recebida a denúncia, a comunicação, quando então poderá haver a sustação do processo, ou seja, a situação anterior implica que não houve recebimento de denúncia.

V. Ex.^a está retroagindo uma consequência do recebimento da denúncia a um caso em que a denúncia ainda não foi recebida.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Não, não estou. Só estou me apegando ao tema da suspensão do prazo prescricional.

Des. Mario Machado (Vogal) - Sim, mas ela só pode ocorrer, de acordo com a nova disposição, depois de recebida a denúncia. Não recebemos até hoje a denúncia.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Desembargador Mario Machado, por um ângulo também considero que os argumentos do Desembargador Edson Alfredo Smaniotto procedem. Não houve até hoje interrupção da prescrição. Só ocorreria com o recebi-

mento da denúncia. Isso não ocorreu porque o processo estava suspenso, e suspenso o curso da prescrição que passou a correr...

Des. Mario Machado (Vogal) - Se V. Ex.^a me explicar como é que o procedimento poderia ter andamento, sob a égide da ordem constitucional anterior, vou concordar com V. Ex.^a.

O processo parou por mais de 06 (seis) anos. O procedimento ficou 06 (seis) anos aguardando autorização que não veio.

Des. Lécio Resende (Relator) - Eminente Desembargador Mario Machado, o argumento em sentido oposto ao de V. Ex.^a é o seguinte: a Emenda Constitucional nº 35, tendo caráter benéfico e assumindo a feição de legislação penal, deve retroagir à data do fato imputado na denúncia, que se pretende seja recebida, revogando, portanto, por ser de igual hierarquia, o antigo art. 53 da Constituição de 1988. Se vale esse argumento, e se esse argumento se funda em uma tese aceitável, então realmente a prescrição ocorreu, e é isso que está preconizando o eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. S. Ex.^a sustenta que com a Emenda nº 35/01 o art. 53 viu-se modificado, e assumindo a Emenda nº 35 feição de norma penal e sendo a prescrição, no seu entender, de ordem material, a prescrição teria de ser considerada a partir da data do fato.

Não é isso eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto?

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Sim, e a partir da data do fato passam os 12 (doze) anos do prazo prescricional.

Des. Lécio Resende (Relator) - Então já teriam passado os 12 (doze) anos necessários para a sua admissibilidade.

Agradeço a V. Ex.^a.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - O que quero salientar, eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, é que o intérprete há de ter os olhos voltados tanto para a história como para a finalidade da norma.

A norma da Emenda Constitucional nº 35/01 tem dupla natureza: pode ter alguns laivos de direito material, mas é sobretudo de natureza processual. No caso vertente, ela incide com nítida característica de norma processual.

Quanto à história da norma, o que se pretendia era por fim à impunidade, e não poderia o legislador fazê-lo em causa própria, sabendo que havia dezenas de processos no Supremo Tribunal Federal, e disciplinar a matéria de forma tal que todos aqueles

processos tivessem sido alcançados pela prescrição ou estavam com lapso prescricional muito longo - havia processo com dez, quinze anos na Secretaria do STF.

O legislador jamais teria atinado por esse ângulo, mas existe o argumento de que o juiz há de abandonar a vontade do legislador e ficar com a vontade da norma. Estou de acordo. Só que a vontade da norma em si mesmo, para o caso vertente, é de natureza processual. O juiz não podia praticar coisa alguma - o eminente Desembargador Lécio Resende estava impedido de trazer o processo à mesa porque o legislador havia dito que, sem autorização do corpo legislativo, o processo não teria pulso.

Portanto, peço vênia mais uma vez ao eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto para continuar arredando o tema prescricional.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Eminente Desembargador Romão C. de Oliveira, se a legislação tem intenção processual, e isso é inequívoco na Emenda Constitucional nº 35, mas essa insere argumentos que se voltam diretamente contra o *jus libertatis* do réu ao inserir tema que trata de questão de prescrição penal, não podemos, então, levar o tema da prescrição, que é questão que afeta o *jus libertatis*. E, aqui, abro um parêntese para explicar por que afeta o *jus libertatis*: porque toda vez que se reconhece a prescrição se fulmina a pretensão punitiva do Estado, só por isso. Ao se fulminar a pretensão punitiva do Estado, não há que se falar em norma processual, mas em norma de direito material porque atinge o *jus puniendi* do Estado, a pretensão punitiva do Estado. Então, poderíamos enxergar, com boa vontade, na Emenda Constitucional nº 35, a figura da norma híbrida, que não é novidade no mundo jurídico, porque, quando do advento da Lei n.º 9.271/96, toda doutrina pátria discutiu *ad nauseam* o tema da norma penal de natureza híbrida, porque o réu revel, citado por edital, teria seu processo suspenso, e o prazo prescricional poderia continuar fluindo nos termos do debate doutrinário. Na oportunidade, a voz que prevaleceu foi a de que a Lei n.º 9.271/96 era híbrida porque tinha um comando processual que cuidava da revelia e tinha um conteúdo material que cuidava da prescrição. O que aconteceu? O conteúdo material que cuidava da prescrição retroagiu em favor do réu, e o comando que cuidava do *iter* procedimental foi regulado pelo *tempus regit actum*. Ou seja, lei híbrida tem essa natureza. A intenção do legislador pode ter sido mesmo cuidar só de processo, mas quando falou que a suspensão da prescrição somente ocorre nesse caso, cuidou de argumento que fere frontalmente o direito de liberdade do cidadão. Por essa razão, em se tratando de norma penal, vale o preceito constitucional de que a norma penal não retroage, salvo em benefício do réu.

É como voto, Senhor Presidente.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator quando decreta a extinção da punibilidade em relação ao segundo e ao terceiro denunciados, respectivamente S.M.L. e R.L..

Todavia, no pertinente ao primeiro denunciado, B.T. da C.M., é de se ver que a imputação, em tese, é de infração ao art. 168, § 1º, III, do Código Penal, onde se comina em abstrato a pena, que varia de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, além da pena pecuniária, acrescendo, conforme a denúncia, a qualificadora que aumenta essa pena privativa de liberdade, de 1/3 (um terço), com o que chegamos, em abstrato, ao máximo de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses. A prescrição se regula pelo art. 109, III, do Código Penal, ocorrendo em 12 (doze) anos.

Segundo a denúncia, o fato se consumou em 25 de outubro de 1990. Houve a suspensão do procedimento durante o período de 15 de maio de 1995 até 21 de dezembro de 2001, quando adveio a Emenda Constitucional nº 35/01. No período de 25 de outubro de 1990 até 15 de maio de 1995, quando o processo parou aguardando eventual licença da Câmara Legislativa, mediu o prazo de 4 anos, 6 meses e 20 dias. Já desde a data do advento da Emenda Constitucional nº 35, em 21 de dezembro de 2001, até a data de hoje, 15 de fevereiro de 2005, transcorreram 3 anos, 1 mês e 25 dias. Esse interregno, somado ao anterior, totaliza 7 anos, 8 meses e 15 dias, prazo esse, portanto, inferior aos 12 anos em que se consumaria, pela pena em abstrato, a prescrição da pretensão punitiva.

Entendo que a interpretação que se deve dar quanto à incidência da nova disposição constante da Emenda Constitucional nº 35/01 atine com a própria natureza do que ela trouxe.

O legislador, como já salientado pelo eminente Desembargador Romão C. de Oliveira, procurou acabar com aquilo que jocosamente se chamava de impunidade, e não imunidade parlamentar, já que os procedimentos eram instaurados, oficiava-se às casas legislativas e habitualmente não se outorgava a licença para que os parlamentares fossem processados. Evidentemente, a intenção do legislador, que refletiu protestos generalizados de toda a comunidade jurídica, foi de acabar com isso e instituir um novo procedimento que, embora não exterminasse a possibilidade de a Câmara, por razões próprias, vedar o procedimento, ao mesmo tempo não impedisse o Judiciário de dar prosseguimento enquanto não houvesse a comunicação negativa da Câmara Legislativa, com isso evitando-se a situação inusitada de simplesmente não haver resposta aos pedidos de licença.

Se a ordem constitucional antiga previa a suspensão do prazo prescricional, como expresso na antiga redação do art. 53 da Constituição, evidente que isso se dava antes mesmo, como no caso, do recebimento da denúncia. O procedimento dependia de condição de procedibilidade, que não foi outorgada pela Câmara Legislativa. Não havia como o procedimento ter andamento. A ordem nova constitucional, com a Emenda

nº 35/01, inverteu a situação: o procedimento anda; quando recebida a denúncia, se oficia, e aí a Casa Legislativa pode sustar o procedimento, ocorrendo a suspensão do prazo prescricional.

Ora, o que se está fazendo, em conformidade com o voto do eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, é aplicar a consequência da nova ordem, que é a suspensão do prazo prescricional, antes do advento da condição primeira para que ela ocorra, que é o recebimento da denúncia. Segundo a Emenda nº 35/01, a suspensão do prazo só pode ocorrer depois de recebida a denúncia, e repito: até hoje a denúncia não foi recebida; não há como aplicar retroativamente essa nova ordem. Realmente, o que se deve fazer é incidir a nova ordem a partir do seu advento, não havendo retroatividade, até porque não se está a extirpar figura que se entendesse antes ilícita e hoje lícita. O que se está a fazer, ou o que se fez, foi simplesmente inverter uma condição de procedibilidade.

Verifico que, se efetivamente for acolhido esse entendimento, ainda que mais tarde seja revisto em sede de tribunais superiores, porque outra é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a essa questão (Inquérito nº 1.566-1 - Acre, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Plenário, 18/2/2002 - unânime), aí, sim, estará realmente consumada a prescrição.

Por isso, Senhor Presidente, pedindo especial vênua ao eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto e àqueles que referendam essa posição, rejeito a preliminar de prescrição em relação ao primeiro denunciado.

É como voto.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, o tema está restrito à questão da existência ou não da pretensão punitiva do Estado.

No que se refere aos co-réus não beneficiados pela especialização que a lei confere aos membros do Poder Legislativo, não há divergência.

Neste particular, acompanho o eminente Relator.

Com relação ao Deputado B.T., estabeleceu-se interessante discussão a respeito da possibilidade ou não da retroatividade da Emenda Constitucional nº 35/01.

Estou convencido, Senhor Presidente, que a razão está com o eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. Isto porque a norma, sendo híbrida e contendo matéria de Direito Processual e Direito Material, deve retroagir em benefício do acusado.

Por isso, sem mais delongas, e levando em consideração todos os argumentos que foram expedidos por S. Ex.^a de maneira professoral, acompanho o seu douto voto e também reconheço a prescrição com relação ao Deputado B.T..

É como voto, Senhor Presidente.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente, como se viu, a matéria é bastante complexa e exige do julgador reflexões maiores para que se chegue a um denominador comum.

Verifico que a questão merece atenção especial com relação à Emenda Constitucional nº 35/01, que, como bem ressaltou o eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, que teve o aval do também eminente Desembargador Sérgio Bittencourt, é a que mais beneficia, nesta fase incipiente, o indiciado B.T..

Deixo de alongar-me em consideração à pauta que deveremos apreciar, simplificando o voto no sentido de acompanhar o eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, pedindo as mais respeitosas vênias ao eminente Relator e aos eminentes Desembargadores que o acompanharam.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Senhor Presidente, o procedimento permaneceu suspenso de 15 de maio de 1995 a 20 de dezembro de 2001, segundo anotei das informações do eminente Relator, em virtude da imunidade processual do denunciado. Então, S. Ex.^a reconheceu a extinção da punibilidade em relação aos co-denunciados e deixou de reconhecê-la em relação ao denunciado B.T. da C.M..

Apesar de considerar relevantes os argumentos do eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, peço a devida vênias para acompanhar o eminente Relator no que tange ao tema da prescrição em abstrato, embora não tenha dúvida que, ao final, essa prescrição será reconhecida, no mínimo, *in concreto*.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, pela ordem.

O eminente Desembargador Lécio Resende não reconheceu a extinção da punibilidade?

Des. Lécio Resende (Relator) - Não. Veja, V. Ex.^a, que no primeiro julgamento, de matéria correlata, a prescrição foi reconhecida. Quero dizer com isso que a jurisprudência, neste caso, havia se firmado no sentido do acolhimento da alegação da prescrição. Em um julgamento subsequente, o eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto sustentou posição diversa.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Desembargador Lécio Resende, V. Ex.^a me permite um aparte?

Des. Lécio Resende (Relator) - Pois não.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - No primeiro julgamento, acompanhei V. Ex.^a no tema da prescrição, suscitando, no meu voto, a hipótese da prescrição da pena em perspectiva.

No segundo julgamento, pela contagem que fiz na oportunidade, e posso realmente ter-me equivocado, como mencionou o eminente Desembargador Mario Machado, a hipótese seria diversa. Ou seja, não me lembro agora, mas havia algum detalhe, não sei se causa especial de aumento de pena presente ou não, se o tipo penal seria o mesmo e se o prazo também era o mesmo, mas, naquela contagem, não haveria nem a hipótese da prescrição da pena em abstrato e nem da pena em perspectiva.

Então, parece-me, eminente Desembargador Lécio Resende, que teríamos, do primeiro para o segundo julgamento, pela lembrança que tenho, algum diferenciador. Talvez a situação não fosse exatamente a mesma.

Era essa a ponderação que gostaria de fazer a V. Ex.^a.

Des. Lécio Resende (Relator) - Mas foi, Ex.^a. Essa é a questão.

Agora o eminente Desembargador Getulio Pinheiro me indaga qual é a minha posição. Veja, V. Ex.^a, a dificuldade.

Felizmente o julgamento desta questão não está concluído.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Mas parece-me que nos últimos julgamentos só passou um caso de prescrição, Desembargador Lécio Resende, e ainda me lembro que eu e o Desembargador Edson Alfredo Smaniotto efetuamos cálculos, e S. Ex.^a se louvou na pena em perspectiva, e não, como agora, no caso de aplicação ao réu de lei nova mais benigna.

Des. Mario Machado (Vogal) - Mas foi aplicada a mesma emenda, Desembargador Getulio Pinheiro. Foi o mesmo caso. Passou-se da pena em abstrato para a pena *in concreto*.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Sim, mas a interpretação do Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, na época, não foi idêntica à de agora. O fundamento de S. Ex.^a agora é pela retroatividade da Ementa Constitucional n.º 35/01.

Des. Mario Machado (Vogal) - É um fundamento novo, e a posição antiga do Tribunal, pelo menos nos outros julgamentos, era de que incidia a suspensão até o advento da Emenda Constitucional n.º 35/01.

Des. Lécio Resende (Relator) - Então, se a questão é essa, Senhor Presidente, se o tema agora é outro - a retroatividade da lei mas benéfica -, não tenho por que não reconhecer que o fenômeno se operou.

A interpretação do antigo artigo 53 com o teor da Emenda Constitucional n.º 35/01 tem como resultante esses caracteres todos. O que quero é manter uma posição coerente ao lado do egrégio Conselho Especial, muitas vezes até abrindo mão do meu entendimento.

Se a questão é outra, se surgiu uma questão nova, que foi debatida, reconhecendo a retroatividade da lei por ser mais benéfica, não tenho dúvida alguma em acompanhar o eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto.

Refaço o meu voto para acolher a alegação de prescrição.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, havia acompanhado o eminente Relator, e agora discordo de S. Ex.^a.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Senhor Presidente, quando participei de outra sessão de julgamento sobre este tema, não me recordo se me filiei a alguma corrente nesse sentido.

Realmente, a questão da retroatividade neste julgamento, para mim, é novidade. Já tinha votado acompanhando o Desembargador Lécio Resende, entendendo que não teria ocorrido a prescrição. Mas o tema que o Desembargador Edson Alfredo Smaniotto trouxe para discussão causa certa preocupação, porque, realmente, o art. 53 foi alterado pela Emenda Constitucional n.º 35/01 e há ressalva constitucional a considerar quando a norma vem beneficiar o acusado. No caso, a hipótese é vertente nesse sentido. Na verdade, a interpretação da norma mais benigna veio, com a ressalva constitucional, atender os interesses do denunciado.

Acompanho o eminente Relator na esteira do voto do E. Des. Edson Alfredo Smaniotto.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, depois de muito discutido o tema, de acordo com a interpretação dada pelo Desembargador Edson Alfredo Smaniotto quanto à natureza da atual suspensão do curso da prescrição, na conformidade do previsto na Emenda Constitucional n.º 35/01, também retifico meu voto para acompanhar o eminente Relator e declarar extinta a punibilidade.

O Desembargador Edson Alfredo Smaniotto recordou-se da celeuma que se estabeleceu com a alteração do Código de Processo Penal, nos casos de citação por edital de réu que se tornou revel. Todos os tribunais, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, passaram a decidir sem discrepância que, se o fato ocorreu antes do advento da Lei n.º 9.271/96 não se aplicava a suspensão do processo e do curso da prescrição por se tornar mais gravosa para o réu. O que ocorreu com a Emenda Constitucional n.º 35/01 foi a abolição da suspensão do curso da prescrição

antes do recebimento da denúncia. É, pela ordem estabelecida no Código, o primeiro ato de interrupção da prescrição.

A denúncia neste processo ainda não foi recebida. Com a Emenda Constitucional, retroagiu para o réu o benefício da incidência da prescrição, que ora reconheço, acompanhando os fundamentos expendidos pelo Desembargador Edson Alfredo Smaniotto.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho a divergência inaugurada pelo Desembargador Romão C. de Oliveira, pelos argumentos já expostos, pedindo vênias aos que se posicionam de forma contrária.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Senhor Presidente, observo que havia acompanhado o eminente Relator, que se declarou fiel ao entendimento do Conselho nesta matéria.

Des. Lécio Resende (Relator) - Eminente Desembargador Hermenegildo Gonçalves, foi o egrégio Conselho que mudou.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Pois é. O Conselho está mudando, porque vejo uma imensa maioria...

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - V. Ex.^a me permite um aparte?

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Pois não.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - O tema não é idêntico ao que foi julgado anteriormente.

Des. Mario Machado (Vogal) - Desembargador Getulio Pinheiro, o tema foi o mesmo, o argumento que é novo. A denúncia foi por apropriação indébita, há aquele período em que não houve resposta ao pedido de licença...

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Naquele julgamento foi considerado que o processo estava suspenso e não se computou o prazo da suspensão, como se está a fazer agora. Como houve suspensão, considerou-se a fluência do prazo a partir do fato até a data em que foi oficiado à Câmara - suponhamos que tenha dado três anos - e, a partir da vigência da Emenda Constitucional n.º 35/01, fluído outro prazo que se soma ao anterior. O Desembargador Edson Alfredo Smaniotto argumentou que a pena provavelmente seria imposta ao réu em *quantum* inferior a dois anos, e mais de quatro anos já haviam transcorrido. Então, decretava-se extinta a punibilidade.

Foi isso o que o Conselho decidiu e pode ser confirmado pelo Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, porque foi S. Ex.^a quem capitaneou a divergência.

Des. Mario Machado (Vogal) - Não ponho em dúvida nada disso. O que estou dizendo é que, naquele caso, também havia a mesma matéria, só que hoje houve um enfoque novo do Desembargador Edson Alfredo Smaniotto considerando essa emenda híbrida e, portanto, retroagindo em favor do réu. O que não foi posto naquela oportunidade.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - E computando o prazo da suspensão, de acordo com o art. 53 da primitiva redação da Constituição Federal, mas que, naquele julgamento referido pelo Desembargador Hermenegildo Gonçalves, foi desconsiderado.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Senhor Presidente, na minha manifestação anterior, declarei que acompanhava o Relator e que considero que essa ação, qualquer que seja o entendimento, se nascer, nascerá morta.

Considerando esse pensamento, vou acompanhar a maioria.

Rejeito também.

DECISÃO

Declarou-se extinta a punibilidade em decorrência da prescrição por maioria em relação ao denunciado B.T. da C.M. e à unanimidade quanto aos demais.

———— • ————

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003002010742-8

Impetrante - Paulo Folha Brandão

Informante - Secretário de Estado de Transportes do Distrito Federal

Relatora - Desa. Aparecida Fernandes

Conselho Especial

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E FALTA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO. CONTRATO DE PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO DE CONDOMÍNIO - STPAC. FALTA DE LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO. LEGALIDADE.

- Preliminares: O pedido é juridicamente possível de ser atendido se não for vedado pelo ordenamento jurídico legal. Assim, dentro dos limites constitucionais, pode o cidadão ajuizar a ação mandamental, independente da legalidade ou não do ato impugnado. Não há que se falar em falta de pressuposto de admissibilidade do *mandamus* se a documentação acostada aos autos permite verificar o suposto direito do impetrante. Preliminares rejeitadas.

- Mérito: A prestação de serviço público será feita, senão diretamente, apenas sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. A permissão de serviço público é ato unilateral, discricionário e precário. O particular que recebe a permissão deve saber que ela é dada a título precário, sem prazo estabelecido, e que, por isso, pode ser retirado a todo momento. A permissão de serviço de transporte alternativo - STPAC - possui características inegáveis de precariedade e revogabilidade unilateral, significando que o permissionário não se investe do direito subjetivo de permanecer na atividade pública por ele exercida.

- Denegação da ordem de segurança. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Aparecida Fernandes - Relatora, Valter Xavier,

Mario Machado, Sérgio Bittencourt, Lecir Manoel da Luz, Romeu Gonzaga Neiva, Vasquez Cruxên, Lécio Resende, Getúlio Moraes Oliveira, João Mariosi, Romão C. de Oliveira, Dácio Vieira, Getulio Pinheiro - Vogais, sob a presidência do Desembargador Jeronymo de Souza, em denegar a ordem. Decisão unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2004.

RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por PAULO FOLHA BRANDÃO, contra ato do Secretário do Estado de Transporte do Distrito Federal, que indeferiu a outorga de permissão para explorar o Serviço de Transporte Público Alternativo de Condomínio - STPAC.

O impetrante alega que possuía autorização, de serviço de transporte público, há mais de 02 (dois) anos, para operar no transporte alternativo de condomínio - STPAC/DF, no itinerário do Condomínio La Font/Touring. Esclarece que, apesar de preencher todos os requisitos necessários para o cadastramento previsto no Decreto 23.903/03, não obteve a outorga para continuar a explorar as respectivas linhas e, ainda, que com a alteração e extinção do itinerário, foi impedido de continuar a fazer o transporte alternativo, advindo-lhe prejuízos de ordem financeira e uma série de transtorno aos usuários por ele atendidos. Por fim, assevera que os atos ditos ilegais somente beneficiaram as empresas de ônibus, aumentando sobremaneira a desigualdade social e o desemprego.

Requeru, liminarmente, o sobrestamento das alterações e extinções dos itinerários, pretendidas pelo Secretário de Transporte, proporcionando a continuação e exploração das respectivas linhas. No mérito, pleiteou a confirmação da liminar, bem como a determinação à autoridade coatora para que promova estudos de impacto social e financeiro sobre as alterações dos itinerários do STPAC/Distrito Federal.

Foram colacionados aos autos os documentos de fls. 15/40.

À fl. 43, o eminente Desembargador Jeronymo de Souza solicitou, primeiramente, as informações, para, após, decidir o pleito liminar.

Em informações prestadas, às fls. 46/62, o Secretário de Transporte do Distrito Federal salientou que a posição do ora impetrante não o favorece, tendo em vista que o termo de autorização que instrui o presente processo não lhe foi outorgada, mas, sim, a outra delegatária, Vanuza de Souza Pereira, referente ao veículo Mercedes Benz Sprinter, de placa JFZ-4945. Discorreu sobre a estrutura do Sistema de Transporte Coletivos do Distrito Federal, ressaltando que a Lei nº 2683/01, que autorizava a operação do fretamento de vans, foi suspensa por determinação judicial, o que originou a edição da Lei nº 3.000/02, criada para regular o serviço de transporte alternativo no Distrito

Federal. Esclarece que esta última norma previu a continuidade da exploração do serviço, estabeleceu um número limite de frota operacional dos transportes credenciados e impôs um prazo para realização do certame licitatório. Em virtude da necessidade de providências para o reajuste do sistema de transportes, o Decreto 23.902/03 transformou o antigo DMTU na autarquia DFTRANS e determinou o recadastramento geral do Serviço de Transporte Público Alternativo de Condomínio - STPAC. Salienta que o recadastramento levou em consideração a própria reestruturação do transporte público, revisando as condições e regularidades das permissões dos serviços, dos permissionários e dos seus equipamentos, e reavaliando as rotas e as áreas atingidas pelos condomínios. Por fim, ressaltou que atual frota que opera no Distrito Federal inviabiliza um planejamento adequado para atender a demanda dos seus usuários. Foram juntados aos autos os documentos de fls. 63/170.

A liminar foi indeferida pelo eminente Desembargador Otávio Augusto, fls. 174/175.

O Distrito Federal manifestou-se, às fls. 178/181, requerendo, primeiramente, seu ingresso no presente *mandamus*. Sustentou que a permissão, como instrumento precário que é, não retira da Administração Pública a faculdade de implantar as alterações que se fizer necessárias ao serviço público delegado, devendo, sobretudo, prevalecer o interesse público sobre o particular.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, fls. 185/201, opinando, em preliminar, pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, ante a falta de prova pré-constituída e, ainda, pela não admissão do Distrito Federal para ingressar como litisconsorte assistencial passivo. No mérito, oficia pela denegação da ordem, por entender que inexistente qualquer ato ilegal praticado pela autoridade impetrada, a violar o suposto direito líquido e certo do autor. Acrescentou que os diplomas legais impugnados estão sendo objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade, em face da afronta a vários princípios constitucionais e, por fim, aduziu que, em virtude da precariedade inerente à permissão outorgada, falece ao autor o direito de ser mantido na exploração do serviço público.

Em 24.03.04, os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Aparecida Fernandes (Relatora) - Consoante relatei, cuida-se de ação mandamental, com pedido de liminar, impetrado por PAULO FOLHA BRANDÃO, contra ato do Senhor Secretário de Estado de Transporte do Distrito Federal, que indeferiu a outorga de permissão para explorar o Serviço de Transporte Público Alternativo de Condomínio - STPAC.

O impetrante alega que possuía autorização, de serviço de transporte público, há mais de 02 (dois) anos, para operar no transporte alternativo de condomínio - STPAC/DF, no itinerário do Condomínio La Font/Touring. Esclarece que, apesar de preencher todos os requisitos necessários para o recadastramento previsto no Decreto 23.903/03, não obteve a outorga para continuar a explorar as respectivas linhas e, ainda, que com a alteração e extinção do itinerário, foi impedido de continuar a fazer o transporte alternativo, advindo-lhe prejuízos de ordem financeira e uma série de transtorno aos usuários por ele atendidos. Por fim, assevera que os atos ditos ilegais somente beneficiaram as empresas de ônibus, aumentando sobremaneira a desigualdade social e o desemprego.

Objetiva o autor que a autoridade impetrada se abstenha de proceder às alterações nos itinerários do STPAC, e que seja determinada a realização de um estudo de impacto social e financeiros destas modificações.

É a síntese da exposição.

Insurge-se o impetrante contra ato emanado pelo Sr. Secretário de Transportes do Distrito Federal, datado em 01.12.03 (fl. 40), de molde a se ter por tempestivo o presente *mandamus*, haja vista que a impetração data de 05.12.03 (fl. 41).

Sobre as preliminares suscitadas pelo Órgão Ministerial, emito o seguinte juízo.

Em primeiro plano, admito o ingresso do Distrito Federal no presente feito, porquanto tenho como legítima a sua assistência, como litisconsorte passivo, uma vez que é a pessoa jurídica de direito público que irá suportar o ônus da ação mandamental, caso seja concedida a ordem. Rejeito, pois, esta preliminar.

Aduz o *parquet* que a documentação juntada aos autos não permite verificar o suposto direito do impetrante, porquanto sequer é possível identificar o ato contra o qual este se insurge, não havendo, portanto, prova pré-constituída a embasar a presente ordem.

A meu entender, também sem razão o Órgão Ministerial.

Como se vê, o impetrante colacionou aos autos, as seguintes cópias: o termo da permissão emergencial nº 653/03 (fl. 15), referente ao seu veículo; o requerimento de recadastramento (fls. 16/17); tabela de horário do itinerário (fl. 18/19); o mapeamento gráfico do itinerário do transporte (fls. 20/36); as normas indigitadas e a portaria de convocação para o recadastramento (fl. 40). Nesse aspecto, a documentação apresentada é suficiente para, em tese, comprovar o direito alegado, consistente na revogação ou cassação da permissão precária do serviço público.

Ademais, pode-se aferir o direito invocado nas próprias informações trazidas pela autoridade impetrada, em razão de não haver recadastrado todos os permissionários do STPAC, que tinham a autorização para circular nas rotas de operação dos condomínios.

Rejeito, assim, a preliminar levantada.

No mérito, contemplo que a pretensão do impetrante não merece prosperar, eis que não existe direito líquido e certo a ser amparado por esta via.

Prefacialmente, cumpre ressaltar que o mandamento constitucional, no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal prevê:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

De ver-se, portanto, que entre as condições específicas da ação mandamental estão o direito líquido e certo e a ilegalidade ou abuso de poder no ato atacado.

Como cediço, líquido e certo é o direito incontestável, cuja procedência se logra reconhecer sem maiores exames e dilação probatória. Em última análise, é o direito comprovado de plano.

De outro lado, constitui a ilegalidade ou abuso de poder o ato da autoridade que, no exercício de suas atribuições, discrepa da finalidade pública, em desacordo com as exigências do arcabouço legal que rege a atuação administrativa e com os mandamentos constitucionais que imperam as relações entre a Administração Pública e seus administrados.

O suposto ato ilegal vergastado pelo impetrante, estaria consubstanciado nas normas distritais que tratam do transporte coletivo público, o qual é prestado à população mediante concessão ou permissão do Poder Público.

Pelo histórico das leis aludidas nesta via de ação, ressaí que a Lei 2.683/01, que criou o Serviço de Fretamento para Condomínios, autorizava a operação de vans, sob forma de fretamento. Tendo sido esta lei suspensa por determinação judicial, a Câmara Legislativa editou a Lei nº 3.000/02, que deu origem ao Serviço de Transporte Público Alternativo de Condomínio - o STPAC - cuja disposição previu a reestruturação dos serviços, a seleção dos operadores para atuarem nas rotas dos condomínios e, dentre outras providências, a previsão de um futuro certame licitatório, que não foi realizado até o presente momento.

A par das medidas técnicas determinadas na Lei 3.000/03, através do Decreto 23.902/03, o DMTU foi transformado na autarquia de Transporte Urbano do Distrito Federal, DFTRANS, a fim de dar continuidade e providenciar o ajuste do sistema operacional de transportes do Distrito Federal. Para tanto, definiu o decreto, entre as diretrizes principais, a preparação da licitação a ser realizada nos termos da Lei 3.000/03.

Conforme se depreende, tais diplomas legais não apresentam compatibilidade com os princípios insculpidos na Constituição da República, na legislação federal e na Lei Orgânica do Distrito Federal.

Seguindo a linha de argumentação da ilustre Procuradoria de Justiça, muito bem lançada em seu parecer, mister sejam esclarecidos os dispositivos legais que regem os institutos jurídicos da concessão e permissão de serviço público.

A Carta Magna da República Federativa do Brasil, dispõe no art. 175, *in verbis*:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Neste diapasão, a Lei Federal nº 8.987/05, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos, na referida norma constitucional, define, no art. 2º, inciso IV, a permissão de serviço público como a “delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

A Lei Orgânica do Distrito Federal, seguindo o princípio da simetria, apresenta os seguintes dispositivos legais:

“Art. 19. A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, motivação e interesse público, (...)”

“Art. 25. Os serviços públicos constituem dever do Distrito Federal e serão prestados, sem distinção de qualquer natureza, em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal, nesta Lei Orgânica e nas leis e regulamentos que organizam sua prestação.”

“Art. 26. Observada a legislação federal, as obras, compras, alienações e serviços da administração serão contratados mediante processo de licitação pública, nos termos da lei.”

“Art. 336. Compete ao Distrito Federal planejar, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, os serviços de transporte coletivo, observada a legislação federal, cabendo à lei dispor sobre:

I - o regime de empresas e prestadores autônomos concessionários e permissionários de serviços de transporte coletivo, observada a legislação federal;”

“Art. 337. Compete ao Poder Público planejar, construir, operar e conservar em condições adequadas de uso e segurança o sistema viário público do Distrito Federal (grifos acrescentados).”

Pois bem, os atos impugnados pelo impetrante, consubstanciados nas normais distritais acima citadas, não encontram guarida no ordenamento jurídico, diante dos princípios informadores do regime de permissão e concessão de serviço público, que requerem, sobretudo, que tal serviço seja prestado mediante prévia licitação.

A própria autoridade informante esclareceu que, até o presente momento, não foi dado início ao procedimento licitatório, embora haja previsão legal. O que ocorreu foi a chamada “permissão emergencial”, instituto jurídico inexistente, a fim de atender à demanda da população daquelas localidades que não possuem o serviço do transporte de ônibus regular. Acrescentou, ainda, que de fato houve um recadastramento geral a todos os permissionários operadores do sistema alternativo de transporte público, contudo, houve um remanejamento e uma redução no número das permissões antes outorgadas.

Entretanto, ao invés de regularizar e viabilizar um plano de operação de transporte alternativos, para atender as áreas dos condomínios e adjacências, criou-se uma celeuma jurídica, sem decorrência lógica de planejamento, com leis e decretos atravessados, impossíveis de solucionarem os problemas do sistema viário do Distrito Federal.

Mas não é só. Com base em tais normas, o impetrante alega ter direito líquido e certo de continuar a explorar o serviço de transporte alternativo, que perfazia entre as linhas de certos condomínios, cujo itinerário foi alterado e extinto pelo Poder Público.

Como já enfatizado, a prestação de serviço público será feita, senão diretamente, apenas sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Desta forma, não há que se falar em violação a direito líquido e certo do impetrante, tendo em vista que a falta de prévia licitação para a concessão do serviço público, impede reconhecer qualquer fundamento para a pretensão invocada.

Outrossim, acrescente-se que, mesmo que as permissões houvessem sido deferidas, nos moldes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o pedido do impetrante não poderia ser acolhido, considerando-se as características que delineiam o instituto jurídico da permissão de serviço público.

A Lei nº 8.987/95, norma de regência dos regimes de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, define em seu art. 40 que “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao fazer referência aos aspectos jurídicos da permissão de serviço público, ensina que “a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública. (...) Já na permissão, a precariedade encontra-se na própria origem do ato de outorga; a Administração, ao consentir, por ato formal, na outorga da prestação do serviço público ao permissionário, já o faz com a nota da precariedade; o particular que recebe a permissão já sabe que ela é dada a título precário, sem prazo estabelecido, e que, por isso mesmo, pode ser retirado, a todo momento, pela Administração, sem qualquer direito a reparação pecuniária. Nessa hipótese, o fundamento da possibilidade de revogação por ato unilateral é a própria precariedade inerente ao ato formal da permissão. Essa precariedade afasta o direito de o permissionário opor-se à revogação e de pleitear qualquer tipo de compensação pecuniária”.

Ao interpretar o conteúdo do art. 2º e do art. 40, da Lei 8.987/95, acima transcritos, a mesma autora confirma o caráter precário e a revogabilidade unilateral da permissão de serviços públicos, aduzindo que “pelos dois dispositivos conjugados, verifica-se que foram indicadas como características da permissão: a) a precariedade no ato de delegação; b) a natureza de contrato de adesão; c) a revogabilidade unilateral pelo poder concedente; d) a possibilidade de a permissão ser feita a pessoa física, o que não está previsto para a concessão.”

Destarte, salta aos olhos que a permissão dada ao ora impetrante, denominada erroneamente de “emergencial”, possui características inegáveis de precariedade e revogabilidade unilateral, significando que o permissionário não se investe do direito subjetivo de permanecer na atividade pública por ele exercida, bem como não tem direito à compensação pecuniária no caso da extinção extemporânea do ato concedido.

Nesta esteira de consideração, inexistente o alegado ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, porquanto a esta compete, no uso de suas atribuições e de seu poder discricionário, retirar a qualquer momento a delegação feita, sem que a isto possa o delegatário se opor.

Posto isso, convicta da incoerência de lesão a direito líquido e certo a ser amparado por esta via mandamental, DENEGO A ORDEM DE SEGURANÇA.
É como voto.

Des. Valter Xavier (Vogal) - De acordo.

Des. Mario Machado (Vogal) - De acordo.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - De acordo.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - De acordo.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - De acordo.

Des. Vasquez Cruxên (Vogal) - De acordo.

Des. Lécio Resende (Vogal) - De acordo.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Vogal) - De acordo.

Des. João Mariosi (Vogal) - De acordo.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - De acordo.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - De acordo.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - De acordo.

DECISÃO

Denegada a ordem nos termos do voto da Relatora. Decisão unânime.

———— • ————

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004002006129-8

Impetrante - Rodrigo Alves Chaves

Informante - Secretária de Estado de Gestão Administrativa do Distrito Federal

Relator - Des. Romeu Gonzaga Neiva

Conselho Especial

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - PROCURADOR DO DF - INCORPORAÇÃO DE ANUËNIOS E DÉCIMOS - VANTAGENS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA NA ÁREA FEDERAL - PRELIMINARES.

Não ocorre decadência do direito de utilizar o mandado de segurança, uma vez que a eventual lesão a direito líquido e certo do Impetrante, a ser considerada no mérito, ocorre a cada mês, pela ausência na sua remuneração do pagamento das vantagens pessoais incorporadas quando em exercício na esfera da União.

O interesse de agir encontra-se caracterizado pela utilidade e necessidade da prestação da tutela jurisdicional do Estado.

A formulação de pedido administrativo não constitui óbice à impetração da segurança.

A matéria atualmente é regulamentada pela Lei Distrital nº 1.864/98, cujo artigo 1º prevê a contagem, para todos os efeitos, apenas do serviço público prestado a órgãos do Distrito Federal. Portanto, o art. 100 da Lei 8.112/90, que dá ensejo à pretensão do Impetrante, já não se aplica aos servidores do Distrito Federal. Ainda que tal dispositivo pudesse ser aplicado, não pode ser interpretado isoladamente, fora do contexto dos demais dispositivos legais que regem a matéria.

Não existe legislação, quer federal, quer local, que assegure ao servidor do Distrito Federal tanto o cômputo do tempo de serviço federal para efeitos de anuênios quanto a incorporação de décimos/quintos por exercício de função comissionada em Unidade da Federação diversa.

O Impetrante pode ter incorporado as referidas vantagens na área federal, mas não na distrital. No âmbito do Distrito Federal, não existe direito adquirido a manter as referidas vantagens.

Segurança denegada. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romeu Gonzaga Neiva, Relator, Asdrubal Nascimento Lima, Hermenegildo Gonçalves, Vasquez Cruxên, Lécio Resende, Getúlio Moraes Oliveira, Estevam Maia, Romão C. Oliveira, Getulio Pinheiro, Edson Alfredo Smaniotto, Mario Machado, Sérgio Bittencourt e Lecir Manoel da Luz, Vogais, sob a presidência do Desembargador Jeronymo de Souza, em rejeitar as preliminares. Decisão por unanimidade. No mérito, denegar o mandado de segurança. Decisão por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 30 de novembro de 2004.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato omissivo da Sra. Secretária de Estado de Gestão Administrativa do Distrito Federal, que não apreciou o pedido de incorporação da denominada Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada e da Gratificação Adicional por Tempo de Serviço aos vencimentos do impetrante, que alega ter ferido seu direito líquido e certo.

Relata que mediante concurso público ocupara o cargo de Técnico Judiciário do TJDF, tendo tomado posse em 25.11.93 com efetivo exercício em 01.12.93 até 17.08.99, quando, em virtude de aprovação em concurso público para o cargo de Procurador do DF, fora empossado em 18.08.99, sem lapso de vacância.

Assevera que no período em que ocupou o cargo no TJDF, conforme Certidão que junta aos autos, teve incorporado aos seus vencimentos parcelas denominadas quintos/décimos, em razão de funções comissionadas conforme discrimina, além de gratificação adicional por tempo de serviço, na proporção que igualmente especifica, deixando, porém, de receber tais valores na ocasião em que passara a exercer a nova função de Procurador do DF.

Diz que inconformado, e inobstante a manutenção do regime instituído pela Lei 8.112/90, formulou dois pleitos administrativos (quintos e anuênios), buscando a incorporação de tais vantagens, lastreando-se, além do aspecto normativo, no recentíssimo julgado do STJ no Recurso Ordinário em MS nº 13.299/DF, que reconheceu direito adquirido de vantagens pessoais incorporadas, inobstante a mudança de cargo público afeto a outra Unidade da Federação. Entretanto, passados mais de três meses, a autoridade coatora sequer realizou a análise preliminar dos pleitos administrativos, não lhe restando outra alternativa que não o aforamento da presente medida.

Assim, o ato coator revela-se na não incorporação de direitos previamente adquiridos aos atuais vencimentos do impetrante, caracterizando ilegalidade que deve ser sanada de imediato, dada a natureza alimentar do requerente.

Tece considerações a respeito do direito adquirido, da irredutibilidade de vencimentos e das incorporações, citando julgados e posicionamento recentes a respeito do tema, indicando, ainda, o que, no seu entender, constituem os pressupostos autorizadores da medida liminar.

Requer, em face disso, a concessão de liminar para que se determine à autoridade coatora a imediata incorporação aos seus vencimentos das seguintes parcelas: décimos, na proporção de 4/10 (quatro décimos) devidamente distribuídos nos cargos em que exerceu a função comissionada conforme declaração anexa, assim como 5% (cinco por cento) relativo ao adicional por tempo de serviço (certidão), sendo praticada a tabela do órgão onde ocorreram as respectivas incorporações. Ao final, a concessão em definitivo da ordem, nos termos do pedido liminar, a partir da lesão do direito (18.08.99) ou, alternativamente, da data do ajuizamento da presente demanda.

O pedido de liminar foi indeferido.

O Distrito Federal requereu sua admissão na lide, argüindo, preliminarmente, a intempestividade do *writ* em razão da decadência do direito à impetração ; e inépcia da inicial por ausência de interesse de agir.

Sustenta a inexistência de direito líquido e certo, ante a legalidade na atuação da autoridade impetrada, pelo que a segurança deve ser denegada.

A Autoridade coatora prestou as informações solicitadas (fls. 76/79).

O Ministério Público oficia pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Como merecido, ouvi com a devida atenção ao pronunciamento da Dr^a. Procuradora.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Com a devida licença, no pertinente às preliminares, tomo como fundamento as razões contidas no parecer do Ministério Público, subscrito pelo Vice-Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Firmo Reis Soub, que transcrevo, *in verbis* (fls. 88/100):

“Não ocorre decadência do direito de utilizar o mandado de segurança, uma vez que a eventual lesão a direito líquido e certo do Impetrante, a ser considerada no mérito, ocorre a cada mês, pela ausência na sua remuneração do pagamento das vantagens pessoais incorporadas quando em exercício na esfera da União.

Afirma o Distrito Federal que, não tendo sido analisado o pleito administrativo formulado pelo Impetrante, não há que se falar em lesão ou ameaça de lesão a direito decorrente de omissão da

Autoridade Coatora, desta feita ausente o interesse de agir do Impetrante.

Permeia-se a caracterização do interesse de agir pela utilidade e necessidade da prestação da tutela jurisdicional do Estado, ou seja, o acionar do aparato judiciário deve ser imprescindível, em face da inviabilidade de obtenção do direito pretendido sem a intervenção do Estado, em virtude da recusa da parte contrária em satisfazê-lo espontaneamente.

Ocorre que a omissão não se restringe à não apreciação do pedido administrativo, mas refere-se, ainda, ao não-pagamento das vantagens pessoais consideradas devidas pelo Impetrante. Ademais, a formulação de pedido administrativo não constitui óbice à impetração da segurança.

Nesse sentido é a lição do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles:

‘Quando a lei veda se impetre mandado de segurança contra ‘ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução’ (art. 5º, I), não está obrigando o particular a exaurir a via administrativa para, após, utilizar-se da via judiciária. Está, apenas, condicionando a impetração à operatividade ou exequibilidade do ato a ser impugnado perante o Judiciário’.

Dessa forma, analisando preliminarmente o *writ*, observa-se que foram atendidas as condições da ação e os pressupostos processuais.”

Fulcrado, pois, no mesmo entendimento, rejeito as preliminares.

Des. Asdrubal Nascimento Lima (Vogal) - Com o Relator.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Com o Relator.

Des. Vasquez Cruxên (Vogal) - Com o Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Com o Relator.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, também rejeito as preliminares, firmando-me em precedente deste Conselho Especial (Mandado de

Segurança nº 0-13983, da relatoria do Desembargador Lécio Resende), onde a questão relativa à existência de decadência nos casos de pretensão a título de quintos foi afastada por considerar matéria de trato sucessivo, haja vista que a concessão da segurança poderia repercutir no mês seguinte.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Senhor Presidente, pelo ângulo da omissão, também rejeito as preliminares, por outro, não.

O fundamento do eminente Relator é que se trata de obrigação de trato sucessivo, mas, a meu aviso, não seria essa a hipótese. A parte teria de demonstrar que impetrou a segurança no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar do indeferimento. Como o caso trata de ato omissivo, acompanho o Relator.

Des. Romão C. de oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, inicialmente, entendi que havia ato indeferitório e, portanto, não se trataria de prestação de trato sucessivo, porque o título não havia sido constituído. Porém, com os esclarecimentos que se formaram *a posteriori*, concluo que a petição inicial é inepta.

Acolho a preliminar de inépcia da inicial, porque o pedido é no sentido de que o Tribunal defira a incorporação dos quintos, quando a Administração apenas é omissa.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Desembargador Romão C. de Oliveira, V. Ex^a. me permite?

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Pois não.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - O impetrante não é obrigado a esgotar a via administrativa. Ele tentou por via administrativa, esperou três meses; quem sabe, devesse esperar dez anos. A parte não tem de esgotar a via administrativa. Ela vai ao Judiciário, e tem legitimidade para isso, na minha maneira de ver.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Na minha também, Ex^a.

Não considero esse fato como simples, considero dos mais graves, porque a Administração tem de ser atuante e prestante. Ela não pode, em hipótese alguma, omitir-se.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, ouvi com atenção os argumentos trazidos pelos eminentes Colegas e vou acompanhar o eminente Relator, mas com muita preocupação, porque o Tribunal não pode substituir-se aos atos da Administração.

Rejeito as preliminares, acompanhando o eminente Relator.

Des. Getúlio Pinheiro (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Mario Machado (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator registrando o seguinte:

“Deixando o Direito brasileiro de adotar o sistema do contencioso administrativo obrigatório, dispensável o requerimento naquela sede de pretensão, que já se sabe previamente repelida. Demais disso, quando o recurso administrativo mostra-se inútil e incapaz de alcançar o resultado pretendido, justifica-se o imediato ingresso em juízo.” (1ª Turma Cível).

Há, também, um julgado deste Conselho Especial nesse mesmo sentido. Acompanho o eminente Relator.

MÉRITO

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Sufragando o referido que, ressalte-se, conclui pela não concessão da ordem, adoto as razões expendidas às fls. 90/100:

“Aplicação do Decreto 1.864/98 em contraposição ao art. 100 da Lei 8.112/90

O impetrante, Procurador do Distrito Federal, pretende incorporar aos seus vencimentos anuênios e décimos, vantagens essas decorrentes do exercício de função pública na área federal.

A matéria atualmente é regulamentada pela Lei Distrital nº 1.864/98, cujo artigo 1º prevê a contagem, para todos os efeitos, apenas do serviço público prestado a órgãos do Distrito Federal. Portanto, o art. 100 da Lei 8.112/90, que dá ensejo à pretensão do Impetrante, já não se aplica aos servidores do Distrito Federal. Ainda que tal dispositivo pudesse ser aplicado, não pode ser

interpretado isoladamente, fora do contexto dos demais dispositivos legais que regem a matéria.

Com efeito, se é fato que o art. 5º, da Lei Distrital nº 197/91, manda aplicar a Lei nº. 8.112/90 aos servidores distritais, não se pode relevar a importância da expressão “no que couber”, contida no referido artigo, pois regra de hermenêutica que na lei não há palavras ou expressões inúteis. Sendo assim, para o deslinde do caso, são necessárias algumas adaptações.

É preciso ter em mente que a Lei 8.112/90 foi elaborada para o servidor federal e não para o servidor distrital. A interpretação que atenderá ao real espírito da lei, portanto, depende da abordagem teleológica feita pelo exegeta, sendo insuficiente uma leitura meramente literal do dispositivo legal.

O artigo legal ora analisado (art. 100 da Lei 8.112/90) é regra geral aplicável na esfera federal. As regras específicas sobre adicional por tempo de serviço estão no artigo 67 da Lei nº 8.112/90, que exige tempo de efetivo serviço federal e exclui, no artigo 103, I, o serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

‘Art. 103. Contar-se-á apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade:

I - o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal; ...’

Ora, se a União não arca com os ônus de vantagens pessoais adquiridas no exercício de função comissionada no serviço público distrital, a recíproca é igualmente válida, ou seja, o Distrito Federal não pode ser compelido a preservar vantagens adquiridas no serviço público federal.

Assim, aplica-se ao Impetrante o art. 1º da Lei Distrital 1.864/98. Quanto ao art. 100 da Lei 8.112/90, só pode ser aplicado no âmbito do Distrito Federal se interpretado de forma restritiva.

Autonomia financeira do Distrito Federal - Art. 18 da CF.

A intenção da Lei Distrital 1.864/98, ao excluir o tempo de serviço prestado em outra unidade federativa para fins de percepção de anuênio, é clara e razoável. O Distrito Federal não pode ser obrigado a suportar todos e quaisquer ônus financeiros porventura concedidos aos servidores vindos da União. Interpretação con-

trária fere a autonomia legislativa e financeira local, especialmente o artigo 18 da Constituição Federal.

Com efeito, a Carta Constitucional de 1988, ao disciplinar a organização político-administrativa, conferiu autonomia ao Distrito Federal (artigo 18), estabelecendo sua competência no artigo 32.

Portanto, o Distrito Federal, ao adotar, no que couber, o regime jurídico dos servidores públicos da União, tornou distritais as regras federais. Contudo, tratam-se de regras independentes entre si.

Entendimento contrário ensejaria indubitável violação ao princípio federativo, que preconiza a autonomia dos entes que formam a Federação, erigido como cláusula pétrea pelo legislador constituinte (CF, artigo 60, § 4º, inciso I).

O insigne Professor Hely Lopes Meirelles, em sua obra clássica “Direito Administrativo Brasileiro”, 19ª edição, Ed. Saraiva, 1994, páginas 366/367, ao abordar a questão da competência para organizar o serviço público, leciona:

‘A competência para organizar o serviço público é da entidade estatal a que pertence o respectivo serviço. Sobre esta matéria as competências são estanques e incommunicáveis. As normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais ou municipais, nem as do Estado-membro se estendem aos servidores dos Municípios. Cada entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes jurídicos únicos, segundo suas conveniências administrativas e as forças de seus erários (CF, arts. 39 e 169).’ (Grifo nosso.)

Tanto os Estados, como o Distrito Federal, têm a liberdade de decidir se suportam, ou não, ônus financeiro oriundo de serviços prestados a outro ente federativo.

Os arts. 41, § 3º, e 350 da LODF reforçam esse entendimento, quando prevêem que o tempo de serviço público federal, estadual e municipal é computado para efeito de aposentadoria e disponibilidade. Há um silêncio eloqüente com relação às demais vantagens.

Ademais, o artigo 44, I, da LODF assegura o adicional por tempo de serviço aos servidores distritais, na forma da lei. Remete ao legislador ordinário a tarefa de decidir se computa, ou não, o tempo de serviço público estadual, municipal e federal para efeito de anuênios.

Enfim, é evidente que, de acordo com o princípio federativo, as Unidades Federadas não estão sujeitas a suportarem ônus financeiros das vantagens pessoais de servidores advindos de outra Unidade da Federação.

Ausência de direito adquirido junto ao Distrito Federal

Não existe legislação, quer federal, quer local, que assegure ao servidor do Distrito Federal tanto o cômputo do tempo de serviço federal para efeitos de anuênios quanto a incorporação de décimos/quintos por exercício de função comissionada em Unidade da Federação diversa.

É mister ressaltar que, para a incorporação dessas vantagens, é necessária a existência de lei que expressamente estabeleça o direito. É essa a posição defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles:

‘Outra observação que se impõe é a de que a concessão das vantagens pecuniárias só por lei pode ser feita, e por lei de iniciativa do Executivo, observados os preceitos constitucionais dos arts. 61, §1º, II, ‘a’, e 63, I.2’.

No que tange à interpretação das normas concernentes à incorporação de vantagens provenientes de exercício de cargo em comissão, pertinente o magistério de Hércio Alves de Assumpção, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em parecer publicado na Revista Forense, vol. 332, página 225, *verbis*:

‘A incorporação de gratificação pelo exercício de cargo em comissão - de duvidosíssima conveniência no plano de política legislativa, pela falta de fundamento razoável com que se apresenta e pelas flagrantes e injustificadas desigualdades que gera no âmbito do serviço público - tem evidente caráter excepcional, como afirma a doutrina, diferentemente, por exemplo, do adicional por tempo de serviço, e, por isto mesmo, precisa estar expressamente prevista em lei para que possa ser deferida.

Não apresenta, portanto, natureza restritiva de direitos a regra que a concede, possuindo, ao contrário, a natureza de norma excepcional, cuja aplicação analógica não se recomenda à luz dos mais elementares princípios de hermenêutica.' (Grifo nosso.)

Nem se diga que o Impetrante pretende não a concessão de vantagem mas a manutenção de direito já incorporado ao seu patrimônio. O Impetrante pode ter incorporado as referidas vantagens na área federal, mas não na distrital. No âmbito do Distrito Federal, não existe direito adquirido a manter as referidas vantagens.

Jurisprudência

No julgamento do ROMS 11.961/GO, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento:

'ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À EBCT. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. QUINQUÊNIOS. PREVISÃO APENAS PARA TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ESTADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. AUSÊNCIA. SÚMULA 473/STF

1. O tempo de serviço público prestado à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, será computado obrigatoriamente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, no âmbito estadual. Sua contagem, para outros efeitos, inclusive adicionais por quinquênios, somente no caso de texto legal expreso, sendo a interpretação na espécie restritiva.

2. A teor da Súmula 473 do STF, 'A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.'

3. Recurso ordinário improvido.' (Sexta Turma, Ministro Fernando Gonçalves, Data da Publicação: 18/6/01, p. 191. Grifo nosso.)

É bem verdade que há julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça nos quais prevaleceu posição diversa. Essas decisões, contudo, precisam ser reavaliadas, pois fundamentos não se coadunam com a legislação local e constitucional que disciplina essa matéria.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também já debateu o assunto em diversas ocasiões, tanto pelo Conselho Especial quanto pelos seus órgãos fracionários. Mais recentemente, o Conselho Especial, por maioria, vem decidindo que a averbação do tempo de serviço de outra esfera se restringe aos efeitos de aposentadoria e disponibilidade, aplicando-se o artigo 100 da Lei nº 8.112/90 tão-somente aos servidores federais:

‘CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. INOCORRÊNCIA PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SERVIDORES DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO ANTERIORMENTE NA ESFERA FEDERAL PARA TODOS OS EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE. A CONTAGEM DE REFERIDO TEMPO SÓ PODERÁ SER FEITA PARA FINS DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE. ANÁLISE CONJUNTA DO ARTIGO 5º DA LEI LOCAL Nº 197/91, ARTIGOS 67, 100 E 103, INCISO I, DA LEI Nº 8.112/90, ARTIGOS 41, INCISO I, § 3º E 350 DA LODF E ARTIGOS 2º E 3º DA RESOLUÇÃO Nº 139/97 DA CLDE SEGURANÇA DENEGADA.

I. Não merece prevalecer a tese defendida pela ilustre representante do parquet, no sentido de que o prazo decadencial de 120 dias começara a fluir a partir do dia da publicação de cada portaria, por meio das quais negara-se a vantagem perseguida pelos impetrantes, eis que na espécie depara-se com uma situação de trato sucessivo, sendo que esta Corte de Justiça, bem como o Colendo Superior Tribunal de Justiça, já pacificaram o entendimento de que em se tratando de situações que o ato impugnado atinge prestações de tal índole

é descabida a alegação de decadência do direito à impetração mandamental. Preliminar rejeitada.

II. *Denega-se a segurança na medida em que, embora o artigo 5º da Lei Local nº 197/91 determine a aplicação da Lei nº 8.112/90 aos servidores distritais, não se pode olvidar que esta aplicação deve se dar no que for compatível para o fim a que fora recepcionada. Não se pode esquecer que a Lei nº 8.112/90 fora editada para reger servidores federais e que a intenção do legislador, ao instituir o artigo 100, foi o de contar o tempo para todos os efeitos desde que o servidor permaneça subordinado à esfera federal. A partir do momento em que os impetrantes foram exonerados do serviço público federal e passaram a ser servidores distritais, houve mudança no vínculo funcional, o que lhes retira o direito à incorporação pleiteada.*

III. De outra parte, pelo texto do artigo 103 do RJU, pode se observar que não há reciprocidade por parte da União quando um servidor distrital é admitido em seus quadros. Neste passo, não se pode impingir ao DF a obrigação de arcar com ônus financeiros gerados no âmbito da união sem a devida compensação. Além disso, a se permiti-lo restaria violado o artigo 18 da CF que confere ao DF autonomia política e financeira.

IV. Ademais, a Resolução nº 139/97 da CLDF revogada pela Resolução nº 164/00, violava frontalmente a LODF, eis que esta em seus artigos 41, §3º e 350, expressamente prevê que o tempo de serviço prestado a outros entes da federação só será contado para efeito de aposentadoria e disponibilidade.

V. Ressalte-se que a Lei Distrital nº 1.864/98, no artigo 1º, estabelece que o tempo de serviço público prestado aos órgãos e entidades da administração, autárquica e fundacional do DF, incluída a CLDF e o TCDF será contado para todos os efeitos, excluindo do âmbito local o artigo 100 da Lei nº 8.112/90, que já não podia ser aplicado dada a incompatibilidade existente, ceifando de vez com qualquer dúvida sobre o assunto.

VI. Nesta oportunidade, reconsidera-se posicionamento antes defendido, como vogal, quando concedeu-se se-

gurança para que o tempo de serviço prestado às forças armadas fosse computado para todos os efeitos. Além das razões acima explicitadas, a reflexão melhor sobre o texto do artigo 103 da 8.112/90, induz a conclusão de que o mesmo engloba tanto os servidores federais civis quanto os servidores federais militares, tanto que no inciso I, o legislador usara a expressão genérica “serviço público” de forma a abranger ambas categorias.

VII. Assim, em todos os casos, a averbação se restringe aos efeitos de aposentadoria e disponibilidade, aplicando-se o artigo 100 da Lei 8.112, tão-somente aos servidores federais. Segurança denegada. Decisão: afastar a preliminar à unanimidade. denegar a segurança por maioria.’ (Mandado de Segurança 20030020037473, Data da Publicação: 17/8/2004, p. 78. Grifo nosso.)

‘CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO DE VANTAGEM PESSOAL. QUINTOS. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. DIVERSIDADE DE REGIMES JURÍDICOS. APELO E REMESSA OFICIAL PROVIDOS. MAIORIA.

Ocorrendo a mudança de vínculo funcional, passando o servidor federal a ocupar cargo pertencente ao quadro do Distrito Federal, inexistente qualquer direito à incorporação de vantagens pessoais (quintos) oriundas do cargo anterior, tendo em vista a diversidade entre o regime jurídico aplicável aos servidores da União e aos do Distrito Federal.

(Apelação Cível 20000110653682, Data da Publicação: 17/06/2004, p. 43. Grifo nosso.)

No que tange à incomunicabilidade das regras concernentes à incorporação de quintos/décimos, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao apreciar essa questão:

‘EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUINTOS AVERBAÇÃO.

Impetrante que, como funcionário do Tribunal Regional do Trabalho adquire quintos e posteriormente nomeado por concurso, para o Tribunal de Contas do Distrito Federal. Inexistência de direito líquido e certo em averbar quintos.

No momento em que pediu exoneração do cargo, junto à União (TRT) e através de concurso é nomeado para o TCDF, houve mudança de vínculo funcional e o impetrante deixou de ser funcionário público da União e passou a ser funcionário do Distrito Federal. Este não está obrigado a assumir o ônus financeiro de vantagens pessoais adquiridas pelo impetrante quando servidor público da União. Segurança denegada.' (MSG no 6.747/96. Conselho Especial. Maioria. Rel. Des. CAMPOS AMARAL. DJ 12/3/97. Página 3.727 - g.n.).

Posição do TCDF

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao interpretar o artigo 100 c/c 103, inciso I, da Lei n.0 8112/90, assim decidiu:

‘O Tribunal, de acordo com a proposta do relator, decidiu tomar conhecimento da consulta em apreço, para responder à Câmara Legislativa que o tempo de serviço público prestado à União, Estados e Municípios por servidores que ingressaram nos quadros funcionais do Distrito Federal, na vigência da Lei nº 8.112/90, não pode ser considerado para efeitos de adicionais, restringindo-se o seu aproveitamento para fins de aposentadoria e disponibilidade, nos termos do art. 103, I, desse diploma legal, aqui aplicado por recepção.’ (Texto extraído das informações constantes do MS n.0 2001002003091-8, de matéria idêntica, Decisão TCDF n.0 5102/90, fls. 37/38.)

Parcelas anteriores à impetração do writ

É preciso observar que mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. Na hipótese de a segurança ser concedida, as parcelas anteriores à impetração devem ser cobradas pela via ordinária. Não se pode conferir efeitos patrimoniais pretéritos em mandado de segurança, sob pena de violação do disposto no art.

1º, *caput*, da Lei 5.021/66 (Súmulas 269 e 271 do STF). Nesse sentido, convém transcrever a ementa abaixo, oriunda de julgado do STJ:

‘RMS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MAGISTRATURA. QUINTOS. INCORPORAÇÃO. ATRASADOS. PAGAMENTO. DECISÃO CONCESSIVA DE MANDADO DE SEGURANÇA. TERMO A QUO. 1. A teor da Lei nº 5.021/66, o pagamento de vantagens pecuniárias devidas a magistrados (quintos), asseguradas em decisão concessiva de mandado de segurança, será efetuado relativamente às prestações que se venceram a contar da data do ajuizamento da inicial. 2. Embargos de declaração acolhidos.’ (EDROMS 12122/DF; Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 2000/0054540-6. Data da Decisão: 20.9.2001. Relator Min. Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: 6ª Turma. DJ de 8.10.2001, p. 250.)”

Como visto, a questão restou analisada com o costumeiro cuidado, e, com arrimo no posicionamento majoritário deste eg. Tribunal de Justiça, eis que, também pelos seus órgãos fracionários, assim decide, como se confere dos seguintes julgados, inclusive de minha relatoria, no âmbito da 5ª Turma Cível:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO TCDF. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO ÀS FORÇAS ARMADAS. I - O TEMPO DE SERVIÇO ANTERIORMENTE PRESTADO NA ESFERA FEDERAL POR SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL NÃO PODE SER COMPUTADO PARA FINS DE RECEBIMENTO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA, MAS SOMENTE PARA EFEITOS DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE. ARTS. 40, § 3º DA CF, ARTS. 100 E 103, INCISO I, DA LEI 8.112/90 E ARTS. 41, § 3º E 350, DA LEI ORGÂNICA DO DF. III - REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DO DF PARCIALMENTE PROVIDOS E RECURSO DOS AUTORES IMPROVIDO.”
(APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA DE OFÍCIO 20020110237850APC DF, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Vera Andrighi)

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - POLICIAL CIVIL - AVERBAÇÃO TEMPO SERVIÇO PRESTADO ÀS FORÇAS ARMADAS - INCORPORAÇÃO ANUËNIOS - IMPOSSIBILIDADE.

01. A REMUNERAÇÃO DO FUNCIONÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO DF É PAGA COM VERBA FEDERAL, POR ESSA RAZÃO CABE À UNIÃO LEGISLAR SOBRE A POLÍTICA SALARIAL DOS POLICIAIS CIVIS, MAS NÃO SOBRE O SEU REGIME JURÍDICO, QUE SEGUE A ORIENTAÇÃO DADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA.

02. A PRÓPRIA UNIÃO NÃO CONFERE O DIREITO DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APROVEITAR TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A ENTE DISTRITAL PARA O MESMO FIM.

03. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.”
(Reg. 159.119, DJU 11-09-2002)

Na ocasião do julgamento, deixei consignado que:

“Com efeito, a Lei n. 8.112/90 não permite a contagem de tempo de serviço prestado a outro ente político da Federação, para fins de incorporação de anuênios, quinquênios e licença-prêmio de servidor federal. Assim dispõe o artigo 103 do diploma legal retro:

‘Artigo 103 - Contar-se-á apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade:

I - o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal (...)’

Não há qualquer referência expressa na norma federal acerca da possibilidade de contagem de tempo de serviço público prestado em outras esferas da Federação senão para fins de aposentadoria e disponibilidade. Não se confere esse privilégio quando a questão engloba os direitos a anuênios, quinquênios e licença-prêmio.”

Diante do exposto, denego a segurança pleiteada.
É como voto.

Des. Asdrubal Nascimento Lima (Vogal) - Senhor Presidente, como dito pelo eminente Relator, essa matéria já foi ventilada na 5ª Turma Cível.
Meu entendimento é no mesmo sentido do voto proferido por S. Exª.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Vogal) - Senhor Presidente, pedindo vênias e com base em precedente anterior, concedo a segurança.

Des. Vasquez Cruxên (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator para conceder a segurança, assim como fez o Desembargador Hermenegildo Gonçalves.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Senhor Presidente, peço a mais respeitosa vênia ao eminente Relator para também conceder a segurança, preservando o posicionamento que, invariavelmente, tenho adotado em casos análogos.

Des. Getúlio Moraes Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, denegando a segurança, pedindo vênia aos que votaram em sentido contrário, e o faço louvando-me em precedentes desta egrégia Corte de Justiça: Acórdão nº 35/99, 1ª Turma Cível, e recurso julgado pelo Conselho Especial, da relatoria do Desembargador Jeronymo de Souza, onde restou assentado:

“Não se pode impor ao Distrito Federal tal ônus financeiro, em obediência à autonomia política e administrativa conquistada na Constituição de 1988”.

Com a devida vênia, denego a segurança.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Com o Relator.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Senhor Presidente, pedindo vênia aos que pensam de modo contrário, tenho votado no mesmo sentido do eminente Relator, denegando a segurança.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, o Tribunal conhece o meu posicionamento a respeito do tema: concedo a ordem quando o servidor ingressou nos quadros do Distrito Federal antes de 8 de junho de 1993, porque estava em vigor a redação originária do art. 100 da Lei nº 8.112/90, adotada pela Lei Distrital nº 197.

No caso vertente, o impetrante ingressou nos quadros do Distrito Federal no dia 18 de agosto de 1999, portanto, quando a LODF já havia revogado aquela franquias ampla, prevista no art. 100 da Lei nº 8.112/90.

Com efeito, o legislador local adotou sem restrições a Lei 8.112/90 na redação originária e, com isto, até o advento da LODF restou estabelecida contagem do tempo de serviço público federal, inclusive o prestado às forças armadas, para todos os efeitos legais. Como se sabe, onde o legislador não distingue não é dado ao intérprete fazê-lo. Por outro lado, com o advento da LODF restou assentado que o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será contado para os efeitos de aposentadoria

e disponibilidade. E nem podia ser diferente porquanto restaria agastado o princípio da reciprocidade. Observe-se que a União Federal estabeleceu que o serviço prestado ao Distrito Federal é contado apenas para efeitos de aposentadoria e disponibilidade (art. 103 da Lei 8.112/90).

Destarte, denego a ordem acompanhando o eminente Relator, rogando vênias aos demais.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, meu entendimento é idêntico ao do Desembargador Romão C. de Oliveira, com a ressalva, porém, de que não se deve ter por marco apenas que o ingresso do servidor nos quadros do Distrito Federal tenha ocorrido até a publicação da LODF, mas que a função comissionada, cujos quintos ou décimos se pretende incorporar, refira-se também a data anterior à da promulgação da citada lei.

Acompanho o eminente Relator.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, pedindo vênias aos que se posicionam de forma contrária.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, também acompanho o eminente Relator, indicando como precedente a Apelação Cível nº 1-439988, de minha relatoria, julgada na egrégia 4ª Turma Cível.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente, votei em julgados anteriores acompanhando a divergência.

Peço respeitosa vênias ao eminente Relator para acompanhar o eminente Desembargador Hermenegildo Gonçalves.

DECISÃO

Rejeitadas as preliminares. Decisão por unanimidade. No mérito, denegado o mandado de segurança. Decisão por maioria.

Notas

- 1 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.
- 2 Op. Cit., p. 45.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004002008262-3

Impetrante - SINAFITE/DF - Sindicato dos Funcionários Integrantes da Carreira Auditoria Fiscal do Tesouro do Distrito Federal

Informantes - Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal e Subsecretário de Apoio Operacional

Relator - Des. Hermenegildo Gonçalves

Conselho Especial

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR - REMUNERAÇÃO - CARÁTER ALIMENTAR - PAGAMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM - BOA-FÉ - ERRO ADMINISTRATIVO - DESCONTO EM FOLHA - INCABÍVEL.

O erro administrativo, cuja revisão pode vir a se operar a qualquer tempo, conforme a Súmula 473 STF, não gera direito adquirido, nem constitui ato jurídico perfeito, para os fins do artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna.

Foram identificados nos presentes autos os elementos que têm sido considerados decisivos para que se dispense, excepcionalmente, o ressarcimento dos valores recebidos indevidamente por servidores, que são, cumulativamente, o erro de interpretação da entidade, a presunção de legalidade dos atos administrativos que ensejaram tais pagamentos, aliada à boa-fé dos servidores, que deve ser presumida, e ao caráter alimentar das parcelas salariais, que, de regra, não podem ser repetidas.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Hermenegildo Gonçalves - Relator, Natanael Caetano, Vasquez Cruxên, Lécio Resende, Otávio Augusto, Estevam Maia, Eduardo de Moraes Oliveira, Romão C. de Oliveira, Dácio Vieira, Getulio Pinheiro, Edson Alfredo Smaniotto, Mario Machado e Sérgio Bittencourt - Vogais, sob a presidência do Desembargador Estevam Maia, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, no mérito, conceder a segurança. Tudo por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 24 de maio de 2005.

RELATÓRIO

Adoto, de início, o relatório contido no d. parecer da Procuradoria de Justiça, fls. 185/188, *verbis*:

“Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Funcionários Integrantes da Carreira Auditoria Fiscal do Tesouro do Distrito Federal - Sinafite/DF, devidamente qualificado e representado, apontando como autoridade coatora o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Fazenda do Distrito Federal - SEF/DF e o Ilustríssimo Senhor Subsecretário de Apoio Operacional da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal - SUA-OP/SEF/DF, indicando como eventual ato ilegal a determinação de desconto em folha de pagamento dos servidores da carreira de auditoria da valores pagos a maior em indenização de transporte de uso de veículo próprio.

Aduz o Impetrante, em sua peça vestibular, que:

- 1 - A Administração determinou o desconto em folha de pagamento dos servidores representados de quantias referentes a verbas indenizatórias eventualmente pagas a maior em razão de erro exclusivo do ente público;
- 2 - Não houve apresentação de planilhas de cálculos dos valores supostamente pagos a maior;
- 3 - Ausente a participação de representante da carreira no processamento dos cálculos;
- 4 - A comunicação do desconto foi feita dias antes do pagamento, sem qualquer possibilidade de planejamento dos servidores;
- 5 - “Os filiados do impetrante em nada contribuíram para o suposto pagamento a maior;”
- 6 - Há posicionamento sumulado do TCDF (Enunciado nº 79) no sentido da dispensa da restituição por falta de interpretação de norma legal, o que teria ocorrido no fato, ante a edição das Portarias nº 329/01 e nº 468/01;
- 7 - A verba a ser descontada é de natureza alimentar, impenhorável, portanto, nos termos do artigo 5º, incisos XXXV e LIV, e 70 da Constituição Federal e 649, inciso IV, do Código de Processo Civil;
- 8 - A Lei distrital nº 3.436/04 impede o ressarcimento da indenização paga a maior (artigo 7º).

Alicerçado nessas premissas, requereu, em sede liminar, a determinação de “que as autoridades tidas por coatoras se abstenham de descontar dos proventos dos servidores do impetrante (listagem anexa - doc 15) quaisquer valores a título de restituição por pagamento indevido de indenização de transporte até o julgamento do presente *writ*”.

No mérito, pediu a concessão da segurança para afastar por definitivo o desconto do pleiteado pela Administração.

Juntou aos autos os documentos de folhas 16 a 104.

Ao conhecer do pedido liminar, o nobre Relator concedeu a cautela, nos termos do pedido (folhas 107/108).

A segunda autoridade coatora impetrada trouxe aos autos suas informações, nas quais aduz, em síntese, que a indenização pelo uso de veículo próprio foi disciplinada pela Lei Local nº 2.594/00, regulamentada pela Portaria nº 329/01. Posteriormente, a Ordem de Serviço nº 72/01 complementou a forma de cálculo, estabelecida pela Portaria. Tais Normas foram revogadas pela Portaria, alterou-se a forma de cálculo do pagamento, deixando de ser por faixa de deslocamento. Mesmo com a revogação da Portaria e da Ordem de Serviço anteriores, procedeu-se, até julho de 2003, ao pagamento como antes era previsto (faixas), sendo retificado o erro somente a partir de agosto de 2003, razão do pagamento superior.

Acrescenta, ainda, que, em face da previsão do artigo 46. da Lei nº 8.112/90, aplicável ao Distrito Federal nos precisos termos da Lei Distrital nº 197/01, promoveu-se à apuração das importâncias recebidas a maior para a devida devolução, observada a atualização pelo INPC. Depois dessas providências administrativas, foram enviados expedientes aos servidores envolvidos, informando-lhes a natureza do débito, o montante a ser descontado e o início previsto para o ressarcimento (novembro de 2003), disponibilizando-se, no setor responsável, a planilha de cálculo.

Por fim, esclareceu que não se aplica ao caso a previsão do art. 7º da Lei Distrital nº 3.436/04, uma vez que a legislação refere-se, tão-somente, a parcelas remuneratórias, enquanto que na espécie trata-se de valor indenizatório e que “o equívoco ocorrido no Diretoria de Gestão de Pessoas desta Subsecretaria de Apoio Operacional, quando do pagamento da indenização, configurou erro de procedimento e não erro de interpretação de norma”.

A primeira autoridade impetrada não respondeu ao expediente emitido.”

O Ministério Público ofertou parecer no sentido de acolher a pretensão do impetrante, concedendo a ordem mandamental.

O Distrito Federal peticionou requerendo a sua admissão no feito como litis-consorte passivo, o que foi deferido à folha 203.

É o relatório.

VOTOS

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Presentes os pressupostos processuais e condições da ação, conheço do presente *writ*.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo SINAFITE/DF - SINDICATO DOS FUNCIONÁRIOS INTEGRANTES DA CARREIRA AUDITORIA FISCAL DO TESOIRO DO DISTRITO FEDERAL contra ato reputado de ilegal praticado pelo SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL E SUBSECRETÁRIO DE APOIO OPERACIONAL.

Pretende o impetrante a concessão da segurança para que seja determinada a suspensão dos descontos nos proventos dos servidores filiados ao Sindicato (listagem - fl. 15) a título de restituição por pagamento indevido de indenização de transporte.

Verifico que as informações constantes dos autos indicam que os valores recebidos a mais indevidamente, foram percebidos de boa-fé pela servidora, em virtude de equivocadas interpretações que a instituição deu aos dispositivos legais que regulamentavam as matérias.

A questão ajusta-se ao entendimento firmado pela Súmula TCU nº 235 de que os servidores ativos e inativos, bem como os pensionistas, estão obrigados a restituir ao Erário as importâncias que lhes foram pagas indevidamente, ainda que reconhecida a boa-fé, ressalvando tão-somente os casos previstos na Súmula TCU nº 106 da Jurisprudência do mesmo Tribunal.

Recentes deliberações do Tribunal de Contas da União têm, em situações idênticas, deixado de aplicar, excepcionalmente, a referida Súmula, adotando como fundamento o princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da legalidade.

Necessário observar que este entendimento tem sido adotado pelo Tribunal em situações análogas, ante a presunção de legalidade dos atos administrativos que ensejaram tais pagamentos, aliada à boa-fé dos servidores e ao caráter alimentar das parcelas salariais (Decisão nº 046/96 Plenário - Ata nº 06/96; Decisão nº 101/96 2ª Câmara - Ata nº 14/96; Decisão nº 316/96 - Plenário - Ata 22/96; Decisão 412/97 - Plenário - Ata 27/97).

Mais evidente se mostra a boa-fé e a incidência do equívoco, quando se verifica que os referidos pagamentos já foram suspensos pela entidade.

Entendo pertinente registrar, desde já, que devem ser dispensados de ressarcimento os valores porventura indevidamente recebidos de boa-fé, em virtude das interpretações equivocadas da lei, aqui mencionadas, ante o caráter alimentar de que se revestem as parcelas salariais. Há que se ver que esse entendimento, no sentido de privilegiar o princípio da segurança jurídica, tem sido adotado pelo Tribunal de Contas da União e por essa Corte, em situações análogas, como exemplificam as seguintes deliberações e ementas: Acórdão nº 55/98 - Plenário, Decisão nº 046/96 - Plenário, Decisão nº 101/96 - 2ª Câmara, Decisão nº 316/96 - Plenário, Decisão nº 412/97 - Plenário.)

“Prestação de Contas. Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca - RJ. Exercício de 1995. Recurso de reconsideração contra acórdão que julgou as contas irregulares e aplicou multa ao responsável, com determinação para a regularização de situações pendentes constatadas na área de pessoal e o ressarcimento das quantias indevidamente percebidas pelos servidores inativos. Conhecimento. Provimento. Dispensa da devolução dos valores recebidos de boa-fé.” (TCU - Acórdão 727/2002 - Primeira Câmara, Número Interno do Documento, AC-0727-39/02-1)

“ADMINISTRATIVO - GRATIFICAÇÃO DE REGÊNCIA DE CLASSE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELA RECORRIDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR DA REMUNERAÇÃO. BOA-FÉ.

1. *Embora correta a assertiva de que o erro administrativo não gera nenhum direito em favor do servidor, como a remuneração deste tem caráter alimentar, a irrepetibilidade deve ser colocada como regra e a devolução como exceção.*

2. *A boa-fé no recebimento de valores afasta, portanto, a possibilidade de desconto automático na remuneração dos servidores, por se tratar de verba de natureza alimentar.*

3. *Negou-se provimento. Unânime.”(EIC NA APC 20000110285397, Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes, 2ª Câmara Cível, j. 11/12/2002)*

“AÇÃO ORDINÁRIA DE CONHECIMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INDEFERIMENTO - PROFESSOR - REVISÃO DE

PROVENTOS. INCORPORAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO - IMPOSSIBILIDADE. OFENSA A LEI EXPRESSA. ERRO ADMINISTRATIVO - PADRÃO REBAIXADO - POSSIBILIDADE. DESCONTOS - VENCIMENTOS - CARÁTER ALIMENTAR - RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. DEVOLUÇÃO INCABÍVEL - PROVIMENTO PARCIAL.

1 - *É perfeitamente cabível a revisão dos proventos pela administração, para adequá-los ao texto da lei.*

2 - *Ilícito é a incorporação de cargo em comissão, para efeitos de contagem do tempo de serviço exercido em função exclusiva de magistério.*

3 - *Incabível se mostra a devolução de valores recebidos a maior pelo servidor, uma vez que presente a boa-fé daquele e o erro da administração, devendo ser levado em consideração, o caráter alimentar dos proventos.*

4 - *Recurso provido em parte. Maioria.*”(APC 19980110487785, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, 5º T. Cível, j. 16/12/2002)

“APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. HOMOLOGAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA. IRREPETIBILIDADE.

1 - *Afasta-se a ocorrência de prescrição quinquenal, se à época do ato impugnado inexistia lei que fixasse limitação temporal para que a Administração pudesse rever seus atos.*

2 - *A Administração Pública tem o poder de rever seus próprios atos, quando evitados de erro ou ilegalidade, desde que seja garantido ao servidor atingido pela revisão o direito à ampla defesa.*

3 - *O caráter alimentar da verba e seu recebimento de boa-fé afastam a obrigatoriedade de sua repetição ao Erário.*

Recurso conhecido e provido.” (Apelação Cível 20020110559815APC DF, Acórdão : 198096, 4ª Turma Cível; Relator : HUMBERTO ADJUTO ULHÔA)

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. PAGAMENTO DE BENEFÍCIO A MAIOR. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. CULPA EXCLUSIVA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. MÁ ADMINISTRAÇÃO VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR.

I - EM QUE PESE SER VERDADEIRA A ASSERTIVA DE QUE TODO AQUELE QUE RECEBEU O QUE NÃO LHE ERA DEVIDO FICA OBRIGADO A RESTITUIR, NÃO SE PODE PENALIZAR O BENEFICIÁRIO DE BOA-FÉ QUE, POR MÁ ADMINISTRAÇÃO DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, SE VÊ PRESTES A RESPONDER COM PREJUÍZO DE SUA PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA PELO ILÍCITO A QUE NÃO DEU CAUSA.

II - A LEI COMPLEMENTAR Nº 109/91 NÃO PREVÊ A HIPÓTESE DE REPETIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR, INEXISTINDO, DESTARTE, NORMA LEGAL ESPECÍFICA QUE AUTORIZE A RÉ/APELANTE A PROMOVER O DESCONTO DOS BENEFÍCIOS PAGOS INDEVIDAMENTE AO AUTOR.

III - APESAR DE HAVER PREVISÃO NORMATIVA INTERNA DO ENTE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (NORMA OPERACIONAL Nº 45/91), AUTORIZANDO A PROMOÇÃO DE DESCONTOS EM FACE DE RECEBIMENTO DE IMPORTÂNCIAS INDEVIDAS, CONFORME JÁ ASSINALADO, A VERBA QUE SE PRETENDE VER RESTITUÍDA POSSUI CARÁTER ALIMENTAR, E O SEU DESCONTO TEM O CONDÃO DE CAUSAR GRAVES DANOS FINANCEIROS AO AUTOR, AUTORIZANDO DESTARTE, O AFASTAMENTO DA CITADA DISCIPLINA INTERNA.” (Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL 20030150089576APC DF, Registro do Acórdão Número : 186878, Data de Julgamento : 10/11/2003, Órgão Julgador : 1ª Turma Cível, Relator : NÍVIO GONÇALVES, Publicação no DJU: 11/03/2004)

No mesmo sentido foi o entendimento da Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES. GRATIFICAÇÃO. RECEBIMENTO INDEVIDO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO POR SUA RESPONSABILIDADE. BOA-FÉ NO RECEBIMENTO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. DESCONTO EM FOLHA. INVIABILIDADE.

Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei. Recurso desprovido.” (RESP 488905 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2002/0173037-7 Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA Órgão Julgador - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 17/08/2004 Data da Publicação, DJ 13.09.2004)

Ademais, resta considerar que tais parcelas, se indevidamente percebidas, foram pagas com base em interpretação equivocada, mas plausível, das leis. Não se trata, portanto, de deliberada intenção de burla.

Foram identificados nos presentes autos os elementos que têm sido considerados decisivos para que se dispense, excepcionalmente, o ressarcimento dos valores recebidos indevidamente por servidores, que são, cumulativamente, o erro de interpretação da entidade, a presunção de legalidade dos atos administrativos que ensejaram tais pagamentos, aliada à boa-fé dos servidores, que deve ser presumida, e ao caráter alimentar das parcelas salariais.

Desse modo, entendo ser indevida a restituição ao Erário da verba considerada paga indevidamente a apelante, não apenas pelo caráter alimentar de que esta se reveste como também por ter sido recebida de boa-fé, com presunção na legalidade do ato administrativo que determinou seu pagamento.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhor Presidente, estou de acordo com o eminente Relator.

Des. Vasquez Cruxên (Vogal) - Senhor Presidente, de acordo com o voto do eminente Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Senhor Presidente, com o eminente Relator.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênias para acompanhar o eminente Relator à consideração de que eventual equívoco determinante do ressarcimento, levado a efeito pelo órgão público, se deu pela própria Administração, caso em que a repetição não seria de se ensejar.

Assim, acompanho S. Ex.^a.

Des. Estevam Maia (Presidente e Vogal) - Senhor Presidente, sempre votei em sentido contrário.

No Superior Tribunal de Justiça é um vaivém tremendo. O STJ, nessas hipóteses, decidia que o servidor não estava obrigado a restituir. Depois mudou, dizendo que estava obrigado a restituir porque a lei determina. Agora, já está voltando ao entendimento anterior.

Ressalvando o meu ponto de vista, acompanho o eminente Relator, porque realmente a questão é confusa e a jurisprudência é incoerente.

Des. Eduardo de Moraes Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, como bem disse o eminente Desembargador Estevam Maia, a jurisprudência não é confiável. Mesmo no Tribunal de Contas da União existe até ementário que diz que o recebimento, de boa-fé, isenta o estorno. O STJ, como de todos é sabido, tem jurisprudência díspare, dependendo do caso concreto que esteja sendo julgado.

Sou muito fiel às minhas posições. Elas são claras e objetivas. Sempre votei no sentido de que o pagamento indevido obriga a sua recomposição ao erário público.

Sempre votei nesse sentido, porque, do contrário, estaria havendo enriquecimento sem causa.

É por isso que, jurando essa fidelidade, peço vênias ao eminente Relator para...

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Eminente Desembargador, Vossa Excelência me permite?

Des. Eduardo de Moraes Oliveira (Vogal) - Com prazer.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Até expus a questão, mas veja: O que estava acontecendo? Os servidores da Secretaria de Finanças - auditores, fiscais, etc. - usavam o veículo próprio para trabalhar. Evidentemente, gastavam não só combustível, como o desgaste do próprio veículo. Era isso que era indenizado.

Mas, entendeu-se que isso não era correto, numa interpretação posterior.

Des. Eduardo de Moraes Oliveira (Vogal) - Agradeço a Vossa Excelência, e os votos de Vossa Excelência são votos profundamente sábios.

Mas, como disse aos eminentes Pares, a questão é de ponto de vista. Os nossos oficiais de justiça recebem, também, igualmente, uma indenização para esse tipo de trabalho exterior. E, agora, estão buscando na Corregedoria gratificação extra.

Então, é uma realidade incontrastável com a realidade contrastável.

Peço vênias ao eminente Relator, mas, mantenho o meu ponto de vista, denegando a segurança.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Desembargador Estevam Maia que esboçou alguma dúvida e ao eminente Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira que posicionou-se firmemente em sentido contrário, para dizer que, no caso vertente, não há semelhança alguma com a hipótese de devolução daquilo que, indevidamente, fora pago. Ao contrário, havia uma promessa da Administração de pagar pelo deslocamento do veículo numa determinada modalidade - esse é que é o ponto nevrálgico da questão. A Administração prometeu, através de uma portaria lavrada pela autoridade competente, que pagaria em forma de indenização a utilização do veículo particular, na forma de transporte, ou seja como for, mas há a promessa, portanto, há uma dívida da Administração. Nesse ponto, peço vênia ao eminente Relator para dizer que, da minha parte, não confundo verba indenizatória com verba alimentar.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Mas, poderíamos cogitar da promessa em direito líquido e certo?

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Ora, mas o fato consumou-se.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Permita-me, Vossa Excelência, só mais uma ponderação?

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Pois, não.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Parece-me que não é entre pagar ou não pagar. Parece-me que a questão, com a devida vênia, não passa por esse antagonismo tão singelo.

Observamos, aqui, que a portaria guerreada não retirou o pagamento e, sim, alterou a base de cálculo do pagamento. Antes, os impetrantes receberiam por um cálculo em abstrato, a partir da faixa de deslocamento, quer dizer, prestassem o serviço ou não, receberiam aquela indenização. Acontece que essa portaria mudou e do abstrato veio para o concreto, ou seja, o ressarcimento somente seria realizado diante das despesas efetivamente realizadas. Daí a insurgência.

Esse é o ponto central.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - O que o eminente Relator está a expor, e consta do pedido, é que eles não querem devolver o que já lhes fora pago.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - O que lhes fora pago em excesso, porque eles deveriam receber a quantidade individual de deslocamento - estou lendo no relatório - e não mais por faixa de deslocamento em abstrato.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Mas, vejamos bem, a Administração pagou, com base em uma determinada portaria, e, noutro momento, baixou nova portaria. O que eles não querem é devolver aquilo que receberam.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Desembargador, o objeto da segurança é evitar a devolução daquilo que se pagou a maior, ou seja, que se pagou a maior segundo a interpretação superveniente, porque, na primeira interpretação, nas primeiras portarias, eles estavam recebendo o que lhes era devido. Depois, chegou-se à conclusão que eles estavam recebendo a maior.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Mas, também, nesse momento cessou o pagamento a maior.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Sim, cessou.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Se é assim, Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, não vejo como divergir do eminente Relator.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Se é assim, a via eleita é via imprópria, porque estaríamos discutindo questão de dívida atrasada.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Mas, o que eles estão dizendo é que a Administração não pode descontar, na folha de pagamento deles, aquilo que lhes fora pago sob a égide de determinada portaria.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Mas, para admitir ou não o desconto, Desembargador Romão C. de Oliveira, teríamos de analisar se o desconto é correto ou se eles têm direito líquido e certo.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - E é isso que estou a afirmar. O pagamento que foi feito sob a égide de determinada portaria era devido, porque a Administração havia regra de pagamento.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Desembargador Romão C. de Oliveira, essa portaria a que Vossa Excelência se refere é de 2.001, é a última, nº 468, e a anterior é a nº 329 de 2.001.

Acontece que, muito embora a Portaria n.º 468 de 2.001 alterasse a base de cálculo, estabelecendo uma quantidade individual por deslocamento, até 2.003, mesmo com essa portaria, procedeu-se ao pagamento, como constava da ordem de serviço

anterior, com base na portaria anterior. Quer dizer, por dois anos, então, pagou-se indevidamente, porque já tínhamos uma nova portaria alterando a base de cálculo. Somente foi retificado o erro a partir de agosto de 2.003, ou seja, dois anos depois da vigência da portaria.

Então, não há direito líquido e certo, com a devida vênia.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Em sendo assim, Senhor Presidente, peço vista, porque está havendo divergência entre o que o eminente Relator informa, com a devida vênia, e o que o Desembargador Edson Alfredo Smaniotto afirma.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Veja bem, em decisão monitória, eu já havia concedido a liminar. O pedido está muito claro:

“Pretende o impetrante a concessão da liminar, sem oitiva das autoridades impetradas, para determinar-lhes que se abstenham de descontar dos proventos dos servidores filiados ao sindicato quaisquer valores a título de restituição por pagamento indevido de indenização de transporte até o julgamento final...”

Então, é isso que eles querem evitar: o desconto.

Eu já havia concedido a liminar e, agora, estou concedendo a segurança para evitar o desconto em folha de pagamento.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Peço vista, Senhor Presidente.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Aguardo.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Aguardo.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, já teria até uma posição definida, mas, sempre as lições do Desembargador Romão C. de Oliveira devem ser ouvidas com muita atenção.

Aguardo.

Des. Mario Machado (Vogal) - Aguardo.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Aguardo.

DECISÃO

Após o voto do Relator concedendo a segurança, no que foi acompanhado por cinco Desembargadores, e do voto do Des. Eduardo de Moraes Oliveira denegando a ordem, pediu vista o Des. Romão Cícero de Oliveira. Os demais aguardam.

VOTO-VISTA PRELIMINAR

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor presidente, a meu aviso, em primeiro lugar, o Eg. Conselho há de estabelecer qual das autoridades apontadas como coatoras é a responsável pelo ato que rendeu azo ao presente mandado de segurança. Com efeito, consta da exordial:

“O primeiro impetrado (SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL), no exercício de suas atribuições é a autoridade gestora e responsável por toda política de pessoal das relações do servidores entre a Carreira Auditoria Tributária e o GDE, pelas diretrizes relativas ao cálculo da remuneração ou dos proventos e é quem determina ao setor subordinado e vinculado à sua pasta a efetivação de quaisquer descontos em Folha de Pagamentos dos servidores.

Por sua vez, o segundo impetrado (SUBSECRETÁRIO DE APOIO OPERACIONAL) também no exercício de suas atribuições é a autoridade responsável pelo processamento da Folha de Pagamento dos servidores da Carreira Auditoria Tributária, pelo seu gerenciamento e pelas informações que alimentam o sistema e, portanto, quem efetivamente faz cumprir a determinação do titular da pasta da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal.

Para instruir o presente *writ* faz juntada de cópia de alguns dos ofícios encaminhados aos servidores da Carreira, por determinação das referidas autoridades: Secretaria da Fazenda SEF/DF e Subsecretaria de Apoio Operacional SUAOP/SEF/GDF (doc. 06).” (fls. 05/06)

Compulsando os autos, verifica-se que as comunicações endereçadas aos filiados do impetrante dando ciência de que seria feito desconto em folha de pagamento, nos moldes do art. 46 da lei nº 8.112/90 foram subscritas pelo Chefe do Núcleo Financeiro de Pessoal Ativo/GEPAT/DIGEP/SUAP/SEF (doc. 06, fls. 93/99).

Como se vê, não se trata de ato complexo, onde, em tese duas ou mais autoridades concorram para seu aperfeiçoamento. Não!

O ato impugnado é simples e promana da Subsecretaria de Apoio Operacional. Não se tem notícia de qualquer ato concreto praticado pelo Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal.

Assim, preliminarmente, hei por bem excluir da relação processual, na qualidade de autoridade coatora, o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Fazenda Pública do Distrito Federal.

É importante ressaltar que, o entendimento deste Eg. Conselho é no sentido de que, em caso de errônea indicação da autoridade apontada como coatora, o processo há de ser extinto sem julgamento do mérito. (Súmula 21).

Contudo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem pontificado que em hipóteses que tais, o feito deve ser encaminhado ao Juízo competente para o exame da legalidade do ato praticado pela autoridade que permanece no pólo passivo da impetração. Confira-se:

“PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA.

1. Não cabe ao Judiciário corrigir os elementos da ação, de tal sorte que substitua de ofício a autoridade coatora.
2. Se na impetração são indicados mais de um coator, excluído um deles, pode o Tribunal, com a autoridade remanescente, declinar da sua competência, se for o caso, ordenando o exato encaminhamento da segurança.
3. Recurso provido em parte.” (RMS 12346/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 03.04.2001, DJ 13.08.2001 p. 84)

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EX-EMPREGADO DA CONAB. ANISTIA CONCEDIDA. READMISSÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO.

1. Ao Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento não compete determinar a readmissão de ex-empregado anistiado no Quadro de Pessoal da Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, empresa pública federal, que detém autonomia administrativa e patrimonial.

2. Competência do Superior Tribunal de Justiça que se afasta por não gozar de foro especial a autoridade impetrada remanescente.
3. Processo extinto sem exame de mérito. Autos do mandado de segurança encaminhados à Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. (MS 9015/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, julgado em 27.10.2004, DJ 29.11.2004 p. 221).

Destaco, ainda, que o Eminentíssimo Ministro Félix Fischer, tendo como presente a hipótese do art. 577 do Código de Processo Civil, deu provimento ao RMS 10142-DF, deixando assentado na r. decisão:

“Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por REGINA CASTRO DE CARVALHO, contra v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, por maioria, julgou extinto o processo sem julgamento de mérito em virtude da ilegitimidade passiva *ad causam* do Senhor Secretário de Saúde do Distrito Federal. Eis a ementa:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO ER-RÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

Se a impetrante indicou duas autoridades como coatoras, sendo que somente uma delas responde a mandado de segurança perante o Eg. Conselho Especial, a exclusão desta implica na extinção do processo sem julgamento de mérito. É o que determina o enunciado da Súmula 21, deste Tribunal.’ (folha 70).

Alega, única e exclusivamente, que “ainda que não tenha o Senhor Secretário praticado o ato, o que efetivamente afasta a competência do Conselho Especial d Tribunal, não poderia o citado órgão ter extinto o processo sem julgamento do mérito, uma vez que a decisão correta a ser tomada seria o encaminhamento ao órgão julgador competente, in casu, ao Juízo de uma das Varas da Fazenda Pública local, como tem decidido esse E. Tribunal, bem como S.T.F., na conformidade dos Acórdãos abaixo transcritos:” (fl. 87).

Colaciona, por fim, precedentes desta Corte, assim como do Excelso Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Decido.

O Recurso merece prosperar. Realmente, na linha de entendimento deste Tribunal, na hipótese de impetração de mandado de segurança contra duas ou mais autoridades coatoras, sendo declarada a ilegitimidade passiva *ad causam* de uma delas e, por conseqüência, tornando-se o Órgão julgador incompetente para a causa, determina-se a remessa dos autos ao Juízo competente ao invés de declarar o Impetrante carecedor da ação mandamental.

Eis os seguintes precedentes:

‘DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO COMMISSIONADA. PAGAMENTO A MENOR. LEIS 8.911/94, 9.421/96 E 9.527/97. ATO APONTADO ILEGAL. AUTORIDADE COATORA. MINISTRO - PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ILEGITIMIDADE. DELEGAÇÃO AO DIRETOR-GERAL. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE DELEGADA.

I - Não tem legitimidade o Ministro-Presidente do Superior Tribunal de Justiça para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que vise a coibir atos referentes a pagamento de pessoal, em face da delegação da função de ordenador de despesas ao Diretor-Geral da Secretaria. II - Tendo a impetrante apontado o Ministro-Presidente e o Diretor-Geral como autoridades coatoras, extingue-se o processo, sem julgamento de mérito, em relação àquele, remetendo-se os autos à Justiça Federal de primeiro grau.’ (MS 6633/DF - Corte Especial; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ Data:28/08/2000).

‘CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - TRANSFERÊNCIA - IMPETRAÇÃO CONTRA O SR. MINISTRO DA FAZENDA E CONTRA O SR. SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL - FUNÇÃO DELEGADA - INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE (ART. 105, I, “B”, DA CF) - REMESSA A JUSTIÇA FEDE-

RAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. 1 - O Sr. Secretário da Receita Federal, em decorrência de função delegada, nos termos do art. 87, parágrafo único, da Constituição Federal c/c art. 2º da Portaria Ministerial nº 76/96, é a autoridade competente para examinar pedido de transferência ou remoção de Auditor do Tesouro Nacional. Aplicação da Súmula 510 do Colendo Supremo Tribunal Federal. 2 - Precedente (RESp nº 86.705). 3 - Ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Ministro de Estado da Fazenda reconhecida, sendo incompetente esta Corte para o processamento e julgamento do presente mandamus (art. 105, I, “b”, da Constituição Federal). Por ter sido a impetração dirigida, também, contra o Sr. Secretário da Receita Federal, remanesce a competência da Justiça Federal de Primeira Instância para apreciação do presente remédio heróico. 4 - **Preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade ministerial acolhida para, nos termos do permissivo constitucional, determinar a remessa destes autos à uma das Varas da Justiça Federal de Primeira Instância, competente para o processamento e julgamento deste writ.** (MS 5725 / DF; Terceira Seção - Rel. Min. Jorge Scartezzini - DJ data 27.03.2000 p. 62).

‘PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EPCAR. EXAME PSICOTÉCNICO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA **AD CAUSAM**.

I - Mandado de segurança impetrado contra ato que determinou o desligamento do Curso Preparatório de Cadetes do Ar, após serem submetidos a avaliação psicológica, na qual foram considerados inaptos. Acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva **ad causam** do Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica, tendo em vista que os atos impugnados foram praticados pelo Exmo. Sr. Comandante da Escola Preparatória de Cadetes do Ar - EPCAr.

II - Conforme precedentes desta Corte, autoridade coatora é aquela que pratica o ato impugnado e detém poderes para corrigi-lo. Documento: 1665441 - Decisão - DJ: 09/03/2005
Página 2 de 3 Superior Tribunal de Justiça Processo extinto

sem julgamento de mérito em relação à autoridade sujeita à competência desta Corte, remetendo-se os autos à Justiça Federal para a apreciação do mandamus em relação às autoridades remanescentes.' (MS Nº 7.416 - **Terceira Seção, de minha relatoria**, DJ data 11/03/2002).

Diante do exposto, com arrimo no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para que seja remetido os autos ao Juízo competente para apreciação do mérito do mandado de segurança quanto à autoridade tida como coatora não excluída do feito.”

Ajunto que fui o Relator do Mandado de Segurança que originou o RMS onde foi proferida a decisão *suso* transcrita, bem assim, que, desde o julgamento dos MS nº 2002002008609-8 e 2003002000647-8, ressaltava o meu entendimento, no mesmo sentido da jurisprudência colacionada. Confira-se:

“Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO GOVERNADOR E DA SECRETÁRIA DE ESTADO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA DO DISTRITO FEDERAL. PRERROGATIVA DE FORO - INEXISTÊNCIA - EXTINÇÃO DO MANDAMUS.

Subsistindo no pólo passivo apenas o Subsecretário de Recursos Humanos da Secretaria de Estado de Gestão Administrativa do Distrito Federal, autoridade essa que não goza da prerrogativa de foro privilegiado, extingue-se a ordem impetrada, sem julgamento do mérito, ressaltado o entendimento do relator, que entende que o colegiado devia declinar de sua competência.” (MSG 2003002000647-8, Conselho Especial; Relator: DESEMBARGADOR ROMÃO C. OLIVEIRA, Registro do Acórdão Número : 177381 Data de Julgamento: 01/07/2003; publicação no DJU: 05/09/2003 Pág. : 145)

“Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO GOVERNADOR. COMANDANTE-GERAL DO CBMDF - PRERROGATIVA DE FORO - INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO MANDAMUS.

Subsistindo no pólo passivo apenas o Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, autoridade essa que não goza da prerrogativa de foro privilegiado, extingue-se a ordem impetrada, sem julgamento do mérito, ressalvado o entendimento do relator, que entende que o colegiado devia declinar de sua competência. (MS 2002002008609-8, Conselho Especial, Relator : DESEMBARGADOR ROMÃO C. OLIVEIRA, Registro do Acórdão Número : 184594, Data de Julgamento : 02/12/2003, Publicação no DJU: 21/01/2004 Pág. : 22)

Neste momento, tenho como certo que este Eg. Conselho Especial há de refletir sobre a manutenção do verbete nº 21, eis que, como restou demonstrado, encontra-se em oposição à jurisprudência dominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, preliminarmente proponho o cancelamento do verbete nº 21 da Súmula deste Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Acolhido o cancelamento do verbete ora focado, e uma vez excluído da relação processual o Exmo. Sr. Secretária de Estado de Fazenda do Distrito Federal, remanescendo o Sr. Subsecretário de Apoio Operacional, determino a remessa destes autos a uma das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal, por distribuição.

Sem o cancelamento do verbete 21, extingo o processo sem exame do mérito, ressalvando o meu ponto de vista pessoal, e fica revogada a liminar anteriormente deferida.

E é como voto.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Senhor Presidente, na assentada anterior, emiti voto no qual entendi que estavam presentes as condições da ação. Isso significa dizer que examinei o tema da ilegitimidade ativa *ad causam* ora trazida pelo eminente Desembargador Romão C. de Oliveira, e não concluí da mesma forma que S. Ex.^a.

Na hipótese, a impetração aponta como autoridades coatoras o Secretário de Fazenda do Distrito Federal e o Subsecretário. Como se sabe, é obrigação do advogado indicar corretamente a autoridade coatora. Todavia, quando se trata de ato simples, ato que não é composto nem complexo, se o advogado indica duas autoridades, obviamente uma das autoridades está indicada de forma errada. Tem-se tolerado essa postura dos senhores advogados, que também têm alguma dificuldade na eleição da autoridade coatora.

Pois bem, na hipótese, foram colocados o Senhor Secretário de Fazenda e o Subsecretário. Com essa colocação, foram expedidos os ofícios pedindo informações: um para o Senhor Secretário e outro para o Senhor Subsecretário. O Senhor Secretário

não respondeu ao ofício pedindo informações. Por que não respondeu? Penso que não respondeu porque não tivesse como responder, já que a outra hipótese seria presumir que não tivesse dado a atenção devida ao expediente da Corte. O fato é que não respondeu. Quem respondeu foi o Senhor Subsecretário e, da resposta do Senhor Subsecretário, vê-se claramente que a autoridade coatora é o Senhor Secretário.

Sempre concluí que quem tem poder de decisão é que deve ocupar o pólo passivo da ação de segurança. E o que alega o impetrante? Alega que foi praticado um ato ilegal ou abusivo por pessoa que detém autoridade. Se entendesse que o Secretário não é autoridade com legitimidade para ocupar o pólo passivo, seria o Senhor Subsecretário quem iria descumprir o que determinou o Secretário, porque o Secretário emitiu duas portarias: a primeira, mandando indenizar os impetrantes por faixa de deslocamento; e a segunda, considerando que era por quantidade individual. Ele mesmo editou duas portarias. Poder-se-ia até dizer que elas são suficientes para se determinar o desconto na folha de pagamento, porque foi isso que foi feito. Depois de um largo período, determinou-se o desconto na folha de pagamento dos impetrantes, da quantia que fora paga segundo a primeira portaria. Então, a primeira portaria estabeleceu um critério, e pagou-se, segundo esse critério, durante um período. Depois veio uma segunda portaria e estabeleceu um novo critério, revogando a primeira, e aí restou uma quantia a ser descontada na folha de pagamento dos impetrantes.

Não tenho qualquer dúvida de que foi o Senhor Secretário quem editou a portaria, porque está aqui, assinada por ele. Também não se trata de norma em tese, não. Essa norma mais que possui efeitos concretos.

Vou ler alguns itens das informações para que a Corte tenha a exata medida do que ocorreu no que tange à atuação do Senhor Secretário nessa matéria.

A primeira Portaria é a de número 329, de 29 de junho de 2001. Ela foi revogada pela Portaria 468, de 2001, que trouxe, dentre outras alterações, a forma de cálculo para pagamento da referida indenização, deixando de ser por faixa de deslocamento e passando a ser calculada por quantidade individual de deslocamento.

“Item 6: Apesar da revogação da legislação anterior, que definia o pagamento da indenização por faixa de deslocamento, por um equívoco continuou sendo processado o respectivo pagamento de tal forma, com fundamento na legislação revogada, até julho de 2003, sendo a indenização paga com base na legislação correta apenas a partir de agosto de 2003, sendo gerados os pagamentos irregulares aos servidores em valores superiores aos devidos.

Item 7: De tal fato, e considerando o previsto no art.46 da Lei nº 8.112, de 1990, aplicável ao Distrito Federal por força da Lei nº 197, a diretoria de gestão de pessoas dessa subsecretaria promo-

veu o levantamento das importâncias percebidas a maior pelos servidores a fim de que fossem procedidas as respectivas devoluções ao erário.

Item 8: Os levantamentos acima mencionados redundaram em planilha de cálculos individuais para cada servidor abrangido pela citada indenização, cálculos esses cuja correção dos valores foi efetuada com base no INPC, na forma da legislação vigente.

Item 9: Concluídos os cálculos, foram expedidas cartas aos respectivos servidores comunicando a natureza do débito que seria efetuado em suas remunerações, o montante das devoluções ao erário, bem como o início dos débitos a partir da folha de pagamento relativa ao mês de novembro de 2003, sendo informado ainda que quaisquer esclarecimentos poderiam ser obtidos diretamente junto ao setor responsável, no qual seriam disponibilizadas as planilhas detalhadas demonstrando os cálculos efetuados.

Item 10: Embora tenha sido informado de que os descontos seriam iniciados a partir da folha de pagamento de novembro de 2003, tal fato não ocorreu em virtude de solicitação dirigida ao Senhor Secretário de Fazenda, formulada oficialmente pelo sindicato impetrante da presente ação, o SINAFITE, ficando sobrestada a respectiva devolução até que fosse procedida a análise acurada por parte desta pasta.”

Vejam os Senhores que, mesmo depois da portaria revogadora, o sindicato pleiteou junto ao Senhor Secretário que não fizesse o desconto, e ele atendeu. Ele sustou os descontos por um largo período.

“Item 11: Ainda somada à solicitação acima, a Subsecretaria de Receita, órgão da Secretaria de Fazenda onde se encontram lotados e em exercício os servidores, questionou a aplicação do índice de atualização de valores pela diretoria de gestão, qual seja o INPC, redundando em consulta formulada à Procuradoria-Geral do Distrito Federal, a qual, em sua resposta, em junho de 2004, concluiu pela utilização do referido índice de atualização. Após tal pronunciamento daquela Casa, o processo foi encaminhado à Subsecretaria para ciência da manifestação, retornando à Diretoria de Gestão. Diante disso, novamente foram expedidas cartas aos servidores com vistas a cientificá-los dos descontos que seriam processados a partir da folha de outubro de 2004.”

Creio que isso já é suficiente, a meu juízo, para demonstrar que o Senhor Secretário de Fazenda esteve sempre na decisão dessa matéria, e, se ela for ilegal ou abusiva, o ato será de responsabilidade dele.

Quero lembrar aos eminentes Pares que não concluí, evidentemente, pela afirmação de que se trata de ato ilegal ou abusivo. Apenas e tão-somente considerei a hipótese dada a boa-fé dos servidores; dada a circunstância de que o que receberam o foi por verba que é considerada alimentar; que o ato administrativo que determinou o pagamento tem presunção de legitimidade, assim como aquele que determinou a revogação; e que tudo resultou de um erro de interpretação da autoridade administrativa. Por isso concedi a segurança, para não determinar os descontos, já que, se tivesse determinado, teria determinado que verba alimentar pode ser repetida.

Foram essas as razões pelas quais concedi a segurança e pelas quais afastei a pretendida ilegitimidade, que nunca foi argüida nos autos, mas sei perfeitamente que o eminente Desembargador Romão C. de Oliveira poderia fazê-lo, já que se trata de matéria de ordem pública.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, necessito complementar o voto de preliminar, porque terminou o eminente Relator sustentando o seu voto com temas que estariam reservados para outros instantes.

Quero frisar que em nenhum momento se discute as duas portarias. A primeira portaria foi revogada pela segunda, e o sindicato reconhece essa revogação. Decorrido um lapso temporal, após a vigência da segunda portaria, é que veio o ato do Senhor Subsecretário, mandando descontar em folha aquilo que estava sendo pago a maior em razão da segunda portaria. Até aí não há nenhum ato do Secretário, impugnado. Não se fazem impugnações às portarias. As portarias são válidas e eficazes para o impetrante. Esse ato de devolver é que é impugnado, e não consta dos autos nenhuma decisão do Senhor Secretário. Existe essa notícia de que fizeram uma petição que foi ao Secretário, foi ao Procurador e voltou, dando o roteiro de como fazer a cobrança; mas o ato continua sendo do Subsecretário.

Assim, não vislumbrei, com a devida vênia, nenhum ato do Secretário. Duas portarias, sim, mas não impugnadas. O ato do Subsecretário, esse sim, é claro e visível, porque assinado por um de seus subordinados, um chefe de setor da subsecretaria, em papel timbrado. Não é o Subsecretário quem assina, é o chefe do setor que faz a comunicação.

Mantenho, portanto, Senhor Presidente, a preliminar, porque entendo que não está visível ato nenhum do Senhor Secretário de Estado.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Senhor Presidente, pensei que tivesse dito que os descontos foram efetivados em virtude da portaria assinada pelo Senhor Secretário.

A primeira portaria fixou um critério; se não tivesse surgido a segunda, que revogou a primeira, não haveria nada para devolver.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - E se tivesse aplicado imediatamente a segunda, também não haveria nada para devolver e nem para reclamar. O que se reclama é entre a data da portaria e a data em que se começou a aplicar a segunda portaria.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Mas quem editou a segunda portaria foi igualmente o Secretário. Foi por causa desse ato dele que foi necessário fazer o desconto.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Os impetrantes não se insurgem contra a segunda portaria.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Eles se insurgem contra a consequência dela.

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Não é a consequência dela, é a consequência da omissão do administrador que não aplicou a segunda portaria.

Des. Hermenegildo Gonçalves (Relator) - Senhor Presidente, uma coisa é ato de decisão, outra coisa é ato de gestão. Além disso, li *ipsis literis* os termos das informações nas quais a questão é colocada para o Secretário e ele até susta os descontos. Ele estava inteiramente envolvido nisso, não tenho a menor dúvida.

Rejeito a preliminar.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao Desembargador Romão C. de Oliveira, mas acompanho o voto do eminente Relator, rejeitando a preliminar, pelas características e pelas nuances todas que comportam os atos que redundaram, finalmente, no ato que ensejou a impetração. Penso que se não tivesse havido o ato do Secretário não teria surgido este mandado de segurança.

Des. Vasquez Cruxên (Vogal) - Senhor Presidente, também rejeito a preliminar, pedindo vênia ao eminente Desembargador Romão C. de Oliveira.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Senhor Presidente, também peço vênia ao eminente Desembargador Romão C. de Oliveira para acompanhar o eminente Relator.

Ambas as portarias são atos administrativos de efeitos concretos. E há uma outra questão que, penso, não seria útil sua discussão neste momento, porque ensinaria, inclu-

sive, o eventual cancelamento de súmula editada por este egrégio Tribunal, a Súmula n.º 21, colocada em confronto com recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, até mesmo monocráticas, como salientou o Desembargador Romão C. de Oliveira.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Senhor Presidente, não se está a dispor sobre a legalidade ou a legitimidade das portarias produzidas por ato do Senhor Secretário da Fazenda. A questão remonta ao fato de que, na portaria que determinou nova forma de indenização pelo uso de veículos de transporte, houve omissão da Administração no que concerne à essa nova forma de indenização.

Os levantamentos que decorreram da aplicação correta da segunda portaria foram determinados pela Subsecretaria de Fazenda, ao que consta, inclusive, pela Diretoria de Gestão da Subsecretaria de Fazenda.

Há informes do eminente Relator no sentido de que, após a comunicação dos levantamentos e da conseqüente determinação de reposição dos valores recebidos a maior, o sindicato impetrante teria solicitado a revisão, mediante formulação expressa ao Senhor Secretário de Fazenda que teria suspenso o ato. Ainda que tenha presente a eventual suspensão, o fato é que, pelas informações prestadas, houve audiência da douta Procuradoria-Geral do Distrito Federal que concluiu pela legitimidade da proposição, manifestou-se favoravelmente à repetição daqueles valores por parte dos servidores, sendo que, mais uma vez, por intermédio da Subsecretaria, pela sua Diretoria de Gestão, determinou-se a respectiva recomposição.

De sorte que, diante das informações produzidas tão-somente pelo Senhor Subsecretário, verifica-se a ausência de qualquer ato concreto praticado pelo titular da pasta, Secretário de Fazenda, com vistas à mencionada reposição, que se restringiu tão-somente, quanto à sua efetividade, à Subsecretaria.

Ora, o Diretor de Gestão, em face de seus atos, não tem assento neste egrégio sodalício, que concerne ao Conselho Especial. Daí por que, pedindo vênias ao eminente Relator, em relação à preliminar, não obstante já tenha enfrentado o mérito, vou acolher a arguição para julgar extinto o processo, nos termos do que este Tribunal já sumulou, consoante verbete esculpido em sua Súmula n.º 21, da jurisprudência dominante que está em vigor e, eventualmente, poderá ser revista, consoante disposições e regramentos postos em nosso Regimento Interno que, no aspecto, rememoram ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Com estas breves considerações, a conclusão é pela extinção do processo sem julgamento de mérito.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Senhor Presidente, peço a máxima vênias à divergência, em sede de preliminar, por entender que, em último caso, haveria um ato complexo, estando concorrente um ato de gestão, um ato de decisão, do Sr. Secretário.

Com essas breves considerações, acompanho o eminente Relator.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, pelo que pude ouvir dos debates, o impetrante não se insurge contra ato do Secretário, materializado em portaria, mas contra quem deixou de executar o que nela se contém. Com isso, os representados receberam indenização a maior. O impetrante, pelo que entendi, está a se insurgir contra o desconto que foi determinado, uma vez verificado que a segunda portaria do Senhor Secretário não fora cumprida com exatidão. Logo, não vejo, no caso, ato algum do Secretário.

Por isso, peço vênia aos que entenderam de modo diverso, para acompanhar a preliminar suscitada pelo Desembargador Romão C. de Oliveira.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, duas foram as portarias: a primeira estabelecia verba indenizatória pelo uso de veículo próprio, levando em conta a faixa de deslocamento, ou seja, um cálculo que era feito em abstrato; a segunda portaria alterou o critério, estabelecendo que a indenização se daria por quantidade individual de deslocamento, ou seja, a indenização far-se-ia segundo um critério concreto de despesa efetiva.

Poderia muito bem o sindicato impetrante ter se voltado contra a segunda portaria, alegando ter direito líquido e certo na manutenção do critério de indenização por faixa de deslocamento. Aí, sim, o ato seria do Senhor Secretário. Todavia, o que se permite concluir da leitura da inicial do mandado de segurança, é que não há nenhuma insurgência contra a portaria, nem contra os seus efeitos reflexos. A insurgência que se estabelece decorre do fato de que, mesmo com a segunda portaria, o pagamento de 2001 até julho de 2003 continuou sendo por faixa de deslocamento, ou seja, nos termos estabelecidos na primeira portaria. Quando em agosto de 2003 a Administração Pública resolveu dar cumprimento à portaria - que, repito, não mereceu a insurgência do impetrante -, passou a fazer os descontos devidos, porque durante um longo período o pagamento teria se procedido a maior. Portanto, a *causa petende* e o pedido são diversos daqueles, com a devida vênia, constantes no douto voto do eminente Relator.

Veja o que pede o impetrante em sua peça vestibular - está aqui no relatório: “A Administração determinou o desconto em folha de pagamento, dos servidores representados, de quantias referentes a verbas indenizatórias eventualmente pagas a maior, em razão de erro exclusivo do ente público.” Então, o erro é exclusivamente no cálculo, e não na elaboração da portaria.

Segunda reclamação: esse desconto foi feito sem planilhas de cálculos. Terceira reclamação: ausente a participação de representantes da carreira no processamento dos cálculos. Vejam que não há nenhuma insurgência contra a portaria, mas tão-somente quanto ao valor que se pretende descontar por erro no lançamento.

A quinta reclamação, então, é de clareza solar: “Os filiados do impetrante em nada contribuíram para o suposto pagamento a maior”. Eles não reclamam da mudança

de critério contido na segunda portaria, o que eles reclamam é que houve um pagamento a maior e os filiados do impetrante em nada teriam contribuído, daí por que querem que o desconto não seja mais realizado, exatamente pela questão da boa-fé, natureza alimentar da verba etc.

Por essa razão, Senhor Presidente, forçoso é convir que não há nenhum ato do Senhor Secretário inquinado neste momento. Não se discute aqui a ofensa a direito líquido e certo por conta da segunda portaria. O que se discute é apenas a forma, em tese, incorreta dos cálculos; e os cálculos foram feitos, claro, pela segunda autoridade apontada como sendo o Senhor Subsecretário de Apoio Operacional da Secretaria de Fazenda. O Senhor Secretário não fez cálculo algum, apenas fez as portarias que não merecem, na impetração, nenhuma insurgência do sindicato.

Assim, peço vênua para acolher a preliminar, acompanhando, às inteiras, o douto voto do eminente Desembargador Romão C. de Oliveira.

A conclusão de S. Ex.^a é no sentido de que deveria haver uma proposta de alteração da súmula, isso se houver aquiescência dos eminentes Pares, mas, por ora, enquanto isso não acontecer, estou votando no rumo da súmula e julgando extinto o processo, como fez o Desembargador Otávio Augusto.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, pelo que aferi do debate, quem detém o poder de decisão para solução da questão é o Senhor Secretário; assim, autoridade coatora.

Por isso, rogo vênua às doudas vozes divergentes e acompanho o eminente Relator, rejeitando a preliminar.

MÉRITO

Des. Romão C. de Oliveira (Vogal) - Senhor Presidente, pedi vista dos autos a fim de analisá-lo de forma mais detalhada, em face da controvérsia que a matéria tem suscitado.

Com efeito, trata-se de mandado de segurança onde o impetrante pede que as autoridades apontadas coatoras se abstenham de descontar quaisquer valores dos proventos dos servidores representados pelo impetrante, à título de restituição por pagamento indevido de indenização de transporte.

Ninguém ignora que o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza e na forma como autoriza. No caso vertente, o pagamento da indenização de transporte foi instituído pela Lei nº 2.594/2000 e regulamentado através da Portaria nº 329 de 29/06/2001 que, por sua vez, foi revogada pela Portaria 468 de 25/09/2001. Daí, segundo alega o impetrante, tais alterações geraram dúvidas quanto à forma correta para o pagamento devido aos servidores.

Ocorre, porém, que a aludida Portaria revogadora - 468/01 -, alterou a base de cálculo a ser observada estabelecendo que o pagamento não mais seria por critérios de agrupamento por faixa de saídas diárias, mas sim pela quantidade de deslocamentos.

A indenização continuou a ser paga, por aproximadamente dois anos, nos moldes fixados pela Portaria revogada. Contudo, a toda evidência, de falha ou conflito na interpretação de norma não se cuidou, eis que uma vez suprimida do mundo jurídico, não mais poderia gerar qualquer efeito, quanto mais dúvidas sobre sua aplicação.

Portanto, nenhuma regra existia autorizando o pagamento pelos critérios anteriores.

Noutro giro, alega o impetrante:

“(...) se devidos fossem os valores, a própria Administração, pela interpretação equivocada da norma que regulamenta o pagamento da referida indenização de transporte, não poderia cobrar pelo ressarcimento pois encontra-se impedida por dispositivo legal previsto na Lei Distrital recém aprovada Nº 3.436, de 09 de setembro de 2004 (doc. 14), que assim estabelece, ‘*verbis*’:

‘Art. 7º Ficam convalidados todos os pagamentos de quaisquer parcelas remuneratórias feitos aos servidores da Carreira de Auditoria Tributária do Distrito Federal anteriormente ao início dos efeitos financeiros desta Lei.’ (grifamos)

Ora, a Lei colacionada pelo impetrante dispõe sobre a reestruturação das tabelas remuneratórias dos cargos da Carreira de Auditoria Tributária do Quadro de Pessoal do Distrito Federal. Já, a matéria discutida no presente mandado de segurança refere-se à verba de natureza indenizatória devida pela Administração. Destarte, não vislumbro a aplicabilidade da norma ao caso em análise.

Cumpra perquirir acerca da natureza da verba em questão, que, a meu alvitre, rogando *venia* ao Em. Des. Relator, caracteriza-se, às escancaras, como sendo de natureza indenizatória, eis que não resultam em acréscimos patrimoniais mas, tão-somente, em recomposições do patrimônio dos servidores que foi desfalcado pela utilização de seus veículos particulares no exercício das suas funções como agentes estatais.

No caso vertente, não se discute a alegada boa-fé dos servidores. A Administração avoca para si a culpa pelo pagamento indevido. Se assim é verdade, devia apenas comunicar com antecedência, como o fez, de que ocorrera o erro, quanto ao pagamento efetuado.

Noutra oportunidade, enfrentando tema análogo, assentei em meu voto que os princípios da moralidade e da legalidade estrita que adjetivam os atos administrativos

não permitem que haja enriquecimento sem causa do servidor e, se houver recebimento de quantias indevidas, ainda que de boa-fé, a reposição integral se impõe, com a observância do disposto no artigo 46 da Lei 8.112/90.

O eminente Desembargador Jair Soares, apreciando hipótese assemelhada, adotou o seguinte entendimento:

“Ainda que receba de boa-fé, o servidor, ou qualquer outra pessoa, deverá devolver aquilo que recebeu indevidamente.

É o que dispõe o art. 964 do Cód. Civil, “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”.

O pagamento indevido, na lição de Clóvis, em comentários a esse artigo, “é uma das formas de enriquecimento ilegítimo, contra a qual o direito romano armava o prejudicado de ações *stricti juris*, denominadas *condictiones sine causa*. Entre essas *condictiones* havia a *condictione indebiti*, o direito de exigir o que se pagasse indevidamente” (Clóvis Bevilacqua, Código Civil Comentado, edição histórica, 7ª tiragem, Editora Rio, Vol. II, p. 99).

E não há que se falar em direito adquirido. Ato administrativo eivado de vício, porque ilegal, não gera direitos, podendo a Administração anulá-lo.

A propósito, a súmula 473 do STF, que transcrevo:

‘A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.’”

O eminente Desembargador Edson A. Smaniotto também já adotou posição firme julgando caso assemelhado. Confira-se:

“... o erro administrativo não gera em favor do servidor nenhum direito líquido ou certo na retenção ou assenhoreamento do *plus* recebido equivocadamente. A rigor, diante da conduta ilibada que as normas exigem do funcionário público, seria de mister que ele mesmo se apressasse em restituir o que jamais lhe pertenceu, evitando permanecer na fronteira da apropriação indébita.

Os princípios da moralidade e da legalidade estrita que adjetivam os atos administrativos não permitem que haja enriquecimento

sem causa do servidor e, se houve recebimento de quantias indevidas, ainda que de questionável boa-fé, a devolução integral se impõe cumprir, com a observância do disposto no artigo 46, da Lei 8.112/90, que assim dispõe:

‘As reposições e indenizações ao erário serão descontadas em parcelas mensais não excedentes à 10^a (décima) parte da remuneração ou provento, em valores atualizados.’

O erro administrativo, cuja revisão pode vir a se operar a qualquer tempo, não gera direito adquirido, nem constitui ato jurídico perfeito, para os fins do artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna.”

Destarte, com todas as *venias* pedidas, hei por bem manter-me firme nesta trincheira do Direito. É que, a meu juízo, quando a lei se refere a reposições ao erário, está apontando para o servidor de boa-fé. Quando se refere à indenização, a lei aponta para o servidor que, em razão do cargo, causou algum dano à Administração, inclusive, recebimento de valores de má-fé. Receber alguma coisa sabendo que não lhe pertence chega às raias de figura tipificada pelo Código Penal. E, se praticado por servidor contra a Administração, mostra-se como ilícito administrativo da maior gravidade, considerando-se como presente o dever de o servidor ser leal, principalmente para com o Estado.

Em assim sendo, não vislumbro direito líquido e certo a proteger a pretensão do impetrante.

Com essas considerações, peço vênia ao eminente Relator e a tantos quanto adotaram o seu erudito voto, e assim fazendo, acompanho a divergência aberta com o voto do eminente Des. Eduardo Morais Oliveira, denegando a segurança.

E é como voto.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Acompanho o eminente Relator.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, com a devida vênia do eminente Relator e aos que o acompanham, denego a segurança, tendo em vista que não se trata de verba alimentar, mas, sim, indenizatória.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, também comungo do entendimento de que os valores atinentes à utilização de veículo próprio gera verba indenizatória e não remuneratória ou alimentar. Nesse sentido, dois critérios poderiam ser adotados pela Administração: o primeiro, por estimativa, levando em conta a faixa

de deslocamento do veículo; o segundo, levando-se em conta o efetivamente despendido em caso concreto, considerando a quantidade individual de deslocamento.

A Administração, a certa altura, resolveu alterar o sistema, adotando a forma de indenização mais correta que entendeu, levando-se em conta a quantidade individual de deslocamento, ou seja, o dado concreto e não o valor estimado. Nesse sentido não há de se cogitar acerca de qualquer lesão de direito líquido e certo dos filiados do impetrante.

Acompanho, portanto, pedindo vênia, a douda divergência que se formou a partir do eminente Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira, denegando a ordem.

Des. Mario Machado (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, pedindo vênia à divergência.

DECISÃO

Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada, no mérito, concedeu-se a segurança. Tudo por maioria.

— • —

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2002071001316-9

Recorrentes - Ministério Público do DF e Territórios, Assistente de Acusação e D.M.C.

Recorridos - Os mesmos

Relator - Des. Edson Alfredo Smaniotto

Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL. CIRURGIA PLÁSTICA. HOMICÍDIO POR DOLO EVENTUAL. PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. QUESTÕES CONTROVERTIDAS. IMPROVIMENTO. CORRETA CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO HOMICÍDIO RESULTANTE DE OMISSÃO RELEVANTE. PROVIMENTO PARCIAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEANDO A MANUTENÇÃO DAS QUALIFICADORAS ARROLADAS NA DENÚNCIA. COMPATIBILIDADE, EM TESE, COM O DOLO EVENTUAL. PROVIMENTO. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO COM PRETENSÃO SEMELHANTE À DO MP. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se toda a matéria posta no recurso da defesa mostra-se controvertida, cabe ao Tribunal do Júri, segundo sua competência constitucional, decidi-las, não sendo lícito, na fase do *judicium accusationis*, a absolvição sumária ou a desclassificação para homicídio culposo, sob pena de invadir-se a competência do Juízo Natural dos crimes dolosos contra a vida.

2. A omissão do médico no pós-operatório encontra classificação jurídica, em tese, nas alíneas “b” e “c” do parágrafo 2º do art. 13 do Código Penal, nunca na alínea “a”, visto que não se obriga a evitar o resultado *em virtude de lei*.

3. O dolo eventual pode coexistir com as qualificadoras de motivo torpe e do emprego de meio que impossibilita a defesa da vítima, pois nada impede que o agente, médico, embora prevendo o resultado e assumindo o risco de levar seus pacientes à morte, pratique a conduta impelido por cupidez exacerbada, evidenciando a ignomínia, torpeza, bem como usando de meio que dificulte a

defesa dos ofendidos, ao ocultar deliberadamente a sua inabilitação temporária para a atividade da medicina

4. O recurso do assistente da acusação é sempre supletivo, não se conhecendo deste, conforme precedentes do STJ, se o MP recorreu, manejando pretensão que engloba o pedido posto no recurso do assistente.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Edson Alfredo Smaniotto - Relator, Lecir Manoel da Luz, Sérgio Rocha - Vogais, sob a presidência do Desembargador Mario Machado, em não conhecer do recurso do assistente de acusação e conhecer dos recursos do Ministério Público e de D. M. C., à unanimidade. Dar provimento parcial ao recurso de D.M.C.. Dar provimento ao recurso do ministério público, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília-DF, 02 de junho de 2005.

EXPOSIÇÃO

Adoto inicialmente o relatório da Procuradoria de Justiça (fls. 2387/2392), cujo teor é o seguinte:

“D.M.C., médico, foi denunciado pela prática de dois homicídios praticados com dolo eventual, em razão de cirurgia plástica realizada nas vítimas G.M.O. e A.M. de S., crimes estes qualificados por motivo torpe e por ter o réu agido de modo a impossibilitar a defesa das vítimas. Foi denunciado, também, por exercício ilegal da medicina. As imputações encontram-se capituladas no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, por duas vezes e no artigo 282, parágrafo único, todos do CPB.

Ao proferir a sentença de pronúncia [fls. 2201/2236], a ilustre magistrada afastou as qualificadoras, acolhendo a tese de homicídio simples, tendo pronunciado o réu, também, pela prática de exercício ilegal da medicina.

Inconformados, recorrem o Ministério Público (fls. 2239); o assistente (fls. 2245) e o réu (fls. 2248).

O Ministério Público e o assistente requerem a reforma da decisão para que sejam admitidas as qualificadoras capituladas na

denúncia. O réu deseja a sua ‘absolvição’ ou a desclassificação dos delitos para sua forma culposa.

Os recursos foram devidamente contra-arrazoados.

Em despacho exarado às fls. 2385, o i. magistrado manteve a decisão recorrida.”

Esclareço que a conclusão do parecer foi pelo conhecimento dos recursos interpostos pelo réu e pelo Ministério Público, provendo-se apenas este último, e pelo não-conhecimento do recurso interposto pelo Assistente de Acusação.

É o relato do essencial.

VOTOS

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Relator) - Conheço dos recursos, com exceção do que foi interposto pelo Assistente da Acusação.

Com efeito, conforme lembrou o Procurador de Justiça *“o recurso do assistente não merece conhecimento porquanto sua atuação é meramente supletiva, podendo recorrer apenas quando não o faz o Órgão do Ministério Público. No caso concreto houve amplo recurso do MP.”*

De fato, os artigos 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal deixam claro que o Assistente de Acusação somente tem legitimidade para recorrer se o Ministério Público não o fizer, com atuação supletiva, e apenas nos casos de impronúncia, absolvição sumária ou extinção da punibilidade. É nesse sentido a jurisprudência do STJ (v.g., RESP 326028, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 16.02.2004 p. 286).

Por fim, a pretensão do Assistente da Acusação está contida nas razões do recurso ministerial, de sorte que o não conhecimento desse recurso nenhum prejuízo acarreta.

Peço destaque, pois, para não conhecer do recurso interposto pelo Assistente da Acusação.

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

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

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Relator) - Consoante a r. decisão de fls. 2201/2236, D.M.C. foi pronunciado por dois homicídios cometidos mediante dolo eventual contra as vítimas G.M.O. e A.M. de S., e por exercício ilegal da medicina - art. 121, *caput* (duas vezes), c/c art. 13, parágrafo 2º, alíneas “a”, “b” e “c” (relativamente à vítima G.M.O.) e art. 282, parágrafo único, combinados entre si com o art. 69, todos do Código Penal.

Após historiar os antecedentes do réu em procedimentos médicos levados a efeito na cidade de Goiânia-GO, de que resultaram três mortes e vinte e nove lesões corporais graves (ali chamadas mutilações gravíssimas), narrou a denúncia que o Doutor M.C. pactuou com o Ministério Público daquele estado um “termo de compromisso e ajustamento de conduta”, pelo qual assumiu a obrigação de abster-se temporariamente de suas atividades profissionais relacionadas à cirurgia plástica até que os CRM-GO e o CFM julgassem os casos ocorridos.

Nada obstante, descumprindo o compromisso assumido, antes do termo ali pactuado, o réu se transferiu para o Distrito Federal, onde passou a exercer ilegalmente a medicina, já que sem obter o necessário visto do CRM-DF realizou cirurgias plásticas nesta unidade da Federação.

Assim, no dia 08/01/02, nas dependências do Hospital Santa Marta, em Taguatinga-DF, realizou cirurgia plástica (lipoaspiração) na paciente G.M.O., que teve complicações no pós-operatório, vindo ao óbito no dia 14/02/02, sendo que o réu, nesse ínterim, se omitiu do dever de socorrê-la.

Também no dia 29/01/02, no Hospital Anchieta, em Taguatinga-DF, o réu, assumindo conscientemente o risco de produzir os mesmos resultados anteriores, em outra cirurgia plástica realizada na paciente A.M. de S., perfurou com uma cânula de lipoaspiração o gradil esquerdo da vítima, atingindo vasos no mediastino pósterosuperior, lesão esta que causou a morte de A. naquele mesmo dia.

Passo ao exame dos recursos, começando pelo da defesa, em razão de seu caráter de prejudicialidade.

I - RECURSO DE D.M.C.

Em síntese, alega a defesa que o réu não cometeu qualquer crime, mas simplesmente praticou ato médico, visto que estava no pleno exercício de sua atividade profissional; que as mortes não podem ser atribuídas ao acusado, já que G. faleceu de infecção hospitalar e A. de embolia gordurosa; que o MPMGO não tinha poderes para impedi-lo de exercer a sua profissão, sendo que o termo de compromisso assumido estava eivado de vícios, e, no máximo, poderia gerar efeitos indenizatórios na esfera cível; que avisava suas pacientes sobre os riscos da cirurgia, mencionando inclusive os casos ocorridos em Goiânia; que quanto à vítima G., nunca deixou de prestar a assistência devida, não tendo havido ação criminosa durante a cirurgia nem omissão no pós-operatório; que não há nexo de causalidade, já que G. morreu em virtude de infecção hospitalar adquirida no hospital Santa Helena, onde se internou após a cirurgia; que, quanto à vítima A., as provas demonstram que ocorreu uma embolia gordurosa, e não um rompimento de vasos do mediastino pelo uso da cânula de lipoaspiração, sendo que o laudo pericial, neste particular, é puramente hipotético; que o fato de atuar em Brasília, sem o visto do CRM local poderia ser considerado, na pior hipótese,

infração administrativa, mas nunca exercício ilegal da medicina; que no caso de morte advinda de ato médico, somente seria lícito falar em culpa, nunca em dolo eventual. No mais, alega que a MMª Juíza apreciou mal o conjunto probatório, devendo o réu, por conseguinte, ser absolvido sumariamente ou ter a conduta desclassificada para homicídio culposo.

Em que pese a inegável competência e ingente dedicação do ilustre advogado de defesa, cuido que a pronúncia há de ser mantida, admitida uma pequena modificação, conforme adiante se verá.

Com efeito, todas as questões postas pelo ilustre advogado de defesa, inclusive aquelas respeitantes ao elemento subjetivo do réu, são controversas, manifestando-se como verdadeiras *vexata quaestio*, e somente podem ser elucidadas pelo Tribunal Popular do Júri.

A sentença recorrida muito recomenda a sua prolatora, a Doutora Lílian Bastos de Paula, pois demonstra, a par de grande erudição, um aprofundado exame das árduas questões controvertidas nestes autos, surgindo daí uma decisão sabiamente ponderada, apoiada na mais autorizada doutrina e jurisprudência pátrias.

Peço vênia, pois, para invocar os doutos suprimentos monocráticos, os quais tenho como invencíveis, ao menos nessa fase em que se analisa a admissibilidade da acusação:

“A materialidade de crime (em tese) de homicídio está devida e indubitavelmente comprovada através de laudo científico de folhas 26/30 e 887 - em relação à vítima A.M. de S; - e folhas 902/9021 e 1819/21 - em relação à vítima G.M.O..

(...).

O documento que o acusado juntou para atestar que era especialista em medicina estética foi considerado falso.

O acusado, ao assinar o Termo de Ajustamento de Conduta (fl. 792), reconheceu a necessidade de se ajustar profissionalmente. Reconheceu a comoção social criada pela divulgação de diversos casos de pacientes que operou, questionando a qualidade de seus serviços e atribuindo os resultados não esperados, inclusive a morte de alguns pacientes a possíveis erros de procedimento de sua parte.

(...).

Pesava contra ele várias reclamações de erro médico. Ele deveria se abster e se especializar, repensar sua conduta, procurar identificar as causas de seus erros, aprimorar sua técnica.

O réu descumpriu intencional e deliberadamente o termo de ajustamento de conduta ao passar a realizar cirurgias em local diverso daquele em que se processava a apuração das denúncias de irregularidades.

(...).

O réu sabia de suas imperfeições e mesmo assim manteve-se indiferente aos resultados não se importando que eles viessem a ocorrer ou confiou levemente que outros resultados desastrosos não ocorreriam. Não procurou se aperfeiçoar e retardou os cuidados no pós-operatório, mostrando descaso para com as conseqüências de seus atos, assumindo conscientemente o risco de produzir os resultados (morte dos pacientes)”.

Faço aqui uma pausa para ponderar, com a devida vênia, que talvez não devesse a douta Juíza lançar mão no r. decisório de afirmação tão categórica acerca do elemento subjetivo que moveu a conduta do acusado, em se tratando de fase ainda pronuncial, que se volta singelamente, repita-se, para a admissibilidade da tese da acusação. Todavia, eventual excesso de linguagem, ainda que presente, não invalida a r. decisão, na medida em que a conclusão seria, de qualquer modo, a de sujeição do réu ao veredicto popular.

Prossigo, pois, com a transcrição de trechos da r. sentença recorrida:

“O nexos de causalidade - relação entre a conduta do réu e o resultado danoso - resta comprovado, no caso de G., por não ter o acusado dado ouvido às queixas por ela apresentadas e não ter cumprido o dever de acompanhá-la no pós-operatório.

(...).

... para a responsabilidade penal, deve-se verificar se com a realização da cirurgia estética o acusado ficou na posição de garante, se omitiu as cautelas que deveria ter e se a omissão é relevante para o resultado (morte da paciente).

(...).

Pode-se argumentar que o resultado morte não adveio da operação (causa remota), mas sim da infecção (causa próxima), porém entendo que o réu devia evitar o resultado (morte), visto que ao realizar uma cirurgia plástica (lipoaspiração) - com obrigação contratual de resultado - se tornou garantidor da saúde de sua paciente e, omitindo os cuidados indispensáveis no pós-operatório, tem essa omissão relevância penal.

É relevante a omissão do réu.

(...).

Não se acusa o réu de ter causado a morte de G. ao realizar a cirurgia plástica (causa remota), mas pelo fato de ter omitido (tendo essa omissão relevância causal, pois a infecção poderia ter sido evitada ou debelada a tempo), visto que com seu ato anterior (cirurgia plástica de risco - sendo necessário efetivo acompanhamento pós-operatório), se tornou garantidor de que o resultado morte não ocorresse (só se eximindo de responsabilidade se provar que o resultado é decorrente de caso fortuito ou força maior, que excluem a culpa *lato sensu*).

O acusado responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando a conduta a que estava obrigado.”

Como se vê, até aqui, Sua Excelência admite a tese defensiva de que a morte da vítima G. foi decorrência de infecção hospitalar adquirida no Hospital Santa Helena, omitindo-se o acusado do socorro a que estava obrigado no pós-operatório. É preciso registrar, todavia, que até essa questão é controvertida, na medida em que sustenta o Ministério Público que a infecção foi adquirida na própria cirurgia, por erro médico. A propósito, o órgão da acusação cita caso acontecido com outra vítima em Goiânia, no qual o CRM-GO reconheceu que o acusado perfurou o intestino da vítima durante a cirurgia, deflagrando com isso o processo infeccioso. No entanto, quer presente a omissão penalmente relevante do réu, nos termos da teoria normativa da omissão adotada pelo nosso Código Penal, quer diante da ação cirúrgica do acusado, as hipóteses não recomendariam qualquer alteração na pronúncia, pelo menos neste importante particular.

Mas, prossigamos na leitura das conclusões monocráticas:

“Pergunto: sem a cirurgia estética (que realizou estando ciente de suas imperfeições técnicas) e sem a omissão de cuidados no pós-operatório (se tivesse tido os cuidados reprimiria o processo infeccioso ou ele não se iniciaria) o evento (morte) teria ocorrido? Não. Não existe nenhuma outra conduta que interfira no processo causal.

(...).

Mesmo que se considere que a infecção é causa superveniente relativamente independente da cirurgia plástica e da omissão dos cuidados do pós-operatório, não se aplica o disposto no

art. 13, § 1º do Código Penal porque a infecção não produziu o resultado por si só. O acontecimento posterior (infecção) está em posição de homogeneidade em relação à conduta do agente (cirurgia plástica) e na mesma linha evolutiva do perigo por ele criado (omissão no pós-operatório), ou seja, na mesma linha de desdobramento físico da ação anterior. Assim, a infecção não é autônoma, mas mero acontecimento posterior prolongamento da conduta anterior, cujo risco - de contrair infecção - foi criado pelo acusado (ao realizar a cirurgia estética) que estava na posição de garantidor (sabendo de suas imperfeições e que deveria se abster de realizar cirurgias plásticas, mesmo assim realizou cirurgia de alto risco e se omitiu no pós-operatório).”

Neste ponto, impõe-se a seguinte corrigenda: o estudo a respeito da relevância causal na omissão (CP, art. 13, § 2º), no caso dos autos, demonstra que o réu não se obrigou a impedir o resultado *em virtude de lei* (alínea “a”), podendo sua conduta, todavia, inserir-se nas alíneas “b” ou “c”, segundo a descrição dos senhores jurados. Assim, há que se reformar em parte a sentença de pronúncia, excluindo da tipificação a alínea “a” do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal, mesmo de ofício, relativamente à vítima G.M.O..

Em tópico destinado à análise do conteúdo da vontade (dolo eventual ou culpa consciente), Sua Excelência, sem esquecer que a mesma questão, com toda a certeza, será definida pelos senhores jurados, assevera o seguinte:

“No caso dos autos, há informes que apontam que o acusado desconsiderou as queixas de dores da paciente G.M.O., que foi submetida à cirurgia de lipoaspiração no dia 08.01.2002, indo para sua casa; que teria desaconselhado a busca de outro médico; que não a socorreu imediatamente e que somente a avaliou no dia 15.01, quando ela foi internada na UTI do Hospital Santa Helena, constando-se que ela estava com infecção generalizada - septicemia, vindo a morrer no dia 14.02.2002.
(...).

Não se pode atribuir ao evento o caso fortuito ou a força maior. O caso fortuito é acontecimento imprevisível. O próprio réu junta farta literatura sobre os riscos do procedimento e em especial o de infecção hospitalar. Não devemos considerar a infecção hospitalar como fatalidade ou acidente (...).

A infecção hospitalar não é acontecimento superior à força humana, uma catástrofe que não pode ser evitada. Pode e deve.

(...).

O réu admitiu o risco de produzir o resultado quando, mesmo sabendo de suas imperfeições que foram reconhecidas ao assinar o termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público de Goiás, por motivos egoísticos, realizou novas cirurgias. O evento danoso era-lhe previsível, mas prosseguiu com a ação, aceitando o resultado ou confiou levemente que outros resultados desastrosos não ocorreriam.

Não procurou se aperfeiçoar e passou a realizar cirurgias plásticas no Distrito Federal, descumprindo o termo acordado, e aceitou o risco de produzir o resultado quando omitiu cuidados no pós-operatório (se tivesse tido os cuidados debelaria o processo infeccioso ou ele não se iniciaria), se mantido o antibiótico, mostrando descaso para com as conseqüências de seus atos, tolerou o resultado ao se omitir, sendo a omissão do acusado relevante, pois se encontrava na posição de garantidor. A indiferença ao resultado é indício que o acusado assumiu o risco de produzir o resultado e, assim, ingressou no campo do dolo eventual.

(...).

Faço constar que não estou afirmando categoricamente que se trata de homicídio com dolo eventual, mas pelo contrário, que dos autos não me foi possível excluí-lo, e por isso submeto o réu a julgamento perante o Júri.

É razoável a imputação, havendo indícios de dolo eventual na conduta do réu, por isso o pronuncio para que o Júri decida sobre a imputação.

(...).

Sendo possível a ocorrência de dolo eventual, por haver indícios, cabe ao juízo natural da causa, o Júri, decidir a respeito da tese defensiva que sustenta a desclassificação para a modalidade culposa. Até mesmo para que o Juiz presidente não aprofunde na fundamentação de tal forma que venha a influenciar o Júri por ocasião da sessão de julgamento da causa.”

Quanto à vítima A., assim dispôs a r. decisão recorrida:

“A lógica é a seguinte: a) não há elementos nos autos que indiquem que a paciente tivesse alguma doença preexistente que foi

(ou teria sido) a causa da morte ou que tenha sido agravada com a cirurgia estética; b) se não tivesse submetido a uma cirurgia estética, que foi realizada pelo réu, ela estaria viva; c) não foi relacionada nenhuma causa relativamente independente que pudesse isentar o réu de culpa; d) a coisa fala por si mesma, devendo o médico ser responsabilizado, pois o fato não teria ocorrido se não tivesse havido culpa (lato sensu) do médico.”

E depois de resumir o que ficou apurado na prova oral, assim concluiu Sua Excelência:

“O cirurgião que muito arrisca, com excesso exploratório com a cânula de lipoaspiração, com retirada excessiva de material gorduroso, sabendo do risco cirúrgico do procedimento, está assumindo o risco de produzir o resultado (embora não querido é aceito). A vontade não se dirige para o resultado, mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele.”

A imputação de exercício ilegal da medicina é conexa aos delitos de homicídio, pelo que se remete também sua deliberação ao Júri.

Pelo exposto, considerando que a sentença veio devidamente fundamentada e que todas as questões esgrimidas pela combativa defesa são controvertidas, de se concluir pela admissão do *jus accusationis*, provendo-se o recurso interposto por D.M.C. apenas para excluir da tipificação, relativamente à vítima G., a alínea a do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal.

II - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Volta-se o órgão do Ministério Público exclusivamente contra a desclassificação para homicídio simples, aduzindo que a sentença “*confundiu uma série de pontos fundamentais para a adequada interpretação dos fatos, a qual é exposta com clareza na ação penal, principalmente no que diz respeito à possibilidade de convivência das qualificadoras descritas na denúncia com o homicídio praticado com dolo eventual*”.

Todavia, convém ressaltar que, em seu arazoado, não demonstrou o Ministério Público especificamente em que ponto ocorreu a alegada confusão, *data venia*, não padecendo a r. decisão, pelos seus jurídicos fundamentos, de tal vício.

Em qualquer caso, no embate jurídico da tipicidade, tenho que procede a irrisignação ministerial, na medida em que as ditas qualificadoras, ao contrário do que concluiu a nobre sentenciante, não são incompatíveis com o dolo eventual, cabendo ao Júri decidir se, no caso concreto, poderiam ser acolhidas.

O motivo torpe é aquele baixo, vil, ignóbil, que repugna a consciência média, ou, segundo lição de Néelson Hungria, é aquele que “mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum”.

Verifica-se, assim, que o dolo eventual e o motivo torpe são figuras penais diversas, porém compatíveis e que não se excluem, eis que um é elemento subjetivo do tipo e o outro é circunstância que se relaciona com a ação nuclear de “matar alguém”, estabelecendo o tipo qualificador do homicídio.

É verdade que se a figura qualificada se mostra de plano incompatível com as circunstâncias do caso concreto, é o caso de extirpá-las na pronúncia, não sendo certo mantê-las apenas porque foram arroladas pelo Ministério Público, evitando-se com isso o excesso de acusação, cuja finalidade, o mais das vezes, é aplicar ao réu, a todo o custo, os rigores da lei dos crimes hediondos, conforme já deixei assentado em outra ocasião (RSE 152095, 2ª Turma Criminal, DJ de 28/02/1996, p. 2.340).

Não é o caso dos autos, em que pese a boa argumentação monocrática.

O motivo torpe, segundo o Ministério Público, estaria no fim visado pelo réu ao praticar as cirurgias, isto é, a vantagem financeira.

Com efeito, admitindo-se o dolo eventual, em tese, ou seja, admitindo-se que o réu assumiu conscientemente o risco de tirar a vida de suas pacientes, colocando acima desse bem (vida alheia) o proveito financeiro almejado a título de remuneração, tem-se que esse interesse se transforma em ignóbil, vil.

Quando o médico se volta, observando as regras da sua ciência, para a recuperação da saúde do paciente (em sentido amplo), acudindo ao juramento de Hipócrates - que resume a ética da medicina - o que recebe pelos serviços prestados lhe serão honor, honra, daí se dizer honorários médicos. Se, todavia, admitindo-se, por ora, os termos da denúncia, agindo com a assunção do risco de matar, o que lhe seria honra pode transmutar-se em ignomínia, cupidez exacerbada, motivo vil, torpe.

Quanto à outra qualificadora, foi defendida pelo Ministério Público nos seguintes termos: *“Tudo isso, sem que as vítimas pudessem exercer a mínima defesa contra sua torpeza e sua selvageria cirúrgica porque não tinham ordinariamente como descobrir o rastro de luto e de dor que M.C. deixou em Goiânia.”*

Tal qualificadora, dependendo da narrativa dos fatos, não se mostra, em princípio, inconciliável com o dolo eventual. Pelo menos, não há inconciliabilidade teleológica entre o dolo eventual e o modo qualificado de execução do delito.

Diante das particularidades do caso concreto, e considerando a possibilidade teórica de que o réu tenha apagado de seu carimbo do CRM a sigla GO, com o fim de impossibilitar às pacientes descobrirem seu passado - como alega o *parquet* - não posso subtrair do Júri o exame dessa qualificadora.

Sobre a compatibilidade entre o dolo eventual e o motivo torpe, destaco o seguinte precedente jurisprudencial:

“JÚRI. APELAÇÃO. NULIDADE POSTERIOR À PRO-
NÚNCIA. DOLO EVENTUAL E MOTIVO TORPE. COM-
PATIBILIDADE. Não há falar-se em nulidade sob o funda-
mento de serem incompatíveis o dolo eventual e o motivo
torpe, ambas as figuras acolhidas pelo conselho de sentença.
Por motivo torpe, pode o agente assumir o risco de produzir
o resultado. Inexistência da nulidade argüida. Recurso im-
provido” - (APR Nº 20000310123476, 1ª Turma Criminal,
Relatora Desembargadora CARMELITA BRASIL, DJ de
20/06/01, pág. 43).

No tocante a recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima (inciso IV), o STJ já teve oportunidade de enfrentar a questão, decidindo que também pode coexistir com o dolo eventual. Confira-se:

“PROCESSUAL E PENAL. HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL
E SURPRESA. COEXISTÊNCIA. I - O dolo eventual pode co-
existir com a forma pela qual o crime é executado. Assim, nada
impede que o agente, embora prevendo o resultado morte, o
aceite e pratique o ato usando de meio que surpreenda a vítima,
dificultando ou impossibilitando a defesa, tal o quadro que en-
tremostra. II. Recurso especial conhecido e provido” - (RESP Nº
57586/PR, Quinta Turma, Relator Ministro JESUS COSTA, DJ
de 25/09/95, pág. 31122).

Com tais fundamentos, dou provimento ao recurso do Ministério Público.

III - DISPOSITIVO

Por todo o exposto: a) não conheço do recurso interposto pelo assistente de acusação; b) dou parcial provimento ao recurso da defesa e total provimento ao recurso do Ministério Público a fim de pronunciar o réu D.M.C. como incurso nas penas do artigo art. 121, § 2º, inciso I (motivo torpe) e IV (recurso que dificultou a defesa das vítimas), por duas vezes, c/c o art. 13, parágrafo 2º, alíneas “b” e “c” (relativamente à vítima G.M.O.), e no art. 282, parágrafo único, combinados, entre si, com o art. 69, todos do Código Penal.

É o voto.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente, ouvi atentamente as brilhantes sustentações e, de igual forma, o lapidar voto do eminente Relator.

O presente recurso não comporta revisão e, por isso mesmo, fiz anotações analisando as questões postas.

Chego às mesmas conclusões do eminente Relator, a quem peço respeitosa vênias para acompanhar às inteiras.

Des. Sérgio Rocha (Vogal) - Acompanhamento na íntegra o voto do eminente Relator.

DECISÃO

Não conhecido o recurso do assistente de acusação e conhecidos os recursos do Ministério Público e de D.M.C.. Unânime. Deu-se provimento parcial ao recurso de D.M.C.. Deu-se provimento ao recurso do Ministério Público. Unânime.

———— • ————

Índices

Numéricos dos Acórdãos

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002001566-7
(Acórdão Nº 226.225). Relatora: Des. Carmelita Brasil
IMPOSTO DE RENDA, ISENÇÃO - DOENÇA GRAVE - ANTECIPAÇÃO
PARCIAL DE TUTELA..... 45

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002002511-7
(Acórdão Nº 226.508). Relator: Des. Cruz Macedo
CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO DE QUESTÕES - APRECIACÃO
PELO JUDICIÁRIO, POSSIBILIDADE - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA,
INDEFERIMENTO 49

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002003182-1
(Acórdão Nº 222.746). Relatora: Des. Sandra De Santis
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EXECUÇÃO - NATUREZA ALIMENTAR -
PENHORA DE PERCENTUAL DE PROVENTOS, POSSIBILIDADE -
IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, EXCEÇÃO..... 54

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002004068-1
(Acórdão Nº 223.449). Relator: Des. Jair Soares
TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO - MORTE DO PERMISSONÁRIO -
TRANSFERÊNCIA AOS HERDEIROS, POSSIBILIDADE 58

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005002006651-0
(Acórdão Nº 226.165). Relator: Des. Otávio Augusto
REINTEGRAÇÃO DE POSSE - TERMO DE CONCESSÃO DE USO -
JUSTO TÍTULO61

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº
2005002000416-2
(Acórdão Nº 225.813). Relator: Des. Jeronymo de Souza
POLICIAL CIVIL - REQUISIÇÃO PARA FUNÇÃO DE AGENTE
PENITENCIÁRIO -
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO 65

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998011081656-3 (Acórdão Nº 223.617). Relator: Des. Getúlio Moraes Oliveira MORTE DE FILHO - SEGURO OBRIGATÓRIO - PENSÃO, TERMO AD QUEM.....	81
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998061000484-5 (Acórdão Nº 223.570). Relator: Des. Waldir Leôncio Júnior USUCAPIÃO - PROTESTO EFETUADO POR TERCEIRO - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA, INTERRUPÇÃO.....	91
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000011076025-6 (Acórdão Nº 224.974). Relator: Des. Romão C. Oliveira NULIDADE DE CONTRATO - OBJETO DO CONTRATO, ILICITUDE - RETORNO AO STATUS QUO ANTE - DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS, OBRIGATORIEDADE.....	103
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011046049-7 (Acórdão Nº 223.648). Relator: Des. Estevam Maia CHEQUE, EXECUÇÃO - CIRCULAÇÃO POR ENDOSSO - ACORDO EM JUÍZO COM O ENDOSSANTE - DIREITO DO ENDOSSATÁRIO, PREVALÊNCIA	112
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011076743-0 (Acórdão Nº 223.808). Relator: Des. Natanael Caetano PROTESTO DE TÍTULO, LEGALIDADE - PAGAMENTO EFETIVADO COM ATRASO - DANO MORAL, DESCABIMENTO	119
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011087153-6 (Acórdão Nº 225.432). Relatora: Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - CESSÃO DE DIREITOS - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - REGISTRO EM CARTÓRIO, DESNECESSIDADE.....	125
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011103412-7 (Acórdão Nº 223.566). Relator: Des. Nívio Gonçalves ASSÉDIO SEXUAL, NÃO-CONFIGURAÇÃO - REQUISITOS, INEXISTÊNCIA - DANO MORAL, DESCABIMENTO.....	137

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011062312-7 (Acórdão Nº 227.163). Relator: Des. Vasquez Cruxên CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, TERMO ADITIVO - PARECER DE PROCURADOR DO DF - TOMADA DE CONTAS DO TCDF - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROCURADOR, DESCABIMENTO.....	148
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011068807-4 (Acórdão Nº 225.220). Relator: Des. Flavio Rostirola FINANCIAMENTO - SALDO DEVEDOR, ATUALIZAÇÃO - UTILIZAÇÃO DA TR - SISTEMA PRICE, SUBSTITUIÇÃO	158
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011069691-2 (Acórdão Nº 220.261). Relator: Des. Asdrubal Nascimento Lima TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO, COBRANÇA - BASE DE CÁLCULO, CRITÉRIOS - BI-TRIBUTAÇÃO, INOCORRÊNCIA	176
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011081186-7 (Acórdão Nº 223.580). Relator: Des. J. J. Costa Carvalho FORNECIMENTO DE ÁGUA - CONTAS EM ATRASO - CORTE NO FORNECIMENTO, LEGALIDADE.....	184
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011097654-7 (Acórdão Nº 224.828). Relator: Des. João Mariosi MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA - PENSÃO VITALÍCIA PARA VIÚVO - PRESSUPOSTO DE INVALIDEZ, NÃO-RECEPÇÃO	197
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011098354-8 (Acórdão Nº 221.339). Relator: Des. Mário-Zam Belmiro Rosa CPMF - SUSPENSÃO INADEQUADA DO IMPOSTO - INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, RESPONSABILIDADE.....	202
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011021646-6 (Acórdão Nº 226.260). Relatora: Des. Vera Andrighi EXONERAÇÃO DE SERVIDOR - DESVIO DE PODER - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, VIOLAÇÃO	206

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011035310-6 (Acórdão Nº 225.612). Relatora: Des. Haydevalda Sampaio AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSTRUÇÃO IRREGULAR, DEMOLIÇÃO - LEGITIMIDADE DAS PARTES, INALTERABILIDADE.....	210
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011041456-3 (Acórdão Nº 2228.374). Relatora: Des. Nídia Corrêa Lima SEGURO - INVALIDEZ PERMANENTE - PRESCRIÇÃO, TERMO INICIAL....	216
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011121580-5 (Acórdão Nº 223.876). Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa DETRAN - AUTO DE INFRAÇÃO, ANULAÇÃO - DIREÇÃO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL, NÃO-COMPROVAÇÃO - TESTE DE ALCOOLEMIA, INOCORRÊNCIA.....	224
APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA EX-OFFICIO Nº 2003011118551-7 (Acórdão Nº 222.725). Relator: Des. Dácio Vieira VENDA DE COMBUSTÍVEL - PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO - PREÇO DIFERENCIADO, ILEGALIDADE	233
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998091001687-4 (Acórdão Nº 225.045). Relator: Des. Lecir Manoel da Luz FURTO QUALIFICADO E RECEPÇÃO - EMENDATIO LIBELLI, CRITÉRIOS - ABSOLVIÇÃO DE RÉU	243
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2004051003545-8 (Acórdão Nº 223.030). Relator: Des. Sérgio Bittencourt POSSE IRREGULAR DE ARMA - PRAZO PARA REGISTRO DA ARMA, CRITÉRIOS - CRIME DE RESISTÊNCIA, INOCORRÊNCIA - CONDUTA ATÍPICA	249
CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2005002008325-8 (Acórdão Nº 229.651). Relator: Des. Mario Machado JUIZADO ESPECIAL - ACUSADO NÃO ENCONTRADO - CITAÇÃO POR EDITAL.....	254
HABEAS CORPUS Nº 2004002009142-7 (Acórdão Nº 225.208). Relator Designado: Des. Vaz de Mello HABEAS CORPUS - CALÚNIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, NÃO- CONSTATAÇÃO - TRANCAMENTO DA AÇÃO, POSSIBILIDADE - JUSTA CAUSA, INEXISTÊNCIA.....	259

HABEAS CORPUS Nº 2005002004040-2 (Acórdão Nº 225.695). Relator Designado: Des. Getulio Pinheiro HABEAS CORPUS - FALSO TESTEMUNHO, NÃO-CONFIGURAÇÃO - RETRATAÇÃO - DENÚNCIA INEPTA.....	269
INQUÉRITO Nº 36/95 (Acórdão Nº 225.190). Relator: Des. Lécio Resende INQUÉRITO - DEPUTADO DISTRITAL - EC Nº 35/2001, EFEITOS - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.....	280
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003002010742-8 (Acórdão Nº 225.101). Relatora: Des. Aparecida Fernandes CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - PERMISSÃO A TÍTULO PRECÁRIO - TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO DE CONDOMÍNIO - REVOGAÇÃO DA CONCESSÃO, LEGALIDADE	336
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004002006129-8 (Acórdão Nº 225.808). Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO - INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS, CRITÉRIOS - PROCURADOR DO DF - EXERCÍCIO DE FUNÇÃO NA ÁREA FEDERAL.....	345
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004002008262-3 (Acórdão Nº 226.551). Relator: Des. Hermenegildo Gonçalves MANDADO DE SEGURANÇA - PAGAMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM - ERRO DA ADMINISTRAÇÃO - DESCONTO EM FOLHA, IMPOSSIBILIDADE	363
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2002071001316-9 (Acórdão Nº 225.111). Relator: Des. Edson Alfredo Smaniotto CIRURGIA PLÁSTICA - MORTE DE PACIENTE - QUESTÕES CONTROVERTIDAS - TRIBUNAL DO JÚRI, COMPETÊNCIA DECISÓRIA.	393



Alfabético

A

ABSOLVIÇÃO DO RÉU. FURTO QUALIFICADO E RECEPÇÃO . EMENDATIO LIBELLI, CRITÉRIOS.....	243
ACÇÃO CIVIL PÚBLICA . CONSTRUÇÃO IRREGULAR, DEMOLIÇÃO . LEGITIMIDADE DAS PARTES, INALTERABILIDADE.....	210
ACORDO EM JUÍZO COM O ENDOSSANTE . CHEQUE, EXECUÇÃO . CIRCULAÇÃO POR ENDOSSO . DIREITO DO ENDOSSATÁRIO, PREVALÊNCIA.	112
ACUSADO NÃO ENCONTRADO . JUIZADO ESPECIAL . CITAÇÃO POR EDITAL.....	254
ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA . CESSÃO DE DIREITOS . COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA . REGISTRO EM CARTÓRIO, DESNECESSIDADE.....	125
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INDEFERIMENTO. CONCURSO PÚBLICO . ANULAÇÃO DE QUESTÕES . APRECIACÃO PELO JUDICIÁRIO, POSSIBILIDADE.....	49
ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE TUTELA. IMPOSTO DE RENDA, ISENÇÃO . DOENÇA GRAVE.....	45
ANULAÇÃO DE QUESTÕES . CONCURSO PÚBLICO . APRECIACÃO PELO JUDICIÁRIO, POSSIBILIDADE . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INDEFERIMENTO.....	49
APRECIACÃO PELO JUDICIÁRIO, POSSIBILIDADE . CONCURSO PÚBLICO . ANULAÇÃO DE QUESTÕES . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INDEFERIMENTO.....	49
ASSÉDIO SEXUAL, NÃO-CONFIGURAÇÃO . REQUISITOS, INEXISTÊNCIA . DANO MORAL, DESCABIMENTO.....	137

AUTO DE INFRAÇÃO, ANULAÇÃO . DETRAN . DIREÇÃO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL, NÃO COMPROVAÇÃO . TESTE DE ALCOOLEMIA, INOCORRÊNCIA. 224

B

BASE DE CÁLCULO, CRITÉRIOS . TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO, COBRANÇA . BI-TRIBUTAÇÃO, INOCORRÊNCIA. 176

BI-TRIBUTAÇÃO, INOCORRÊNCIA. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO, COBRANÇA . BASE DE CÁLCULO, CRITÉRIOS. 176

C

CALÚNIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, NÃO- CONSTATAÇÃO . HABEAS CORPUS . TRANCAMENTO DA AÇÃO, POSSIBILIDADE . JUSTA CAUSA, INEXISTÊNCIA. 259

CESSÃO DE DIREITOS . ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA . COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA . REGISTRO EM CARTÓRIO, DESNECESSIDADE. 125

CHEQUE, EXECUÇÃO . CIRCULAÇÃO POR ENDOSSO . ACORDO EM JUÍZO COM O ENDOSSANTE . DIREITO DO endossatário, PREVALÊNCIA. 112

CIRCULAÇÃO POR ENDOSSO . CHEQUE, EXECUÇÃO . ACORDO EM JUÍZO COM O ENDOSSANTE . DIREITO DO endossatário, PREVALÊNCIA. 112

CIRURGIA PLÁSTICA . MORTE DE PACIENTE . QUESTÕES CONTROVERSAS . TRIBUNAL DO JÚRI, COMPETÊNCIA DECISÓRIA. 393

CITAÇÃO POR EDITAL. JUIZADO ESPECIAL . ACUSADO NÃO ENCONTRADO. 254

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA . ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA . CESSÃO DE DIREITOS . REGISTRO EM CARTÓRIO, DESNECESSIDADE. 125

Índice Alfabético

CONCURSO PÚBLICO . ANULAÇÃO DE QUESTÕES . APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO, POSSIBILIDADE . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INDEFERIMENTO.	49
CONDUTA ATÍPICA. POSSE IRREGULAR DE ARMA . PRAZO PARA REGISTRO DA ARMA, CRITÉRIOS . CRIME DE RESISTÊNCIA, INOCORRÊNCIA.	249
CONSTRUÇÃO IRREGULAR, DEMOLIÇÃO . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . LEGITIMIDADE DAS PARTES, INALTERABILIDADE.	210
CONTAS EM ATRASO . FORNECIMENTO DE ÁGUA . CORTE NO FORNECIMENTO, LEGALIDADE.	184
CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, VIOLAÇÃO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR . DESVIO DE PODER.	206
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO . PERMISSÃO A TÍTULO PRECÁRIO . TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO DE CONDOMÍNIO . REVOGAÇÃO DA CONCESSÃO, LEGALIDADE.	336
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, TERMO ADITIVO . PARECER DE PROCURADOR DO DF . TOMADA DE CONTAS DO TCDF . RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROCURADOR, DESCABIMENTO.	148
CORTE NO FORNECIMENTO, LEGALIDADE. FORNECIMENTO DE ÁGUA . CONTAS EM ATRASO.	184
CPMF . SUSPENSÃO INADEQUADA DO IMPOSTO . INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, RESPONSABILIDADE.	202
CRIME DE RESISTÊNCIA, INOCORRÊNCIA . POSSE IRREGULAR DE ARMA . PRAZO PARA REGISTRO DA ARMA, CRITÉRIOS . CONDUTA ATÍPICA.	249

D

DANO MORAL, DESCABIMENTO. PROTESTO DE TÍTULO, LEGALIDADE . PAGAMENTO EFETUADO COM ATRASO.	119
--	-----

Índice Alfabético

DANO MORAL, DESCABIMENTO. ASSÉDIO SEXUAL, NÃO-CONFIGURAÇÃO . REQUISITOS, INEXISTÊNCIA.....	137
DENÚNCIA INEPTA. HABEAS CORPUS . FALSO TESTEMUNHO, NÃO-CONFIGURAÇÃO . RETRATAÇÃO.....	269
DEPUTADO DISTRITAL . INQUÉRITO . EC Nº 35/2001, EFEITOS . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.....	280
DESCONTO EM FOLHA, IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA . PAGAMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM . ERRO DA ADMINISTRAÇÃO.....	363
DESVIO DE PODER . EXONERAÇÃO DE SERVIDOR . CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, VIOLAÇÃO.....	206
DETRAN . AUTO DE INFRAÇÃO, ANULAÇÃO . DIREÇÃO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL, NÃO COMPROVAÇÃO . TESTE DE ALCOOLEMIA, INOCORRÊNCIA.....	224
DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS, OBRIGATORIEDADE. NULIDADE DE CONTRATO . OBJETO DO CONTRATO, ILICITUDE . RETORNO AO STATUS QUO ANTE.....	103
DIREÇÃO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL, NÃO COMPROVAÇÃO . DETRAN . AUTO DE INFRAÇÃO, ANULAÇÃO . TESTE DE ALCOOLEMIA, INOCORRÊNCIA.....	224
DIREITO DO endossatário, PREVALÊNCIA. CHEQUE, EXECUÇÃO . CIRCULAÇÃO POR ENDOSSO . ACORDO EM JUÍZO COM O ENDOSSANTE.....	112
DOENÇA GRAVE . IMPOSTO DE renda, ISENÇÃO . ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE TUTELA.....	45

E

EC Nº 35/2001, EFEITOS . INQUÉRITO . DEPUTADO DISTRITAL . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.....	280
---	-----

EMENDATIO LIBELLI, CRITÉRIOS . FURTO QUALIFICADO E RECEPTAÇÃO . ABSOLVIÇÃO DO RÉU..... 243

ERRO DA ADMINISTRAÇÃO . MANDADO DE SEGURANÇA . PAGAMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM . DESCONTO EM FOLHA, IMPOSSIBILIDADE..... 363

EXERCÍCIO DE FUNÇÃO NA ÁREA FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO . INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS, CRITÉRIOS . PROCURADOR DO DF. 345

EXONERAÇÃO DE SERVIDOR . DESVIO DE PODER . CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, VIOLAÇÃO..... 206

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. INQUÉRITO . DEPUTADO DISTRITAL . EC Nº 35/2001, EFEITOS..... 280

F

FALSO TESTEMUNHO, NÃO-CONFIGURAÇÃO . HABEAS CORPUS . RETRATAÇÃO . DENÚNCIA INEPTA..... 269

FINANCIAMENTO . SALDO DEVEDOR, ATUALIZAÇÃO . UTILIZAÇÃO DA TR . SISTEMA PRICE, SUBSTITUIÇÃO..... 158

FORNECIMENTO DE ÁGUA . CONTAS EM ATRASO . CORTE NO FORNECIMENTO, LEGALIDADE.....184

FURTO QUALIFICADO E RECEPTAÇÃO . EMENDATIO LIBELLI, CRITÉRIOS . ABSOLVIÇÃO DO RÉU. 243

H

HABEAS CORPUS . CALÚNIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, NÃO-CONSTATAÇÃO . TRANCAMENTO DA AÇÃO, POSSIBILIDADE . JUSTA CAUSA, INEXISTÊNCIA..... 259

HABEAS CORPUS . FALSO TESTEMUNHO, NÃO-CONFIGURAÇÃO . RETRATAÇÃO . DENÚNCIA INEPTA..... 269

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EXECUÇÃO . NATUREZA ALIMENTAR
. PENHORA DE PERCENTUAL DE PROVENTOS, POSSIBILIDADE .
IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, EXCEÇÃO..... 54

I

IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, EXCEÇÃO. HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS, EXECUÇÃO . NATUREZA ALIMENTAR . PENHORA
DE PERCENTUAL DE PROVENTOS, POSSIBILIDADE. 54

IMPOSTO DE renda, ISENÇÃO . DOENÇA GRAVE . ANTECIPAÇÃO
PARCIAL DE TUTELA..... 45

INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS, CRITÉRIOS . MANDADO DE
SEGURANÇA, DENEGAÇÃO . PROCURADOR DO DF . EXERCÍCIO
DE FUNÇÃO NA ÁREA FEDERAL..... 345

INQUÉRITO . DEPUTADO DISTRITAL . EC Nº 35/2001, EFEITOS .
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO..... 280

INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, RESPONSABILIDADE. CPMF . SUSPENSÃO
INADEQUADA DO IMPOSTO..... 202

INVALIDEZ PERMANENTE . SEGURO . PRESCRIÇÃO, TERMO INICIAL. ..216

J

JUIZADO ESPECIAL . ACUSADO NÃO ENCONTRADO .
CITAÇÃO POR EDITAL..... 254

JUSTA CAUSA, INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS . CALÚNIA
CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, NÃO- CONSTATAÇÃO .
TRANCAMENTO DA AÇÃO, POSSIBILIDADE. 259

JUSTO TÍTULO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE . TERMO DE CONCESSÃO
DE USO.....61

L

LEGITIMIDADE DAS PARTES, INALTERABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA . CONSTRUÇÃO IRREGULAR, DEMOLIÇÃO..... 210

M

MANDADO DE SEGURANÇA . PAGAMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM . ERRO DA ADMINISTRAÇÃO . DESCONTO EM FOLHA, IMPOSSIBILIDADE..... 363

MANDADO DE SEGURANÇA, DENegação . INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS, CRITÉRIOS . PROCURADOR DO DF . EXERCÍCIO DE FUNÇÃO NA ÁREA FEDERAL..... 345

MORTE DE FILHO . SEGURO OBRIGATÓRIO . PENSÃO, TERMO AD QUEM.....81

MORTE DE PACIENTE . CIRURGIA PLÁSTICA . QUESTÕES CONTROVERSAS . TRIBUNAL DO JÚRI, COMPETÊNCIA DECISÓRIA. 393

MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA . PENSÃO VITALÍCIA PARA VIÚVO . PRESSUPOSTO DE INVALIDEZ, NÃO-RECEPÇÃO.....197

MORTE DO PERMISSIONÁRIO . TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO . TRANSFERÊNCIA AOS HERDEIROS, POSSIBILIDADE. 58

N

NATUREZA ALIMENTAR . HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EXECUÇÃO . PENHORA DE PERCENTUAL DE PROVENTOS, POSSIBILIDADE . IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, EXCEÇÃO..... 54

NULIDADE DE CONTRATO . OBJETO DO CONTRATO, ILICITUDE . RETORNO AO STATUS QUO ANTE . DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS, OBRIGATORIEDADE.....103

O

OBJETO DO CONTRATO, ILICITUDE . NULIDADE DE CONTRATO .
RETORNO AO STATUS QUO ANTE . DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS
PAGAS, OBRIGATORIEDADE.....103

P

PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO . VENDA DE COMBUSTÍVEL .
PREÇO DIFERENCIADO, ILEGALIDADE..... 233

PAGAMENTO EFETUADO COM ATRASO . PROTESTO DE TÍTULO,
LEGALIDADE . DANO MORAL, DESCABIMENTO. 119

PAGAMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM . MANDADO DE
SEGURANÇA . ERRO DA ADMINISTRAÇÃO . DESCONTO
EM FOLHA, IMPOSSIBILIDADE..... 363

PARECER DE PROCURADOR DO DF . CONTRATO DE PRESTAÇÃO
DE SERVIÇOS, TERMO ADITIVO . TOMADA DE CONTAS DO TCDF .
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROCURADOR, DESCABIMENTO..... 148

PENHORA DE PERCENTUAL DE PROVENTOS, POSSIBILIDADE .
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EXECUÇÃO . NATUREZA ALIMENTAR .
IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, EXCEÇÃO..... 54

PENSÃO VITALÍCIA PARA VIÚVO . MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA .
PRESSUPOSTO DE INVALIDEZ, NÃO-RECEPÇÃO..... 197

PENSÃO, TERMO AD QUEM. MORTE DE FILHO .
SEGURO OBRIGATÓRIO.....81

PERMISSÃO A TÍTULO PRECÁRIO . CONTRATO DE PRESTAÇÃO
DE SERVIÇO PÚBLICO . TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO DE
CONDOMÍNIO . REVOGAÇÃO DA CONCESSÃO, LEGALIDADE. 336

POLICIAL CIVIL . REQUISICÃO PARA FUNÇÃO DE AGENTE
PENITENCIÁRIO . SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO..... 65

Índice Alfabético

POSSE IRREGULAR DE ARMA . PRAZO PARA REGISTRO DA ARMA, CRITÉRIOS . CRIME DE RESISTÊNCIA, INOCORRÊNCIA . CONDUITA ATÍPICA.	249
PRAZO PARA REGISTRO DA ARMA, CRITÉRIOS . POSSE IRREGULAR DE ARMA . CRIME DE RESISTÊNCIA, INOCORRÊNCIA . CONDUITA ATÍPICA.....	249
PREÇO DIFERENCIADO, ILEGALIDADE. VENDA DE COMBUSTÍVEL . PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO.	233
PRESCRIÇÃO AQUISITIVA, INTERRUPÇÃO. USUCAPIÃO . PROTESTO EFETUADO POR TERCEIRO.	91
PRESCRIÇÃO, TERMO INICIAL. SEGURO . INVALIDEZ PERMANENTE. ...	216
PRESSUPOSTO DE INVALIDEZ, NÃO-RECEPÇÃO. MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA . PENSÃO VITALÍCIA PARA VIÚVO.....	197
PROCURADOR DO DF . MANDADO DE SEGURANÇA, DENEGAÇÃO . INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS, CRITÉRIOS . EXERCÍCIO DE FUNÇÃO NA ÁREA FEDERAL.	345
PROTESTO DE TÍTULO, LEGALIDADE . PAGAMENTO EFETUADO COM ATRASO . DANO MORAL, DESCABIMENTO.....	119
PROTESTO EFETUADO POR TERCEIRO . USUCAPIÃO . PRESCRIÇÃO AQUISITIVA, INTERRUPÇÃO.....	91

Q

QUESTÕES CONTROVERSAS . CIRURGIA PLÁSTICA . MORTE DE PACIENTE . TRIBUNAL DO JÚRI, COMPETÊNCIA DECISÓRIA.	393
---	-----

R

REGISTRO EM CARTÓRIO, DESNECESSIDADE. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA . CESSÃO DE DIREITOS . COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA.	125
--	-----

REINTEGRAÇÃO DE POSSE . TERMO DE CONCESSÃO DE USO .
JUSTO TÍTULO.61

REQUISICÃO PARA FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO .
POLICIAL CIVIL . SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. 65

REQUISITOS, INEXISTÊNCIA . ASSÉDIO SEXUAL,
NÃO-CONFIGURAÇÃO . DANO MORAL, DESCABIMENTO.137

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROCURADOR,
DESCABIMENTO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS,
TERMO ADITIVO . PARECER DE PROCURADOR DO DF . TOMADA
DE CONTAS DO TCDF.148

RETORNO AO STATUS QUO ANTE . NULIDADE DE CONTRATO .
OBJETO DO CONTRATO, ILICITUDE . DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS
PAGAS, OBRIGATORIEDADE.....103

RETRATAÇÃO . HABEAS CORPUS . FALSO TESTEMUNHO, NÃO-
CONFIGURAÇÃO . DENÚNCIA INEPTA. 269

REVOGAÇÃO DA CONCESSÃO, LEGALIDADE. CONTRATO DE
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO . PERMISSÃO A TÍTULO
PRECÁRIO . TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO DE CONDOMÍNIO. 336

S

SALDO DEVEDOR, ATUALIZAÇÃO . FINANCIAMENTO .
UTILIZAÇÃO DA TR . SISTEMA PRICE, SUBSTITUIÇÃO. 158

SEGURO . INVALIDEZ PERMANENTE . PRESCRIÇÃO, TERMO INICIAL. ..216

SEGURO OBRIGATÓRIO . MORTE DE FILHO .
PENSÃO, TERMO AD QUEM.81

SISTEMA PRICE, SUBSTITUIÇÃO. FINANCIAMENTO .
SALDO DEVEDOR, ATUALIZAÇÃO . UTILIZAÇÃO DA TR. 158

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. POLICIAL CIVIL .
REQUISIÇÃO PARA FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. 65

SUSPENSÃO INADEQUADA DO IMPOSTO . CPMF . INSTITUIÇÃO
BANCÁRIA, RESPONSABILIDADE. 202

T

TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E
FUNCIONAMENTO, COBRANÇA . BASE DE CÁLCULO, CRITÉRIOS .
BI-TRIBUTAÇÃO, INOCORRÊNCIA. 176

TERMO DE CONCESSÃO DE USO . REINTEGRAÇÃO DE POSSE .
JUSTO TÍTULO.61

TESTE DE alcoolemia, INOCORRÊNCIA. DETRAN . AUTO DE
INFRAÇÃO, ANULAÇÃO . DIREÇÃO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL,
NÃO COMPROVAÇÃO. 224

TOMADA DE CONTAS DO TCDF . CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS, TERMO ADITIVO . PARECER DE PROCURADOR DO DF .
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROCURADOR, DESCABIMENTO. 148

TRANCAMENTO DA AÇÃO, POSSIBILIDADE . HABEAS CORPUS .
CALÚNIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO, NÃO- CONSTATAÇÃO .
JUSTA CAUSA, INEXISTÊNCIA. 259

TRANSFERÊNCIA AOS HERDEIROS, POSSIBILIDADE. TRANSPORTE
PÚBLICO ALTERNATIVO . MORTE DO PERMISSIONÁRIO. 58

TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO . MORTE DO
PERMISSIONÁRIO . TRANSFERÊNCIA AOS HERDEIROS,
POSSIBILIDADE. 58

TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO DE CONDOMÍNIO .
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO . PERMISSÃO
A TÍTULO PRECÁRIO . REVOGAÇÃO DA CONCESSÃO, LEGALIDADE. ... 336

Índice Alfabético

TRIBUNAL DO JÚRI, COMPETÊNCIA DECISÓRIA. CIRURGIA PLÁSTICA . MORTE DE PACIENTE . QUESTÕES CONTROVERSAS..... 393

U

USUCAPIÃO . PROTESTO EFETUADO POR TERCEIRO . PRESCRIÇÃO AQUISITIVA, INTERRUÇÃO.....91

UTILIZAÇÃO DA TR . FINANCIAMENTO . SALDO DEVEDOR, ATUALIZAÇÃO . SISTEMA PRICE, SUBSTITUIÇÃO. 158

V

VENDA DE COMBUSTÍVEL . PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO . PREÇO DIFERENCIADO, ILEGALIDADE..... 233

———— • ————

Esta obra foi composta, impressa e encadernada pela
Subsecretaria de Serviços Gráficos do TJDFT,
Área Especial nº 8, Lote “F”, 70.070-680, Guarã II, Brasília-DF,
com uma tiragem de 740 exemplares.