ISSN 0101.8868

Revista de Doutrina e Jurisprudência

Jan./Abr.
2009

89

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e dos Territórios

ISSN0101-8868

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Revista de Doutrina e Jurisprudência

R. Dout. Jurisp., Brasília, (89): 01-424, jan./abr. 2009

Comissão de Jurisprudência

Des. Romeu Gonzaga Neiva - Presidente

Desa. Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias

Desa. Sandra De Santis Mendes de Farias Mello

Desa. Vera Lúcia Andrighi

Desa. Nídia Corrêa Lima

Pede-se permuta
We ask for exchange
Pídese canje
On demande de l´échange
Man bitter um austausch
Si richiede lo scambio

Redação

Presidente da Comissão Organizadora
Des. Romão C. de Oliveira

Secretário de Jurisprudência e Biblioteca
Bruno Elias de Queiroga

Subsecretário de Doutrina e Jurisprudência
Jorge Eduardo Tomio Althoff

Supervisor do Serviço de Revista e Ementário
Rafael Arcanjo Reis

Palácio da Justiça - Praça Municipal, Ed. Anexo I, sala 601
CEP: 70094-900 - Brasília-DF
Fones: (61) 3224-1796 - 3226-0354
Fax: (61) 3224-7025

Repositório de Jurisprudência credenciado pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a Portaria nº 3, de 19.06.02. Esta revista é editada quadrimestralmente com tiragem de 600 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.

CDD 340.05

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Presidente - *Des. Nívio Geraldo Gonçalves*
Vice-Presidente - *Des. Romão Cícero de Oliveira*
Corregedor - *Des. Getulio Pinheiro de Souza*
Secretária-Geral - *Dra. Ivana Hermínia Ueda Resende*

CÂMARA CRIMINAL

Presidente da Câmara:
Desa. Sandra De Santis

Composição:
Des. Edson Alfredo Smaniotto
Des. Mario Machado
Des. George Lopes Leite
Des. Roberval Casemiro Belinati
Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Des. Sérgio Rocha
Des. Arnoldo Camanho de Assis

PRIMEIRA TURMA CRIMINAL

Presidente da Turma:
Desa. Sandra De Santis

Composição:
Des. Mario Machado
Des. Edson Alfredo Smaniotto
Des. George Lopes Leite

SEGUNDA TURMA CRIMINAL

Presidente da Turma:
Des. Roberval Casemiro Belinati

Composição:
Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Des. Sérgio Rocha
Des. Arnoldo Camanho de Assis

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:
Des. Otávio Augusto

Composição:
Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
Des. Jair Soares
Des. Natanael Caetano
Des. Flavio Rostirola
Desa. Vera Andrighi
Des. José Divino de Oliveira
Des. Lécio Resende

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:
Des. Angelo Passareli

Composição:
Desa. Carmelita Brasil
Des. Cruz Macedo
Des. Waldir Leôncio Júnior
Des. J. J. Costa Carvalho
Desa. Maria Beatriz Parrilha
Des. Sérgio Bittencourt

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:
Des. Mário-Zam Belmiro

Composição:
Des. Dácio Vieira
Des. Romeu Gonzaga Neiva
Desa. Haydevalda Sampaio
Desa. Nídia Corrêa Lima
Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Des. Lecir Manoel da Luz
Des. João Mariosi

PRIMEIRA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Natanael Caetano

Composição:
Des. Flavio Rostirola
Desa. Vera Andrighi
Des. Lécio Resende

SEGUNDA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. J. J. Costa Carvalho

Composição:
Desa. Carmelita Brasil
Des. Waldir Leôncio Júnior
Des. Angelo Passareli

TERCEIRA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Composição:
Des. Mário-Zam Belmiro
Desa. Nídia Corrêa Lima
Des. João Mariosi

QUARTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Desa. Maria Beatriz Parrilha

Composição:
Des. Cruz Macedo
Des. Sérgio Bittencourt

QUINTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Romeu Gonzaga Neiva

Composição:
Des. Dácio Vieira
Desa. Haydevalda Sampaio
Des. Lecir Manoel da Luz

SEXTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. José Divino de Oliveira

Composição:
Des. Otávio Augusto
Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
Des. Jair Soares

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Lista de antigüidade das autoridades judiciárias do Distrito Federal até 30 de abril de 2009, 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.

01. Desembargador Natanael Caetano Fernandes 31/10/1990
02. Desembargador Lécio Resende da Silva 14/02/1992
03. Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves..... 14/02/1992
04. Desembargador Otávio Augusto Barbosa..... 27/08/1992
05. Desembargador João de Assis Mariosi 12/05/1994
06. Desembargador Romão Cícero de Oliveira 12/05/1994
07. Desembargador Dácio Vieira 12/05/1994
08. Desembargador Getulio Pinheiro de Souza 15/09/1995
09. Desembargador Edson Alfredo Martins Smaniotto..... 14/03/1997
10. Desembargador Mario Machado Vieira Netto 18/09/1997
11. Desembargador Sérgio Bittencourt..... 17/04/1998
12. Desembargador Lecir Manoel da Luz 17/04/1998
13. Desembargador Romeu Gonzaga Neiva 16/12/1998
14. Desembargadora Haydevalda Aparecida Sampaio..... 10/12/1999
15. Desembargadora Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias..... 27/06/2002
16. Desembargador José Cruz Macedo 14/10/2002
17. Desembargador Waldir Leôncio Júnior..... 22/08/2003
18. Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa 19/09/2003
19. Desembargador José Jacinto Costa Carvalho 19/02/2004
20. Desembargadora Sandra De Santis Mendes de Farias Mello 19/02/2004
21. Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito 19/02/2004
22. Desembargador Jair Oliveira Soares 19/02/2004
23. Desembargadora Vera Lúcia Andrighi..... 19/02/2004
24. Desembargador Mário-Zam Belmiro Rosa..... 19/11/2004
25. Desembargador Flavio Renato Jaquet Rostirola..... 29/04/2005
26. Desembargadora Nídia Corrêa Lima 19/08/2005
27. Desembargador George Lopes Leite 26/10/2006
28. Desembargadora Maria Beatriz Feteira Gonçalves Parrilha 26/10/2006
29. Desembargador Angelo Canducci Passareli..... 19/12/2006
30. Desembargador José Divino de Oliveira 21/06/2007
31. Desembargador Roberval Casemiro Belinati 07/03/2008
32. Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos 23/06/2008
33. Desembargador Sérgio Xavier de Souza Rocha 19/09/2008
34. Desembargador Arnoldo Camanho de Assis..... 24/10/2008
35. Desembargador Fernando Antonio Habibe Pereira..... 13/03/2009

SUMÁRIO

DOUTRINA

Crime de alcoolemia
Mario Machado Vieira Netto 13

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça do Distrito Federal 19

ÍNDICES

Numérico dos Acórdãos..... 405
Alfabético..... 413

Doutrina

CRIME DE ALCOOLEMIA AO VOLANTE?

Mario Machado Vieira Netto (*)

Alcoolemia é a presença de álcool etílico na circulação sangüínea.

O Código de Trânsito Brasileiro assim tipificava o crime de embriaguez ao volante: "Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Penas - Detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor".

Com a Lei nº 11.705/2008, o tipo penal passou a ser: "Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência". As penas permaneceram idênticas.

Fácil perceber que, na redação antiga, dirigindo o motorista sob a influência de álcool, qualquer que fosse a concentração, e oferecendo risco potencial à segurança viária, estaria caracterizado, em tese, o crime de embriaguez ao volante. A prova não oferecia dificuldade. Recusando-se o motorista aos exames técnicos do etilômetro (bafômetro) e dosagem sangüínea, eram suficientes a documentação oficial da ocorrência, o exame médico clínico e a prova testemunhal, tudo indicando o estado de embriaguez e a direção anormal. Não havia a exigência de um nível de alcoolemia, agora de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, que equivalem a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar expelido no bafômetro.

Criou a nova lei um crime de perigo abstrato, ou seja, sem ofensa a um bem jurídico? Basta dirigir em via pública com a concentração de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, mesmo normalmente, e haverá o "crime de alcoolemia"?

Não, porque isso é repelido pelo ordenamento jurídico. O bem protegido, quando se pune a embriaguez ao volante, é a segurança viária. Se esta não for afetada, se não houver qualquer perigo, ainda que potencial, crime não haverá. É elementar no direito penal que a existência de crime exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido. O legislador penal não está autorizado a criar condutas inofensivas, incapazes de ferir o interesse protegido. O princípio constitucional implícito da ofensividade não permite crime de perigo abstrato.

Só haverá o crime de embriaguez ao volante quando o motorista dirigir em via pública, sob influência de álcool e com concentração deste por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, gerando perigo para a segurança viária, ainda que indeterminado. Explica-se: pode não haver, no momento, perigo concreto a uma

(*) Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal

determinada pessoa, mas basta perigo indeterminado, isto é, um risco potencial para a segurança viária a partir da direção anormal.

Estar sob a influência de álcool, elemento subjetivo do tipo, é previsto no próprio Código de Trânsito, artigos 165 e 291, § 1º, I. E o art. 4º-A da Lei 9.294/96, com a redação da Lei 11.705/2008 prescreve que "**é crime dirigir sob a influência de álcool**, punível com detenção".

A nova lei, paradoxalmente, é mais benéfica. Antes, qualquer a taxa de alcoolemia, poderia haver o crime. Hoje, é necessário, a mais, o elemento objetivo concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Aí o maior problema causado pela mudança, bem intencionada e infeliz: o da prova.

Ensina a literatura médica que o único exame técnico capaz de precisar, com rigor, a quantidade de álcool metabolizado no sangue é a dosagem sangüínea. O etilômetro mede a concentração de álcool alveolar encontrado nos pulmões, com pequena margem de erro.

Tanto um como outro exame dependem do fornecimento de material pelo motorista, sangue, ou ar expelido pelos pulmões. Sucede que, por força de princípio abrigado na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, II, g), ratificada pelo Brasil, ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo e tem direito a disso ser informado. Exame realizado sem essa prévia informação constitui prova ilegal. Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Pode chocar a opinião pública que um motorista, aparentando embriaguez, não seja condenado por se ter recusado a fornecer sangue ou soprar no etilômetro. Mas o assassino também se pode negar a confessar seu crime. A opção pelo silêncio faz parte de um sistema garantista de direitos fundamentais indispensáveis ao Estado democrático de Direito.

As pessoas têm diferentes tolerâncias ao álcool e nelas a mesma taxa produzirá efeitos diversos, que dependerão de peso, idade, estado emotivo, hábito de beber, saúde, ter-se ou não alimentado etc. Alguns, mesmo com taxa de alcoolemia acima da permitida, conduzem veículo normalmente; outros, com taxa inferior, apresentam embriaguez e dirigem anormalmente. Apenas o resultado da dosagem do álcool pode induzir conclusão equivocada. Há necessidade, também, do exame clínico em que o médico avaliará as manifestações físicas, neurológicas e psíquicas do examinado, atestando se dirigia ou não embriagado.

Evidente que os graves defeitos da nova lei não obstam a continuidade da efetiva fiscalização no trânsito - responsável pela queda da trágica estatística de acidentes, nem a imposição das penalidades administrativas, mas autorizam um apelo ao legislador: volte à redação anterior do artigo 306! Quanto mais cedo, melhor!

———— • ————

Jurisprudência

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002009225-9

Agravante - JLR Comércio de Peças e Acessórios Ltda.
Agravados - Heitor Fernando Saenger e outros
Relator - Des. Arnoldo Camanho de Assis
Segunda Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESARIAL, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. SUCESSÃO FRAUDULENTA DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. CONFUSÃO PATRIMONIAL. ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DO DECRETO FALENCIAL A OUTRA SOCIEDADE COMERCIAL. DEFERIMENTO NO CURSO DO PROCESSO DE FALÊNCIA. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ATRIBUIÇÕES DO *PARQUET*.

1. No curso de processo de falência é possível a extensão incidental do decreto falencial de sociedade empresária à pessoa jurídica identificada como sua sucessora, quando caracterizado o abuso da personalidade jurídica, consubstanciado na confusão patrimonial, como forma acautelar os interesses dos credores e da sociedade, sem que se necessite de nova citação, ficando o exercício obrigatório do contraditório e da ampla defesa postergado.
2. O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais, tem legitimidade para requerer a extensão dos efeitos de falência de sociedade empresarial, já decretada, a outra pessoa jurídica, quando caracterizada a sucessão fraudulenta de sociedades.
3. Comprovado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pela confusão patrimonial, impõe-se a desconsideração da personalidade jurídica da falida, possibilitando-se a extensão dos efeitos do decreto falencial à sociedade empresária identificada como sua sucessora.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Arnoldo Camanho de Assis - Relator, Waldir Leôncio Júnior - Vogal, Teófilo Caetano - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de março de 2009.

RELATÓRIO

Por intermédio do presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, a agravante pretende obter a reforma da respeitável decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara de Falências e Concordatas do Distrito Federal, que lhe estendeu os efeitos da falência da sociedade empresária Nélio Weyner Pimenta de Souza e Cia. Ltda..

A recorrente sustenta não lhe ter sido oportunizado o direito de defesa, em grave lesão aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Aduz, ainda, que se o Ministério Público não tem legitimidade para requerer a falência, também não terá legitimidade para requerer a extensão dos efeitos da falência a outra sociedade empresária. Argumenta que inexiste confusão patrimonial entre ela e a falida. Pugna pela reforma da decisão recorrida, para que se anule a decretação de sua falência.

Por meio da decisão de fls. 82/85, este Relator deferiu o efeito suspensivo pleiteado.

O digno magistrado singular apresentou as informações de fls. 88/90, noticiando que a agravante cumpriu o requisito do art. 526, do CPC.

Após as informações do juiz monocrático, este Relator reconsiderou a decisão de fls. 82/85 e revogou a liminar concedida (fls. 96/101).

Devidamente intimado, o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para contra-razões.

É o relatório.

VOTOS

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Relator) - A decisão agravada, diversamente do que alega o agravante, resguardou o direito dos credores sem sacrificar o do recorrente, pois este terá a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa em momento posterior, de modo que não sofreu qualquer prejuízo. Nesse sentido, inclusive, este Relator já se manifestou por ocasião da decisão de fls. 96/101, *in verbis*:

> *"(...) deve-se admitir que a técnica do contraditório diferido ou adiado, apontada nas informações prestadas pelo juízo singular - prevista, aliás, pelo próprio Código de Processo Civil em várias outras situações em que a citação se dá após a adoção de alguma medida judicial (exemplos: a liminar nas ações possessórias - art. 928; a liminar no processo cautelar - art. 804; a liminar nas ações que tenham por objeto a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - art. 461, §3º, entre outras) - é jurídica, constitucional e afasta, só por isso, a argumentação no sentido de que teria havia atuação jurisdicional à margem da Constituição e da lei.*
> *Entre a opção pelo alegado direito individual do agravante - que ainda será objeto de análise - e o direito coletivo dos credores da empresa falida - já reconhecida no processo falimentar que tramita no primeiro grau de jurisdição -, há de se dar prestígio ao direito de todos" (...).*

Ressalte-se que, em caso semelhante, a Terceira Turma do STJ decidiu que não viola o contraditório, ampla defesa ou devido processo legal, a decisão do magistrado que, incidentalmente ao processo falimentar, estende o decreto de falência a outra pessoa jurídica, por motivo de confusão patrimonial com a falida. Confira-se a ementa do julgado referido:

> *"Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.*
> *- Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legitima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.*
> *- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.*
> *- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da*

> *personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.*
> *(...)".*
> *(RMS 12.872/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2002, DJ 16/12/2002 p. 306).*

No mesmo sentido, confira-se o seguinte aresto deste egrégio Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO COMERCIAL. QUEBRA. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DOCTRINE OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY).*
> *A promiscuidade existente entre as sociedades empresárias - com o desvio ou consumo de ativo, transferência irregular de numerários, tentativa de fraude contra os credores, entre outras práticas - pode ser punida, dessa forma, com o afastamento temporário do véu da personalidade jurídica. A esse respeito, há entendimento firme no c. STJ no sentido de ser admissível a extensão dos efeitos do decreto de falência a outras sociedades empresárias do mesmo grupo econômico, com amparo na mencionada Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, prescindindo de ajuizamento de ação autônoma. Não há que se falar em violação do contraditório e da ampla defesa em face da ausência de citação ou de pedido de recuperação judicial. É certo que os terceiros alcançados pela decisão poderão expor seu inconformismo por meio dos recursos cabíveis. Assim, a aplicação daqueles postulados constitucionais, corolários do devido processo de direito, é tão-somente postergada" (20080020117170AGI, Relator WALDIR LEÔNCIO JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 19/11/2008, DJ 04/12/2008 p. 66).*

Assim, não se há de falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

De igual modo, não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para requerer a extensão à agravante dos efeitos da falência da sociedade comercial Nélio Weyner Pimenta de Souza e Cia Ltda..

Com efeito, o art. 97, da Lei de Falências, não atribuiu ao Ministério Público competência para, de ofício, requerer a falência de pessoa jurídica.

Todavia, nada impede que o órgão ministerial, no curso de um processo falimentar, na condição de *custus legis*, requeira a extensão dos efeitos da falência de

uma sociedade comercial, já decretada, a uma outra sociedade empresária, em caso de fraude caracterizada pela confusão patrimonial. Tal maneira de atuar é plenamente compatível com os objetivos institucionais do Ministério Público, pois, segundo o art. 127, da CF/88, o *parquet* tem a tarefa de defender a ordem jurídica e os interesses sociais, devendo apresentar postura ativa sempre que estiver em jogo o interesse público primário e o comprometimento da higidez do sistema jurídico.

O funcionamento de uma sociedade comercial criada com intuito manifesto de livrar as dívidas de outra pessoa jurídica atinge a sociedade como um todo, pois implica em prejuízo de diversos credores e compromete a saúde financeira destes, podendo ocasionar quebras em cascatas e extinção de postos de trabalho. Além disso, todo espécie de fraude deve ser combatida, como forma de garantir o respeito dos cidadãos à ordem jurídica posta. Assim, como guardião da ordem jurídica e dos interesses sociais, o Ministério Público tem legitimidade para, na condição de *custos legis*, requerer a extensão à agravante dos efeitos da falência da sociedade empresária Nélio Weyner Pimenta de Souza e Cia Ltda..

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *"Agravo de instrumento - Extensão da Falência - Desconsideração da Personalidade jurídica - Legitimidade do Ministério Público. Evidenciada a legitimidade do Ministério Público para requerer, no curso do processo falimentar, a extensão dos efeitos da falência a pessoas jurídicas componentes do mesmo grupo econômico que o da falida. Agravo conhecido e improvido" (TJSP. Agravo de Instrumento N° 475.195.4/3 Órgão Julgador. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. Relator: Lino Machado. Data de Registro: 07/05/2007).*

A respeito deste julgado, vale conferir as palavras proficientes do eminente Desembargador Relator:

Ementa:

> *"O Ministério Público, atuando como fiscal da lei, principalmente no processo falimentar de instituição financeira, no qual é evidente o interesse público, na salvaguarda dos direitos dos pequenos correntistas e pequenos poupadores, tem o dever de acompanhar os atos de arrecadação e de manutenção dos bens da massa falida. Por isso, em qualquer modalidade de alienação, será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade (art. 142, § 7o, da NLF); pode propor ação revocatória*

(art. 132 da NLF); pode pleitear 'a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores' (art. 19, caput, da NLF); pode 'apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância, ou classificação de crédito relacionado' (art. 80, da NLF), sem contar sua legitimidade para outros atos que não o fazem peça inerte no desenrolar do processo, e nem mesmo sujeita a provocação dos interessados (avulta sua legitimidade na responsabilização dos praticantes de crimes falimentares: art. 183 da NLF).

A extensão dos efeitos da falência a pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico da falida diz respeito, em última análise, à apuração de responsabilidade de quem quer que tenha se envolvido em atos, em tese, criminosos, bem como à arrecadação dos bens que devam responder pelos débitos da massa falida.

Do que precede ressuma evidenciada a legitimidade do Ministério Público para requerer, no curso do processo falimentar, a extensão dos efeitos da falência a pessoas jurídicas componentes do mesmo grupo econômico que o da falida. No caso sob exame, essa legitimidade é fortalecida não só porque nada impede a aplicação subsidiária do art. 50 do CC, como pelo fato de o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica prescindir de ação autônoma (ver acórdãos do STJ nos REsp 228.357/SP, Ministro Castro Filho, publicado em 2 de fevereiro de 2004; RMS 16.274/SP, Ministra Nancy Andrighi, publicado 2 de agosto de 2004)."

Portanto, rejeita-se esta preliminar.

Superadas as questões preliminares, passa-se à análise do mérito do recurso.

No tocante ao mérito, de igual modo, o recurso não merece prosperar.

Ao contrário do que sustenta a agravante, há fortes indícios de confusão entre o seu patrimônio e o da sociedade empresária falida, que justificam a extensão dos efeitos da falência à recorrente. Nesse sentido, a manifestação do Ministério Público (cópia de fls. 35/39), em primeira instância, é bastante esclarecedora:

"Prefacialmente, note-se que ambas as sociedades são administradas pela mesma pessoa, o Sr. Vilton Ribeiro de Souza, mediante procuração

outorgada pelos sócios-gerentes das respectivas sociedades, fato este que já aponta no sentido de uma possível sucessão de empresas.

No caso da falida, embora o contrato social, bem como suas respectivas alterações indiquem serem ambos os sócios, Nélio Weyner Pimenta de Souza e Vilton Kleyler Pimenta de Souza, os administradores da falida, estes outorgaram uma procuração ao seu genitor, Vilton Ribeiro de Souza, conferindo-lhe amplos e especiais poderes para gerir e administrar ativa e passivamente a sociedade Nélio Weyner Pimenta de Souza e Cia Ltda. (fl. 20/22 e 78/80).

Nas audiências de primeiras declarações (fl. 459/465), Nélio Weyner Pimenta de Souza e Vilton Kleyler Pimenta de Souza, afirmam que seu pai era o responsável pela administração da empresa, uma vez que, embora os primeiros tenham sido indicados como sócios-gerentes, como dito, apresentam procuração que dá ao seu pai poderes de administração e gerência.

Na mesma ocasião, os sócios dizem não saber nada acerca dos livros obrigatórios, do contador da falida, nem se foi arquivado o distrato na Junta Comercial e efetivada a respectiva baixa. Na verdade, é o Sr. Vilton Ribeiro de Souza quem traz à baila informações pertinentes ao funcionamento da empresa, apresentando, inclusive, a relação de credores (fl. 497/498). Tal comportamento nos permite inferir que os sócios da falida apenas emprestaram seu nome para constar do contrato social.

Além disso, é de se estranhar que, logo após o pai dos sócios, Vilton Ribeiro de Souza, ter emancipado seus filhos, estes lhes outorgaram a procuração acima citada (fl. 460/463). Tal circunstância aponta que Vilton Ribeiro utilizou o nome de seus filhos para constituir uma empresa.

Mais adiante, os sócios se manifestam nos autos e reiteram que seu pai era o administrador da falida, motivo pelo qual não podem prestar as informações requeridas, nem apresentar os livros obrigatórios.

O administrador judicial, ao se manifestar à fl. 564/565 dos autos, informa não existirem livros contábeis da falida, eis que sequer foram registrados na Junta Comercial.

Após diligências perante a Junta Comercial teve-se notícia de que o Sr. Vilton Ribeiro de Souza é administrador de outra sociedade, a JLR Comércio de Peças e Acessórios Ltda., a qual possui o mesmo objeto social da falida (fl. 584/591).

O contrato social da JLR Comércio de Peças e Assessórios Ltda. Informa que Maria Evanilda Pimenta de Souza e Maria Evânia Pimenta de Souza são as sócias da falida e que aquela é responsável pela gerência e administração da sociedade (fl. 584/591). Nada obstante, na audiência de oitiva (fl. 652/653), a sra. Maria Evanilda alegou ter outorgado uma procuração ao Sr. Vilton Ribeiro de Souza a fim de que administrasse a sociedade

Na mesma ocasião, Maria Evanilda Pimenta de Souza disse que a atividade empresarial exercida na JLR Comércio de Peças e Assessórios Ltda. está relacionada com a sociedade falida (fl. 652), e que o motivo de haver constituído sociedade com o mesmo objeto social da falida se deve à prévia experiência nesse ramo (de oficina mecânica).

Por sua vez, Maria Evânia Pimenta de Souza informa que ingressou na sociedade JLR Comércio de Peças e Acessórios Ltda. a pedido de sua irmã, Maria Evanilda, já que possuía o "nome limpo" (fl. 654). Reafirma que quem administrava era Vilton Ribeiro de Souza e que a sociedade atua no ramo de oficina mecânica.

Cumpre ressaltar que o encerramento das atividades da falida provavelmente ocorreu em meados do segundo semestre do ano de 2001, como se pode constatar das rescisões de contrato de trabalho individual apresentadas à fl. 532/552 (sic) dos autos, e que o ingresso das sócias suso mencionadas na sociedade JLR COMÉRCIO DE PEÇAS E ASSESSÓRIOS Ltda. sobreveio após o encerramento das atividades daquela, entre 2001 e 2002, conforme se verifica da análise da primeira e da segunda alterações contratuais desta sociedade (fl. 611/612 e 589).

Além disso, os sócios das duas sociedades são parentes, sendo que Maria Evanilda é ex-mulher de Vilton Ribeiro de Souza e mãe de Nélio Weyner Pimenta de Souza e Vilton Kleyler Pimenta de Souza, bastando uma rápida leitura das declarações e depoimentos prestados (fl. 460/465 e 652/654) para verificar o legado".

De toda essa exposição dos fatos, o ilustre representante do *Parquet* concluiu:

"De ver-se, pois, existir um forte indicativo de sucessão de empresas, eis que seu objeto social é idêntico (comércio varejista de peças para veículos e prestação de serviços de lanternagem, pintura e mecânica em geral - vide fl. 17 e fl. 611), que os sócios, além de irmãos, compõem

um simulacro de sociedade, que, visivelmente, constitui uma fraude, agravado pelo fato de que a nova empresa JLR Comércio de Peças e Assessórios Ltda., como mencionado, passou a ter como sócias a mãe e tia dos sócios da falida após o encerramento das atividades.
Ademais, causa estranheza o fato de, no caso da sociedade falida, os sócios terem sido emancipados, constituírem a sociedade e logo depois outorgarem uma procuração ao seu pai, Vilton Ribeiro de Souza; e no caso da JLR Comércio e Assessórios Ltda., as sócias serem ex-mulher e cunhada do administrador, tendo esta, Maria Evânia Pimenta de Souza, informado em audiência que foi chamada para compor o quadro societário em razão de possuir "nome limpo".
De mais a mais, não há nos autos qualquer informação acerca da destinação dos bens da falida, afirmando os sócios, na ocasião das audiências de primeiras declarações (fl. 460/465) que a falida não possui bens, embora o contrato social estipular o capital social no valor de R$ 15.000,00 (fl. 415/417). O fato de não terem sido encontrados quaisquer bens, de não haver notícia alguma de venda dos mesmos e de quitação dos credores com o patrimônio da falida, indica que os mesmos foram empregados na sociedade JLR Comércio de Peças e Assessórios Ltda."

Diante das premissas fáticas apresentadas pelo ilustre representante do *Parquet*, não desconstruídas nas razões do recurso da agravante, até mesmo porque não trouxe documentação para uma análise percuciente, não resta dúvida acerca do intuito fraudulento, consistente em transferir o patrimônio da sociedade falida para uma nova pessoa jurídica, com o fim de se livrar das dívidas da primeira. Assim, diante da confusão patrimonial, caracterizou-se o abuso da personalidade jurídica, que permite a desconsideração da personalidade jurídica de Nélio Weyner Pimenta de Souza e Cia Ltda. e a extensão dos efeitos da sua falência à agravante. A propósito, confira-se o seguinte precedente do Colendo STJ:

"FALÊNCIA - EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS ÀS EMPRESAS COLIGADAS - TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - POSSIBILIDADE - REQUERIMENTO - SÍNDICO - DESNECESSIDADE - AÇÃO AUTÔNOMA - PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE.
I - O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n.º 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração

da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.
II - A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses.
Recurso especial provido" (REsp 228.357/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/2004 p. 332).

Portanto, agiu bem o digno magistrado ao acolher a manifestação ministerial e estender os efeitos da falência à agravante.

À vista do exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Negar provimento, unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002015449-6

Agravantes - Sheila Karine Celestino de Sousa e outros
Agravada - VRG Linhas Aéreas S/A
Relator - Des. Flavio Rostirola
Primeira Turma Cível

EMENTA

CIVIL. PROCESSO CIVIL. ACIDENTE AÉREO. VOO DA GOL. SEGURO OBRIGATÓRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. PENSÃO.

1. Em se tratando de ato ilícito o salário a ser considerado para efeito de cálculo de pensão, deve ser aquele que o trabalhador recebia à época do evento. O adequado para o caso seria a usual fixação do valor da pensão em 2/3 (dois terços) dos rendimentos brutos da vítima. A dedução do terço diz respeito ao gasto com o sustento próprio do falecido.

2. No conflito analisado, a ausência do pagamento de seguro obrigatório, em confronto com a legislação que rege a espécie, não foi marcada como caso do qual possa resultar lesão grave e de difícil reparação aos supérstites. Consequentemente, não provoca, a antecipação da tutela.

3. Ausente um dos requisitos necessários para a concessão da liminar requerida, impõe-se seu indeferimento, restando prejudicada uma análise mais aprofundada das demais questões, já que são subordinadas.

4. Deu-se parcial provimento ao recurso para fixar o valor da pensão em 2/3 (dois terços) dos rendimentos brutos da vítima.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Flavio Rostirola - Relator, Ana Cantarino - Vogal, Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Natanael Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer e dar parcial provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de março de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por SHEILA KARINE CELESTINO DE SOUSA e seus filhos: TALES MOREIRA DE ARAUJO, TULIO MOREIRA DE ARAUJO e TIAGO MOREIRA DE ARAUJO. O recurso é tirado dos autos da ação de indenização (inicial às fls. 20/47), Processo nº 2008.07.1.026938-6 em trâmite na Segunda Vara Cível de Taguatinga. Os agravantes ajuizaram a ação contra a empresa aérea GOL TRANSPORTES AÉREOS S/A alegando que AGAMENON MOREIRA DE ARAÚJO, companheiro da primeira e pai dos três últimos autores, faleceu no conhecido acidente aéreo no qual a aeronave da ré se chocou com outro avião em pleno ar. O intuito da ação é a reparação por alegados danos materiais e morais.

Além dos pedidos principais, com base no art. 273 do CPC, pedem o pagamento antecipado do dano patrimonial na forma de prestação mensal de alimentos na quantia de R$3.427,77 (três mil, quatrocentos e vinte e sete reais e setenta e sete centavos), o que corresponde a 2/3 da remuneração total da vítima. Se o primeiro pedido não for atendido, requerem que a base de cálculo da pensão, na mesma fórmula acima enunciada, seja a renda auferida e firmemente comprovada nos autos através do contra-cheque de fls. 72/74.

Ainda em sede antecipatória, pedem também seja determinado:

> *"...o pagamento do valor correto do Seguro Obrigatório, excetuando-se o que já fora pago (14.833,20), pelas razões expostas no valor determinado pela Convenção de Montreal, ou seja, U$135.000,00 (cento e trinta e cinco mil dólares americanos), ou caso assim não entenda Vossa Excelência, que determine, ao menos, de plano, o pagamento do valor reconhecido pela Recomendação do Ministério Público Federal no importe de R$137.381,37 (cento e trinta e sete mil, trezentos e oitenta e um reais e trinta e sete centavos) [...] Ou caso Vossa Excelência assim não entenda, que determine o pagamento imediato do valor já reconhecido pela ANAC, no importe de R$39.795,00 (trinta e nove mil, setecentos e noventa e cinco reais)" (fl. 45).*

Ao analisar o pedido de antecipação de tutela, a MMª Magistrada decidiu:

> *"Trata-se de ação com pedido de reparação de danos materiais e morais e de antecipação de tutela proposta por SHEILA KARINE CELESTINO DE SOUSA E OUTROS em face de GOL TRANSPORTES AÉREOS S.A, todos qualificados nos autos. Alegam os autores a condição de companheira e filhos de AGAMENOM MOREIRA DE*

ARAÚJO, vítima do trágico acidente aéreo envolvendo a Aeronave Boing 737-800, prefixo PR-GTD, que colidiu no ar com a aeronave Embraer Legacy 600, Prefixo N-600XL. Informam que o falecido era pai de família integrada por filhos menores, o qual trabalhava como escrevente substituto do Cartório Moreira do 6º Tabelionato de Notas de Manaus - AM, deslocando-se rotineiramente a Brasília para a manutenção de sua atividade de produtor rural na cidade de Formosa - GO. Aduzem que a renda mensal do falecido era de R$ 900,00, pela remuneração do serviço prestado ao Cartório, além da média de R$ 10.000,00, como criador de aves e cultivador de soja, acrescendo que o vitimado era responsável pelo sustento parcial de sua casa e filhos, eis que arcava com as despesas regulares de água, luz, IPTU, alimentação e vestuário. Por esse motivo, requereram a concessão da antecipação da tutela final pretendida, para a fixação de pensão na ordem de R$6.667,00 (seis mil seiscentos e sessenta e sete reais), equivalente a 2/3 dos provimentos mensais da vítima e pagamento do valor correto do seguro obrigatório, excetuando-se o valor já recebido de R$14.833,20, pelo montante determinado na Convenção de Montreal, ou naquele reconhecido pelo Ministério Público Federal ou ainda, no valor já reconhecido pela ANAC. É o relato do necessário. DECIDO. Para deferimento da tutela antecipada nos termos do art. 273, deve-se verificar se estão presentes os requisitos autorizadores da medida, quais sejam, a verossimilhança da alegação e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. No presente caso, verifica-se que foram carreadas aos autos provas suficientes a amparar o deferimento parcial da antecipação dos efeitos da tutela pretendida. No que toca à verossimilhança das alegações, restou colacionado às fls. 40/43, que o falecido AGAMENON MOREIRA DE ARAÚJO, foi vítima do lastimável acidente aéreo no vôo GOL 1907, de dimensão internacional e que findou por traduzir a insegurança do tráfego aéreo nacional. Demonstrado está, também, por meio dos documentos de fls. 35 a 38, que o falecido deixou companheira e filhos menores, tudo a indicar que as despesas mensais estão sendo suportadas unicamente pela genitora e companheira, o que certamente acarreta a entidade familiar presumível necessidade na composição da renda mensal, de modo a que se proveja a dignidade da sobrevivência nos patamares de outrora. Esse o requisito do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Com efeito, no que diz respeito ao risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento, verifico que as provas produzidas nos autos são

documentos hábeis a amparar a urgência do provimento antecipatório e demonstrar que o efetivo risco que estão sofrendo os autores é em muito superior a eventual risco da empresa ré, caso não confirmada em sentença a tese por eles sufragada. Assim, entendo que estão em colisão o direito de assistência paterna à entidade familiar e o interesse econômico da empresa ré. Sopesando os interesses em conflito, deve prevalecer o dos autores, pois baseados em direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer, uma vez que o dano para os autores, tal com atestado pela ausência do pai e companheiro, é igualmente irreversível. Todavia, o valor pretendido a título de "pensões vencidas" não se sustenta. Isso porque de todo frágil a prova relativa ao auferimento da média de R$ 10.000,00 mensais, pela produção de milho e soja do de cujus. Os recibos particulares e sem qualquer lastro de oficiais, colacionados às fls. 63/66, não se mostram como suporte fáticos à pretensão, razão pela qual deve ser fixado o valor de pensão mensal em 01 (um) salário mínimo, o qual se mostra condizente à renda comprovada do falecido nos autos - fls. 57/58. Sobeja que com relação ao pagamento do seguro obrigatório nos valores tidos por justos, coerentes e legais pelos autores, não há como este Juízo atribuir, em sede de cognição sumária, a legalidade do pedido. Essa é questão que demanda dilação probatória de modo ao seu regular deferimento pelos valores legais e devidos. Pelo exposto, CONCEDO PARCIALMENTE OS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PRETENDIDA, para determinar que a requerida passe a pagar imediatamente aos autores a pensão mensal de 1 (um) salário mínimo. Intime-se, com urgência, a 1ª autora para, caso queira, fornecer o número da conta para depósito. Feito, cite-se e intime-se a parte requerida, com as assinalações legais."

Inconformados, os autores interpuseram o presente recurso com pedido de antecipação da tutela recursal. Apóiam-se nas mesmas razões deduzidas na ação principal.

Por intermédio da decisão de fls. 262/270 deferi parcialmente a antecipação da tutela recursal para majorar o valor da pensão mensal para o importe de R$711,43 (setecentos e onze reais e quarenta e três centavos).

Informações judiciais apresentadas às fls. 279/281.

Contra-razões às fls. 283/292 pugnando pela diminuição do pensionamento e desprovimento do recurso no que concerne ao pedido de complementação do valor devido a título de seguro RETA.

Remetidos os autos ao Ministério Público, sua representante oficia pela manutenção da pensão na forma definida na liminar de fls. 262/270 e o pelo provimento total do recurso na forma requerida.

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) - O recurso foi devidamente preparado (fl. 259).

Certidão de publicação da decisão agravada acostada às fls. 255, em que consta haver sido disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico do dia 03.10.2008, sexta-feira. Nos termos da Lei nº 11.419/2006, considera-se como publicada a decisão no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização que, *in casu*, seria o dia 06.10.2008 - segunda-feira. Protocolado o recurso no dia 15.10.2008, é tempestivo o presente recurso.

O recurso é, também, cabível. A representação processual está regular. Atendidos os pressupostos recursais objetivos e subjetivos, **CONHEÇO DO RECURSO** e admito a interposição no regime instrumental, porquanto a decisão hostilizada diz respeito a pedido de antecipação de tutela, cuja natureza é incompatível com a sistemática do agravo retido.

Dito isso, passo à análise do mérito.

DA PENSÃO

Analisando a questão deduzida, após o estabelecimento do contraditório e da manifestação do Ministério Público, verifico, a presença dos pressupostos para a concessão parcial da tutela antecipada pleiteada no Primeiro Grau de Jurisdição.

Digo isso a partir da análise das provas colacionadas aos autos.

Restou devidamente comprovado nos autos: que o sr. Agamenon Moreira de Araújo faleceu (laudo de identificação cadavérica da seção de antropologia forense - fl. 58); que ele constava da lista de passageiros do vôo da Gol (fl. 62/63); que ele era pai das três crianças que compõem o pólo ativo da ação (fls. 54/56) e companheiro da primeira autora (fl. 53).

Como é cediço, o transportador tem o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto. É consabido também que a responsabilidade da Gol é objetiva.

Em assim sendo, diviso como presente a verossimilhança das alegações, bem como o perigo de dano de difícil reparação, ante a dependência econômica, de modo que tenho como correta a antecipação do pagamento de pensão, em sede de tutela antecipada.

Entretanto, não vejo como deferir a tutela na forma pretendida, pois, como acertadamente decidiu a MMª Magistrada, os meros recibos (fls. 78/81) visando a comprovação da renda referente à atividade rural do falecido, não possuem a robusteza suficiente para autorizar uma decisão positiva neste momento processual.

É sempre oportuno lembrar que compete à parte autora comprovar suas alegações em Juízo.

Como exemplo, cito alguns dos inúmeros documentos que, segundo a previdência social[1], são aptos a comprovar a atividade rural: a) Comprovante de Cadastro do Instituto Territorial - ITR, ou Certificado de Cadastro do Imóvel Rural - CCIR, ou autorização de ocupação temporária fornecidos pelo INCRA; b) Comprovantes de Cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA (em nome do requerente); c) Blocos de Notas do produtor rural e/ou notas fiscais de venda realizada por produtor rural (em nome do requerente), etc.

Nada disso foi trazido aos autos.

Contudo, penso que merece reparo o valor da pensão deferida.

A partir de 01.04.2006, com a vigência da Lei nº 11.321/2006, o salário mínimo vigente era de R$ 350,00. A renda bruta da vítima do acidente (R$900,00) correspondia, portanto, a 2,57 salários mínimos. A partir de 1º de março de 2008, o salário mínimo passou a ser de R$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais).

Por uma simples atualização (2,57 x 465[2]), a renda equivalente em valores atuais seria de R$1.195,05 (um mil, cento e noventa e cinco reais e cinco centavos).

O adequado para o caso seria a usual fixação do valor da pensão em 2/3 (dois terços) dos rendimentos brutos da vítima. A dedução do terço diz respeito ao gasto com o sustento próprio do falecido.

O resultado do cálculo realizado seria de **R$796,70 (setecentos e noventa e seis reais e setenta centavos)**.

Este deve ser o valor da pensão, pois não há motivos de se ter como base de cálculo o valor líquido do salário do falecido. O raciocínio acima é meramente estimativo e a fórmula visa atender a um padrão de justiça e equidade para o caso concreto.

DO SEGURO OBRIGATÓRIO

Ainda em sede antecipatória, pedem também os agravantes seja determinado:

> *"...o pagamento do valor correto do Seguro Obrigatório, excetuando-se o que já fora pago (14.833,20), pelas razões expostas no valor determinado pela Convenção de Montreal, ou seja, U$135.000,00 (cento e trinta e cinco mil dólares americanos), ou caso assim não entenda Vossa Excelência, que determine, ao menos, de plano, o pagamento do valor reconhecido pela Recomendação do Ministério Público Federal no*

> *importe de R$ 137.381,37 (cento e trinta e sete mil, trezentos e oitenta e um reais e trinta e sete centavos) [...] Ou caso Vossa Excelência assim não entenda, que determine o pagamento imediato do valor já reconhecido pela ANAC, no importe de R$ 39.795,00 (trinta e nove mil, setecentos e noventa e cinco reais") (fl. 45).*

Quanto a este pedido, entendo que a matéria não pode ser decidida na forma do art. 273 do CPC.

Alinhada a este posicionamento, a agravada declara:

> *"Com efeito, não há* fumus boni iuris, *na medida em que, não há como, em sede de cognição sumária, averiguar quais os valores seriam corretos a título de indenização pelo seguro RETA. Ademais, não há* periculum in mora *quanto ao não pagamento de tal verba, tanto assim que os Agravantes apenas propuseram esta demanda quase dois anos após o acidente" (fls. 289/290).*

Contra essas teses, o Ministério Público, no substancial parecer de fls. 312/341, alega ser impositiva a antecipação dos efeitos da tutela requerida, em harmonia com a inteligência do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Diz a douta procuradora de Justiça:

> *"A Agravada não ataca o fato jurídico que constitui o mérito da causa, ou seja, não nega a existência do dano a indenizar, tampouco o direito dos Agravantes ao recebimento do Seguro Obrigatório RETA, mas tão-somente argúi a sua ilegitimidade* ad causam. *Com efeito, a Agravante apenas alega que seria parte ilegítima para figurar no pólo passivo da Ação em evidência, porquanto não possuiria obrigação legal de efetuar o pagamento do Seguro Obrigatório em evidência, mas sim a Companhia Seguradora contratada por ela, nos termos do artigo 281 do Código Brasileiro de Aeronáutica, combinado com o artigo 788 do Código Civil. Porém, conforma já exposto, a arguição da Agravada é manifestamente infundada, pois ela é a responsável primária pelo ato ilícito. Não é razoável, portanto, diferir a concessão da tutela jurisdicional pretendida pelos Agravantes, impondo a eles o ônus do tempo do processo, tendo em vista a apresentação de defesa processual infundada por parte da Agravada. Adiar, injustificadamente, a pronta tutela ao direito substancial dos Agravantes significaria, notoriamente, impor a eles a penosa espera, anos a fio, pela entrega do bem da vida almejado" (fl. 328).*

Com a devida vênia aos argumentos da agravante e da ilustrada representante ministerial, não vejo motivos para modificar meu entendimento registrado na r. decisão de fls. 262/270, pois não marco a ausência do pagamento do seguro como caso do qual possa resultar lesão grave e de difícil reparação aos supérstites.

O conjunto dos fatos alegados com vistas a fundamentar a medida cautelar direciona-se exclusivamente à manutenção do "*...padrão social que possuíam em razão do acidente com o Boeing da Gol*" (fl. 16). Não existe um só argumento a justificar a antecipação da tutela quanto ao pagamento da indenização.

Ora, diante dos comprovantes de pagamento de fls. 72/74, a pensão arbitrada judicialmente mantém a sobrevivência material dos autores, este sim o fundamento da providência jurisdicional buscada.

Consequentemente, ao ser analisado o conflito com a legislação que rege a espécie, não provoca, de imediato, dano irreparável ou de difícil reparação aos agravantes.

Ausente um dos requisitos necessários para a concessão da liminar requestada, impõe-se seu indeferimento, restando prejudicada uma análise mais aprofundada das demais questões, já que são subordinadas.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso tão-somente para, mantendo a liminar anteriormente concedida, deferir a tutela antecipada e majorar o valor da pensão para R$ 796,70 (setecentos e noventa e seis reais e setenta centavos), correspondente a 2/3 (dois terços) dos rendimentos brutos da vítima. Mantenho indene os demais efeitos da r. decisão agravada.

É o voto.

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

Desa. Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer e dar parcial provimento, unânime.

Notas

[1] *http://menta2.dataprev.gov.br/prevfacil/prevdoc/benef/pg_internet/iben_visudoc.asp?id_doc=10*

[2] *A partir de 1º de fevereiro de 2009, o salário mínimo passou a ser de R$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais) por força do artigo 1º da Medida Provisória nº 456, DE 30.01.2009.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002016192-7

Agravante - Leda Teresinha da Costa Oliveira
Agravada - AFIM - Associação da Feira dos Importados
Relator - Des. Otávio Augusto
Sexta Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ELEITORAL. ASSOCIAÇÃO. FEIRA DOS IMPORTADOS. PARTE REPRESENTADA EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE PODERES NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. POSSIBILIDADE.

- É parte ilegítima para figurar no feito o representante cuja procuração a ele outorgada não confere poderes para representar o outorgante em juízo.

- *"Por força do efeito translativo dos recursos, as questões de ordem pública, tais como ilegitimidade* ad causam, *podem e devem ser examinadas de ofício pelo Relator, em qualquer momento e grau de jurisdição, independentemente do que tenha sido devolvido ao Tribunal pela impugnação formulada pela parte."*
(20050020040095AGI, Relator Nívio Geraldo Gonçalves, 1ª Turma Cível, julgado em 07/11/2005, DJ 08/06/2006, p. 86).

- Em face da ausência de poderes da representante da autora para estar em juízo, não detém legitimidade ativa para figurar na lide e, por conseguinte, para recorrer, razão pela qual, em observância ao efeito translativo dos recursos, a teor do art. 515, §1º, do CPC, a extinção do processo por ausência de uma das condições da ação é medida que se impõe.

- Julgado extinto o processo sem julgamento de mérito. Prejudicado o agravo de instrumento. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Otávio Augusto - Relator, José Divino de Oliveira - Vogal, Jair Soares - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Ana

Maria Duarte Amarante Brito, em proferir a seguinte decisão: de ofício, extinguiu o processo principal. Prejudicado o agravo. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 2 de março de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por LEDA TERESINHA DA COSTA OLIVEIRA, representada por ANA CRISTINA OLIVEIRA, contra decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 14ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF que, nos autos da ação declaratória nº 2008.01.1.126257-9 proposta em desfavor da AFIM - ASSOCIAÇÃO DA FEIRA DOS IMPORTADOS, indeferiu a tutela antecipada, na qual a autora objetivava o afastamento da atual diretoria da Associação Ré com a consequente nomeação de diretoria provisória.

Inconformada, sustenta a autora que é comerciante e exerce suas atividades na Feira dos Importados, tendo se associado à ré em 2007.

Alega que tomou conhecimento de diversas irregularidades que desabonam a atual diretoria da Associação, bem como o processo eletivo que a legitimou para o desempenho do cargo, tais como a eleição de parentes da Chapa 1 para a Comissão Eleitoral, o incorreto indeferimento da inscrição da Chapa 2, débitos dos integrantes da Chapa vencedora com as taxas exigidas, mesmo após a inscrição para concorrer ao pleito, em frontal desacordo com o que estipula o art. 22 do Estatuto, dentre outros.

Entende estarem presentes os requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo ao agravo para que a tutela antecipada seja deferida e a atual Diretoria afastada, bem assim seja nomeado administrador provisório até o julgamento de mérito da ação declaratória.

Parte dispensada do recolhimento do preparo, tendo em vista o deferimento, nesta oportunidade e por esta instância revisora, dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fl. 113).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido às fls. 113/114, haja vista a ausência dos pressupostos necessários para tanto.

As informações foram prestadas pela douta magistrada *a quo* às fls. 118/119, noticiando o não-cumprimento do art. 526 do CPC pelo agravante, bem como a manutenção da decisão agravada.

Contraminuta da agravada às fls. 124/202, em que aduz ilegitimidade da autora, em virtude da representação deficiente conferida pela procuração arrolada à fl. 29, na qual não há previsão para que a outorgada possa ajuizar ação ou mesmo representá-la em juízo. Anota, ainda, que foram ajuizadas diversas ações contra a

Associação agravada, com vistas a impedir a realização da eleição, em patente litigância de má-fé. No mérito, pugna pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

VOTOS

Des. Otávio Augusto (Relator) - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por LEDA TERESINHA DA COSTA OLIVEIRA, representada por ANA CRISTINA OLIVEIRA, contra decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 14ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF que, nos autos da ação declaratória nº 2008.01.1.126257-9 proposta em desfavor da AFIM - ASSOCIAÇÃO DA FEIRA DOS IMPORTADOS, indeferiu a tutela antecipada, na qual a autora objetivava o afastamento da atual diretoria da Associação Ré com a consequente nomeação de diretoria provisória.

Pretende a agravante a reforma da decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, com vistas a afastar a atual Diretoria da Associação ré, com a consequente nomeação de administrador provisório até a resolução da lide.

Preliminarmente, procedendo-se a uma análise mais detida da questão posta em debate, infere-se que assiste razão à agravada quando aduz a ilegitimidade da autora para propor a demanda.

Com efeito, do cotejo da procuração de fl. 29, em que a autora outorga diversos poderes a ANA CRISTINA OLIVEIRA, que ora a representa em juízo, não há qualquer previsão acerca da representação judicial, razão por que não poderia ter intentado a presente ação declaratória.

Ora, *"por força do efeito translativo dos recursos, as questões de ordem pública, tais como ilegitimidade* ad causam, *podem e devem ser examinadas de ofício pelo Relator, em qualquer momento e grau de jurisdição, independentemente do que tenha sido devolvido ao Tribunal pela impugnação formulada pela parte."* (20050020040095AGI, Relator Nívio Geraldo Gonçalves, 1ª Turma Cível, julgado em 07/11/2005, DJ 08/06/2006 p. 86).

A respeito do tema, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier *in* "Os Agravos no CPC Brasileiro", RT, 3ª.ed.:

> ***"O Tribunal, desde que se trate de conhecer de matéria de ordem pública cuja constatação possa ser feita* icto oculi*, pode extinguir o processo com base no art. 267, em julgando um agravo, em que a matéria não tenha sido ventilada.***
>
> *Pensamos, assim, que, por exemplo, o Tribunal pode, julgando um agravo interposto pelo réu, contra decisão que concedeu liminar em*

> *favor do autor, extinguir o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade deste.*
> *Trata-se, evidentemente, de situação delicada. Veja-se que, na verdade, o processo, nesses casos, fica sem sentença. Mas, a rigor, isto ocorre também nos casos em que o tribunal, julgando agravo interposto de despacho saneador, acolhe preliminar e extingue o processo.*
> *Poder-se-ia objetar: mas o juízo a quo nem terá chegado a se manifestar sobre o mérito. Mais isto pode ocorrer, por exemplo, num processo em que nada seja dito em 1º grau acerca da legitimidade da parte, em que o juiz também não toque neste ponto na sentença, e, apesar disso, o Tribunal conhecendo da matéria, extinga o processo sem julgar a lide." (g.n.)*

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por seu turno, anotam:

> *"Dá-se o efeito translativo, quando sistema autoriza o tribunal a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento* ultra, extra *ou* infra petita. *Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão."* (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, RT, 5ª.ed., p. 958).

E o entendimento deste Tribunal de Justiça sinaliza no mesmo sentido, conforme se extrai dos seguintes arestos:

> *"PROCESSO CIVIL. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO TRANSLATIVO. ADMISSIBILIDADE.*
> *É lícito ao tribunal, apreciando apelação apenas do autor, contra sentença de mérito que lhe fora parcialmente favorável, extinguir o processo sem julgamento do mérito, entendendo ser o recorrente carecedor da ação. é que o exame das condições da ação deve ser feito* ex officio *(art. 267, § 3º/CPC), não caracterizando a proibição da reformatio* in pejus, *incidente apenas quanto às questões de direito dispositivo.*
> *(APC4832898, Relator Ana Maria Duarte Amarante Brito, 2ª Turma Cível, julgado em 21/09/1998, DJ 09/12/1998, p. 70).*

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRANTE. ILEGIMITIDADE ATIVA* AD CAUSAM. *RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*
> *Ante o efeito translativo dos recursos, pode, o Tribunal, em sede de Agravo de Instrumento, extinguir a ação originária, sem resolução do mérito, se ausente qualquer das condições da ação, ainda que a questão não tenha sido suscitada ou analisada na instância originária.*
> *Evidenciado que o agravante não está jungido à situação fática e jurídica delineada no bojo do Mandado de Segurança por ele impetrado, que, ao contrário, vincula-se a terceira pessoa, patente a sua ilegitimidade ativa* ad causam.
> *(20080020062060AGI, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 02/07/2008, DJ 14/07/2008 p. 86).*

Desse modo, em face da ausência de poderes da representante da recorrente para estar em juízo, não detém legitimidade ativa para figurar na lide e, por conseguinte, para recorrer, razão pela qual, em observância ao efeito translativo dos recursos, a teor do art. 515, §1º, do CPC, a extinção do processo por ausência de uma das condições da ação é medida que se impõe.

Nessa conformidade, JULGA-SE EXTINTO o processo principal sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI), ao passo em que se conhece do presente agravo de instrumento, julgando-o, contudo, prejudicado.

Em homenagem ao princípio da causalidade, condena-se a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 300,00 (trezentos reais).

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

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

DECISÃO

De ofício, extinguiu o processo principal. Prejudicado o agravo. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002016403-1

Agravante - Celeiro Corretora de Mercadorias Ltda.
Agravada - BELASA Belo Jardim Aves S/A
Relator - Des. Natanael Caetano
Primeira Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. ACORDO. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. SUSPENSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA PELA OBRIGAÇÃO DE PAGAR. CONDUTA MATERIALIZADA. GERAÇÃO DE EXPETATIVA PARA O CREDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*.

A execução só será extinta, nos termos do art. 794 do Código de Processo Civil, quando o devedor satisfaz a obrigação, obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remição total da dívida, ou quando o credor renunciar ao crédito. Fora dessas hipóteses, impõe-se a suspensão da execução, não havendo falar-se em extinção.

O dístico romano da *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*, desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, não compactua com o exercício de uma posição jurídica em contrário com o comportamento assumido anteriormente. *In casu*, a agravante/executada se sujeitou, mediante acordo, a cumprir as parcelas devidas, pagando determinada quantia em lugar de entregar coisa certa. Ao concretizar parte da avença, com tal comportamento, gerou expectativa para o credor de que seriam efetivadas as demais parcelas da mesma forma que a primeira, não se admitindo o retorno ao que antes fora acordado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Natanael Caetano - Relator, Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos - Vogal, Lécio Resende - Vogal, sob a presidência do

Senhor Desembargador Lécio Resende, em proferir a seguinte decisão: conhecer e negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por CELEIRO CORRETORA DE MERCADORIAS LTDA. contra a r. decisão monocrática (cópia à fl. 372 destes autos) proferida pela MM. Juíza da 7ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, que indeferiu os efeitos pretendidos pela executada/agravante (cópia à fl. 364 destes autos) no que concerne às despesas de armazenamento dos bens que depositou em favor da exequente/agravada, Belo Jardim Aves. S.A, para se ver liberada da obrigação exequenda.

Em seu arrazoado de fls. 02/18, sustenta a agravante, em apertada síntese, que a decisão agravada padece de *error in procedendo* na medida em que modificou o rito e a natureza jurídica da execução movida em seu desfavor, para a entrega de quantia certa, quando, no seu entender, seria de entrega de coisa certa correspondente a 160 (cento e sessenta) toneladas de milho, conforme transação homologada em juízo.

Às fls. 376/378, indeferi o pedido de liminar vindicado.

Preparo à fl. 19.

Petição da agravante às fls. 381/382, ratificando sua pretensão de que seja provido o mérito do agravo.

Informações prestadas às fls. 383/385, nas quais a MM. Juíza *a quo* noticia a manutenção da decisão agravada e que a agravante cumpriu o disposto no art. 526 do Código de Processo Civil. Informa, ainda, que a exequente/agravada não se interessou pelo bem ofertado pela executada/agravante.

Não houve resposta da parte agravada, conforme consta da certidão de fl. 386.

É o relatório.

VOTOS

Des. Natanael Caetano (Relator) - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre ressaltar, conforme observado da cópia da inicial juntada nestes autos às fls. 22/23, haver sido proposta em desfavor da agravante ação de execução por quantia certa.

No curso da execução, as partes transigiram a substituição da obrigação de pagar quantia certa pela obrigação de entregar coisa certa, correspondente a grãos de

milho, na quantidade de 160 toneladas, que deveria ser entregue, de forma parcelada, na praça da credora/agravada. As partes submeteram esse acordo à homologação judicial, consoante se depreende das cópias de fls. 54/55.

Ocorre que depois disso as partes vieram a juízo, informando que o pagamento da primeira parcela havia sido realizado em dinheiro, ocasião em que noticiaram ao magistrado *a quo* que as demais também seriam efetuadas dessa forma, por motivo de praticidade na quitação das obrigações. Reproduzo, para o conhecimento dos eminentes pares, os termos dessa avença firmada pelas partes (cópia destes autos à fl. 72):

> *"Recebi de Celeiro - Corretora de Mercadorias Ltda., nesta data, a quantia de cinquenta milhões de cruzeiros que correspondem a 250 sc. de 60 Kg de milho, sendo este o preço médio entre as praças (Brasília-Recife) em causa, CIF, na forma do acordo e transação nos Autos de Processo nº 18.420/91, da 7ª VCv, firmando este nesta única via para os fins legais, devendo esta sistemática ser adotada daqui para a frente na oferta de dinheiro equivalente a sacas de milho obedecida a cotação do dia e a média de preço CIF entre as praças citadas. / Produto posto CIF Belo Jardim, Pernambuco. Brasília, 30-mar-93."*

Não bastasse isso, a executada/agravante compareceu em juízo e confirmou a substituição da obrigação de entregar coisa certa para a de pagar quantia correspondente às sacas de milho devidas à exequente/agravada, conforme se vê do peticionado à fl. 74. Transcrevo *ipsis literis*:

> *"CELEIRO-CORRETORA DE MERCADORIA LTDA., já qualificada nos autos de Embargos à Execução nº A-18.420/91, vem respeitosamente à presença de V. Exª., por seu procurador abaixo assinado, para informar que deu início ao cumprimento do Termo de Transação, homologado por sentença, mediante pagamento da importância de Cr$ 50.000.000,00, sendo: Cr$ 40.000.000,00 equivalente a 250 sacos de milho e Cr$ 10.000.000,00 de honorários profissionais, conforme recibos anexos.*
> *Assim sendo, requer a baixa dos autos, na forma do disposto na cláusula terceira do aludido Termo e a liberação da penhora, tendo em vista que os bens ficarão em poder da Bolsa Nacional de Mercadorias, como supervisora da execução do mencionado instrumento.*
> *N. Termos*
> *P. Deferimento."*

Constam das fls. 75/77-verso destes autos, as cópias dos recibos do pagamento, em pecúnia, da primeira parcela do acordo.

Diante disso, não resta dúvida alguma de que houve a conversão da obrigação de entregar coisa certa em obrigação de pagar quantia certa.

Em sendo assim, o agir da agravante, diverso do que restou por último acordado, pretendendo cumprir a obrigação da forma prevista no primeiro acordo, impondo que a exequente/agravada aceite receber o pagamento em sacas de milho, atribuindo-lhe, ainda, o dever de arcar com as despesas de seu armazenamento, enquanto não retirados do depósito, fere frontalmente o princípio basilar da boa-fé objetiva que rege todas as relações obrigacionais.

Uma das funções precípuas do princípio citado é nortear o julgador, para que este venha a derrogar todas as posições contraditórias assumidas pelas partes, inclusive, as que forem tomadas no processo, vedando abusos de direito e limitando, dentro dos padrões da *bona fidei,* o exercício de direitos subjetivos.

Do desdobramento disso, extrai-se a aplicação na hipótese do dístico romano *Venire Contra Factum Proprium (Nulli Conceditur),* o qual reporta à vedação de vir a pessoa a agir contra o fato próprio que já havia incutido expectativa de efeitos à outrem de boa fé.

Sobre o tema, destaco as profícuas lições de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (*in* Direito Civil - Teoria Geral, Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 7ª Ed., p. 580), quando explicam que a *venire* nada mais é do que "*a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando expectativas de outrem. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa*".

Ora, a agravante, ao efetuar o pagamento da primeira parcela em dinheiro, concordando que as seguintes seriam da mesma forma, incutiu na credora uma real expectativa de que também seriam pagas as próximas parcelas devidas em dinheiro.

Além disso, é do conhecimento de todos que a melhor forma de receber uma dívida é em dinheiro, por todas as facilidades que naturalmente representa.

Portanto, a meu sentir, agiu com acerto a eminente magistrada *a quo*, ao indeferir o pedido da agravante, para que fosse determinado que a exequente/agravada arcasse com os custos do armazenamento dos bens depositados em cumprimento à obrigação exequenda, caso não os retirasse do depósito no prazo de 10 a 20 dias. (cópias às fls. 363/364). De sorte que, não merece nenhuma reforma a decisão agravada.

De outro lado, importante mencionar que, como se trata de acordo, formalizado por petição, prevendo o cumprimento parcelado de prestações, portanto, fora dos casos previstos no Código de Processo Civil, art. 794 e seus incisos, os quais prevêem a extinção da execução quando o devedor satisfaz a obrigação; obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remição total da dívida; ou

quando o credor renuncia ao crédito, não merece prosperar a tese de extinção da execução em tela.

Só para ilustrar, trago à baila os comentários de Theotonio Negrão (*in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 32a Ed.,. pág. 808) sobre o art. 794, especialmente o inciso II, do Código de Processo Civil, quando assinala que "*É inoportuno o decreto de extinção do processo, quando a transação acha-se protraída no tempo e somente após o seu regular cumprimento é que se legitima o decreto extintivo da execução*" (JTJ 169/136).

Ademais, pelo que se infere dos autos, a exequente/agravada apenas requereu a suspensão da execução até que fosse cumprido o acordo (fl. 60), o que não aconteceu.

A suspensão da execução até o total cumprimento do acordo é medida que encontra amparo no art. 792, do Código de Processo Civil, tanto que a presente execução segue seu regular curso, contrariando a tese de defesa apresentada pela agravante.

Contudo, não posso deixar de registrar que muito me admira a falta de interesse da agravada em receber os bens depositados em seu favor, depois de tantos anos de espera em satisfazer o seu crédito. O dinheiro é sempre melhor que outros bens, mas não receber nada é situação bem pior. Fica aqui essa singela consideração, para que as partes procurem chegar ao consenso e ponham fim a essa execução que se arrasta desde o ano de 1991.

À vista de todo o exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO, mantendo intocada a decisão agravada.

É como voto.

Desa. Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos (Vogal) - Com o Relator.

Des. Lécio Resende (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer e negar provimento, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 20000110566631-3

Apelantes - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. João Mariosi
Terceira Turma Cível

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INVASÃO DE ÁREAS PÚBLICAS - INDENIZAÇÃO POR DANOS AO PATRIMÔNIO E AO MEIO AMBIENTE - DANOS REVERSÍVEIS - DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES IRREGULARES - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO DISTRITO FEDERAL - AUTORIZAÇÃO DE USO - PERDA DA VALIDADE - LEI N.º 754/94 - INCONSTITUCIONAL.

1. Não há necessidade de se condenar o Poder Público em indenização pelos danos causados ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico, e social, se estes são reversíveis, possibilitando o retorno ao *status quo ante*.

2. O Distrito Federal é responsável, em solidariedade com os demais réus, pela demolição de construções irregulares, pois por ato comissivo concedeu a autorização de uso de área pública a particulares ou por negligência permitiu a ocupação ilegal.

3. A declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 754/94 retirou a validade dos termos de autorização de uso de área pública conferidos aos particulares com base nesta norma legal.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Mariosi - Relator, Mário-Zam Belmiro - Revisor, Nídia Corrêa Lima - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Mariosi, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento ao recurso adesivo. Dar parcial provimento ao recurso do MP. Unânime., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de março de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), com pedido de liminar, em desfavor do Distrito Federal (DF) e outras, com base na inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 754/94, para condenar o Distrito Federal em obrigação de não fazer, para abster-se da concessão de alvarás de ocupação, construção ou funcionamento ou ainda de proceder à aprovação de projetos arquitetônicos e/ou engenharia (B.1); condenar os réus em obrigação de fazer para promover a demolição de construções situadas em áreas públicas (B.2); condenar os réus, com exceção do DISTRITO FEDERAL, em obrigação de indenizar os danos provocados ao meio ambiente, patrimônio público cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social (B.3); decretar a nulidade de atos normativos e/ou administrativos editados pelas autoridades administrativas locais que importem na regularização das ocupações irregulares das áreas públicas (B.4).

O pedido de liminar foi negado (fl. 317)

O Distrito Federal contestou os termos contidos na petição inicial (fls. 324/339). Sustentou a impossibilidade jurídica do pedido, ao afirmar que o autor queria ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 754/94; que os atos administrativos são amparados em lei presumidamente constitucional; que não foi omissa na fiscalização das obras questionadas.

Os réus Nosso Bar, Nosso Mar Alimentos Ltda. e Rodrigues e Prado Ltda apresentaram contestação em conjunto (fls. 350/358), aduzindo a ilegitimidade passiva do réu Nosso Bar, porque este possuía termo de autorização de uso; a incompetência do juízo. No mérito, alegaram que o traçado urbanístico sofreu alterações irreversíveis; que não houve limitações ao uso e gozo da propriedade; que a utilização do espaço público está regulamentado pela Lei Distrital n.º 754/94.

A ré Interior de Minas foi excluída da lide, a pedido do próprio autor (fls. 387/388 e 390).

Réplica ás fls. 399/427.

Instadas as partes para especificação das provas (fl. 428), O Distrito Federal (fl. 430) e o MPDFT (fls. 432/434) requereram o julgamento antecipado da lide. Os demais réus não especificaram provas, conforme certidão de (fl. 436)

A sentença foi publicada no dia 08/05/2001, e consigna o seguinte dispositivo:

> "Por todo o exposto, julgo **IMPROCEDENTE** o pedido inicial em relação ao **DISTRITO FEDERAL** e **PROCEDENTE EM PARTE** em relação aos réus remanescentes, **NOSSO MAR ALIMENTOS LTDA.** e **BAR DOS CUNHADOS**, para

> **CONDENÁ-LOS** na prestação de obrigação de fazer consistente na demolição total e definitiva das construções que realizaram em área pública, bem como na indenização dos danos que causaram ao patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social, o que deve ser apurado em liquidação de sentença, estabelecida a multa diária de 2.000 (duas mil) UFIR's, no caso de não cumprimento do preceito estabelecido por sentença, sem prejuízo da execução específica. **CONDENO** o réu **NOSSO BAR LTDA.,** na prestação de obrigação de fazer, consistente na demolição total e definitiva que realizou em área pública somente."

O Distrito Federal interpôs embargos de declaração (fls. 446/448), os quais foram rejeitados (fls. 450/451). A decisão foi publicada em 05/06/2001 (fl. 453).

O MPDFT teve vista dos autos em 06/08/2001 e interpôs recurso de apelação em 23/08/2001. Requer a reforma da sentença para decretar a nulidade de atos normativos e/ou administrativos editados pelas autoridades administrativas locais que importem na regularização das ocupações irregulares das áreas públicas (B.4) e condenar o Distrito Federal nos seguintes pedidos: obrigação de fazer para promover a demolição de construções situadas em áreas públicas (B.2); obrigação de indenizar os danos provocados ao meio ambiente, patrimônio público cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social (B.3).

As contra-razões do Distrito Federal apresentam os mesmos argumentos da contestação (fls. 495/508). O DF interpôs recurso adesivo (fls. 509/520) requerendo a extinção do processo, com base no artigo 267, IV e V, do Código de Processo Civil (CPC).

O MPDFT ofereceu contra-razões do recurso adesivo (fls. 525/535).

Manifestação da 1ª Procuradoria de Justiça dos Direitos Difusos, Coletivos e Homogêneos, mediante Parecer n.º 2-423/02 - JFRS -, no sentido de reformar parcialmente a sentença para responsabilizar o Distrito Federal pela ocupação da área pública (fls. 541/559).

Julgada a Apelação Cível por esta Turma, negou-se provimento ao recurso do MPDFT, mas deu-se provimento ao recurso do DF para extinguir o processo, com base no artigo 267, IV e V, do CPC (fls. 561/589).

Interpostos Embargos de Declaração (fls. 591/598) pelo MPDFT, negou-se provimento ao recurso (fl. 602).

Foram interpostos Recurso Especial (fls. 609/633) e Recurso Extraordinário (fls. 645/663) pelo MPDFT.

O DF contra-razoou ambos os recursos (fls. 668/674 e 675/680).

Em juízo de admissibilidade (fls. 682/684), o em. Desembargador Natanael Caetano deferiu o processamento dos recursos extraordinários.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial (REsp n.º 599007/DF), pois considerou viável a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, como controle difuso de constitucionalidade (fls. 686/693). Entendeu aquela Corte que a pretensão deduzida na demanda, seja sob o aspecto positivo, seja subjetivo, é limitada a interesses e a pessoas relacionadas a uma determinada área comercial, cuja inconstitucionalidade serve de fundamento do pedido.

O Distrito Federal opôs embargos de declaração em face da decisão do STJ, os quais foram rejeitados (fls. 704/708).

O Distrito Federal interpôs Recurso Extraordinário (fls. 710/723). Sustentou, em síntese, que o interesse tutelado pelo MPDFT é difuso e que a sentença proferida em ação civil pública tem efeitos *erga omnes,* o que implica em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (fls. 711723).

O MPDFT apresentou suas contra-razões (fls.725).

O Recurso Extraordinário interposto pelo DF foi admitido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (fl. 742).

O Ministro Eros Grau, em decisão monocrática proferida nos autos do RE n.º 438.328-4, assim se manifestou: "*As alegações do Distrito Federal são insubsistentes. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil que vise à proteção do patrimônio público [RE n. 234.349, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 14.06.02] (...)* ***Nego seguimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal*** *com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF.* ***Julgo prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*** *contra o acórdão do Tribunal de Justiça, porque o seu recurso especial foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça.*"

O Distrito Federal interpôs agravo regimental (fls. 769/784), mas a segunda turma do STF negou seguimento ao recurso (fl. 799).

É o relatório.

VOTOS

Des. João Mariosi (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e Territórios (MPDFT) em face do Distrito Federal (DF) e outros réus, tendo em vista que, exceto o primeiro réu, os demais teriam invadido áreas públicas adjacentes ou lindeiras aos imóveis dos quais são locatários ou proprietários, localizados na SCLN, Quadra 115, Bloco B.

Em sua petição inicial, o MPDFT requereu a condenação do Distrito Federal na obrigação de não fazer, para abster-se da concessão de alvarás de ocupação, construção ou funcionamento ou ainda de proceder à aprovação de projetos arquitetônicos e/ou engenharia (B.1); condenar os réus em obrigação de fazer para promover a demolição de construções situadas em áreas públicas (B.2); condenar os réus, com exceção do DISTRITO FEDERAL, em obrigação de indenizar os danos provocados ao meio ambiente, patrimônio público cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social (B.3); decretar a nulidade de atos normativos e/ou administrativos editados pelas autoridades administrativas locais que importem na regularização das ocupações irregulares das áreas públicas (B.4).

O MM. Juiz julgou **IMPROCEDENTE** o pedido inicial em relação ao **DISTRITO FEDERAL** e **PROCEDENTE EM PARTE** em relação aos réus remanescentes, **NOSO MAR ALIMENTOS LTDA.** e **BAR DOS CUNHADOS**, para **CONDENÁ-LOS** na prestação de obrigação de fazer consistente na demolição total e definitiva das construções que realizaram em área pública, bem como na indenização dos danos que causaram ao patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social, o que deve ser apurado em liquidação de sentença,

O MPDFT, em seu recurso, requereu a reforma parcial da sentença, a fim de que fossem *julgados procedentes os pedidos estampados nos itens* ***B.2, B.3 e B.4 da petição inicial,*** *relativamente ao Distrito Federal* (fl. 415).

O DF, por meio de recurso adesivo, pleiteou a extinção do processo, com fundamento no artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil (CPC).

Em julgamento ocorrido no dia 20/06/2002, Acórdão n.º 158981, esta Turma negou provimento ao recurso do MPDFT e deu provimento ao recurso do DF.

Em virtude do julgamento do REsp n.º 599007/DF, Relator Ministro **Teori Albino Zavascki,** o Superior Tribunal de Justiça considerou presentes os pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação.

MÉRITO

Passa-se, assim, ao mérito da demanda.

Inicialmente, cabe esclarecer que o Conselho Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei n.º 754/94, pelo julgamento da ADI nº 2005.00.2.005004-2:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS Nº 754, DE 30/08/1994 E 1.071, DE 15/05/1996. DESAFETAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPE-*

> *TÊNCIA PRIVATIVA DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMPROVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA POPULAÇÃO INTERESSADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 51, § 2°, 52 E 100, INCISO VI, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL.*
> *- Leis de autoria parlamentar que dispõem sobre a administração de bens do Distrito Federal, seu uso, destinação e desafetação padecem de vício formal de iniciativa, posto que só poderiam ter sido propostas por projetos de lei específicos, de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo.*
> *- São materialmente inconstitucionais as leis que contrariem a Lei Orgânica do Distrito Federal, ao estabelecer, em seu artigo 51, § 2°, que a desafetação de área pública está condicionada à prévia comprovação do interesse público e à prévia audiência da comunidade interessada.*
> *- Ação julgada procedente. Unânime." (Registro do Acórdão n.º 239078;* **Relator Desembargador Otávio Augusto***; julgado em 13/12/2005; publicado no DJU em 11/05/2006)*

O pedido formulado pelo MPDFT no item B.3 para condenar DF ao pagamento de indenização por danos provocados ao meio ambiente, ao patrimônio público cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social não merece guarida.

No documento de fls. 166/166v, o Diretor do Departamento de Patrimônio Histórico e Artístico (DEPHA/SCE) afirmou que... *somente a remoção total dos elementos construídos indevidamente poderá restaurar a situação desejável e adequada aos bons princípios de organização do espaço urbano e arquitetônico, o que se constituem em condição necessária ao estabelecimento do interesse público sobre o interesse de alguns, bem como para garantir as qualidades ambientais e urbana do conjunto urbano do Plano Piloto de Brasília."*

O laudo do Instituto de Criminalística (fls. 247/267) indica que as invasões cometidas pelos particulares enquadram-se no inciso I do artigo 1º da Resolução CONAMA n.º 001/86, e que os danos ambientais são reversíveis, conforme trechos a seguir:

> *"2 - "Em caso afirmativo descrever o tipo de impacto, a área sob sua influência e identificar os causadores".*
> *<u>Resposta</u>: o tipo de impacto é de acordo com o artigo 1º da resolução CONAMA 001/86, sendo as áreas sob sua influência aquelas retrodescritas no item I.*

> *3 - "Os danos ambientais constatados são reversíveis? Avalie-os economicamente".*
> *Resposta: Sim, são reversíveis, sendo avaliada economicamente apenas a reparação do dano.*
> *4 - "Especifique as medidas reparadoras e avalie os custos para sua implementação".*
> *Resposta: Os peritos entendem que tais medidas consistem na demolição das construções e pavimentação de cimento nas áreas invadidas, retirada de qualquer tipo de pavimentação que cobre estas áreas, e remoção do entulho consequente, uma vez que as áreas afetadas são livres e não urbanizadas (solo)."*

Logo, a determinação de demolição das construções irregulares é a medida suficiente para reverter os prejuízos causados, não havendo necessidade de indenização pecuniária pelos danos ambientais. A condenação pelos danos causados resta comprometida pela possibilidade do retorno ao *status quo ante.*

Todavia, quanto ao pedido de condenar o DF na obrigação de demolir as construções irregulares, razão assiste ao MPDFT.

De acordo com a contestação dos réus, excluído o DF, vê-se que o réu NOSSO BAR LTDA. possuía termo de autorização de uso, e os demais se aproveitavam da benevolência do Poder Público.

Ocorre que, com a declaração da inconstitucionalidade da Lei n.º 754/1994, a responsabilidade do DF surge pelo fato de ter conferido autorização de uso de área pública com base em lei com vícios de constitucionalidades formal e material.

Nos demais casos, a responsabilidade do DF rege-se pela omissão, pois sabia das irregularidades, como se observa de sua contestação (fl. 338): "*consoante se vê das informações anexas, prestadas pela Administração Regional de Brasília, as ocupações existentes na SCLN, Qd. 115, Bloco "B" foram notificadas a proceder à necessária regularização das suas atividades junto àquela Administração...*"

Assim, o DF agiu de forma negligente ao permitir a ocupação irregular de área pública, mesmo tendo pleno conhecimento do fato.

A responsabilidade pelas demolições deve ser, portanto, solidária entre os réus.

Por fim, em relação ao pedido firmado no item B.4, consistente na decretação de nulidade de atos normativos e/ou administrativos que importem na regularização das ocupações irregulares das áreas públicas localizados na SCLN 115, tais atos foram atingidos pelo efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes* inerentes à declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 754/94.

Desprovidas de eficácia as autorizações, ocorreu a perda superveniente do objeto quanto ao pedido do item B.4.

Face o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público, para condenar o Distrito Federal, em solidariedade com os demais réus, na obrigação de fazer concernente à demolição total e em definitivo das construções localizadas em áreas públicas na SCLN 115, BLOCO B, observando a cominação de multa diária fixada na sentença, no caso de descumprimento da ordem judicial.

Nego provimento ao recurso adesivo.

É como voto.

Des. Mário-Zam Belmiro (Revisor) - Conheço do recurso principal e do apelo adesivo, presentes os pressupostos que autorizam a sua admissibilidade.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS em face do DISTRITO FEDERAL e NOSSO MAR ALIMENTOS LTDA. e BAR DOS CUNHADOS, sob a alegação de que estes, com a conivência do primeiro réu, invadiram áreas públicas adjacentes aos imóveis dos quais são locatários ou proprietários, ferindo o Código de Posturas do Distrito Federal e as normas que instituíram e regulamentam o tombamento do conjunto urbanístico do Plano Piloto de Brasília.

O MM. Juiz julgou improcedente o pedido em relação ao Distrito Federal e procedente em parte em relação aos demais réus, condenando-os na demolição total e definitiva das construções irregulares, excluída a reparação pelos danos ambientais.

É incontroversa a necessidade de demolição das áreas construídas irregularmente, eis que embasadas em Lei declarada inconstitucional pelo egrégio Conselho Especial, por vício de iniciativa e também por dispor sobre desafetação de área pública sem prévia comprovação do interesse público e audiência da comunidade interessada (Lei nº 754/94).

Em relação ao pleito do MPDFT com vistas à condenação do Distrito Federal a indenizar pelos danos causados ao meio ambiente, patrimônio público cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social verifico que este não tem como prosperar.

É que restou comprovado nos autos, mediante perícias realizadas pelos órgãos de proteção ambiental, que a demolição é medida suficiente para recompor os danos causados, sendo desnecessárias quaisquer outras, inclusive indenização pecuniária.

Contudo, tem ensejo na hipótese a condenação do Distrito Federal na obrigação de demolir as construções irregulares, à medida que concedeu autorização de uso de área pública com base em lei inconstitucional.

Logo, os réus devem ser responsabilizados, de forma solidária, pelas demolições.

Em relação à decretação de nulidade dos atos administrativos tendentes à regularização das ocupações é certo que foram alcançados pelo efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes* decorrentes da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 754/94.

Com essas breves considerações, **dou parcial provimento** ao recurso do MPDFT, para condenar também o Distrito Federal, em solidariedade com os demais réus, à demolição total e definitiva das construções localizadas em área pública, na SCLN 115, Bloco B, observada a cominação de *astreintes* determinada na sentença no caso de descumprimento. **Nego provimento** ao apelo adesivo do Distrito Federal.

É o meu voto.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso adesivo. Dar parcial provimento ao recurso do MP. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001011090251-7

Apelantes - Édison Sauguellis e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Fernando Habibe
Primeira Turma Cível

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. TRANSAÇÃO. SENTENÇA. REQUISITOS. PROVA DESNECESSÁRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

1. O relatório é a síntese racional daquilo que tem relevância para a decisão que será proferida. Esse requisito foi atendido pela sentença.
2. A fundamentação consiste no enunciado dos motivos que alicerçam a decisão. Para atender a esse outro requisito, não está o magistrado obrigado a rebater todos os argumentos expendidos pelas partes. Basta que exteriorize, mesmo sucintamente, as razões do seu convencimento, o que foi feito no presente caso.
3. O indeferimento de prova oral desnecessária não configura cerceamento de defesa.
4. Todos os autores estão legitimados a figurar na relação processual, porquanto relacionados com a causa cujo resultado repercutirá diretamente na esfera patrimonial de cada um deles.
5. Formalidades fiscais e contábeis não justificam o inadimplemento dos réus, pois apenas disciplinam a correta escrituração do fato contábil e a correta aplicação da lei tributária.
6. Evidenciada a improcedência da *exceptio non adimpleti contractus*, impõe-se a condenação dos réus no pagamento do valor ajustado para remunerar o serviço que lhes foi prestado.
7. Inviável a pretendida compensação, seja porque o pagamento noticiado teve por base outros serviços, seja porque do termo de transação constou que, por esse meio, as partes acertavam as respectivas obrigações.
8. Não está configurada a litigância de má-fé por parte dos réus.

9. O percentual (10%) fixado a título de honorários de sucumbência está adequado à causa.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Fernando Habibe - Relator, Silva Lemos - Revisor, Flavio Rostirola - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Natanael Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer dos recursos, não conhecer do agravo retido, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento a ambos, nos termos do voto do i. Relator, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações principal (511-22) e adesiva (536-41) interpostas, respectivamente, pelos réus, **Smaff Construtora e Incorporadora de Imóveis Ltda., Márcio Antônio Carlos Machado e Sheyla Maria Accioly Carlos**, e pelos autores, **Édison Sauguellis, Maria Catarina Rhormens Sauguellis, Fernando Augusto Rhomens Sauguellis, Rita Gabriela de Cássia Rhormens Sauguellis e Marcelo Augusto Rhormens Sauguellis**, contra sentença (469-92) da 16ª Vara Cível de Brasília que, ante o termo de transação extrajudicial de fls. 12-5, condenou aqueles a pagarem a estes a quantia de R$ 907.461,72, corrigida monetariamente desde o ajuizamento da ação e acrescida de juros moratórios de 1% a.m. contados da citação, além dos ônus de sucumbência.

Sustentam os réus, preliminarmente, a nulidade da sentença em virtude de: 1) relatório incompleto e inadequado; 2) falta de fundamentação; 3) cerceamento de defesa, porque indeferida a produção de prova oral, em relação à qual foi simplesmente ignorado o agravo retido que interpôs. Sustentam, ainda, a ilegitimidade ativa *ad causam*, exceto quanto ao primeiro autor.

Quanto ao mérito, arguem, em suma, exceção do contrato não cumprido, uma vez que o pagamento do valor (R$ 500.000,00) pactuado na alínea "a", da cláusula 4ª, do termo de transação, está condicionado à observância das "*formalidades contábeis e fiscais*" inerentes ao ajuste, a cargo dos autores que ainda não implementaram dita condição.

Acrescentam que a tradição das notas promissórias prova a quitação dos títulos, não havendo que se falar em diferença dos valores constantes da alínea "b". Defendem, por fim, para o caso de ser reconhecida a obrigação de efetuarem algum

pagamento, a necessidade de que dele sejam deduzidos os encargos legais incidentes sobre as importâncias que pagaram adiantadamente aos autores.

Em resposta (530-5), os autores aguardam o desprovimento do apelo, pedindo, em recurso adesivo, a majoração dos honorários de sucumbência e a condenação dos réus como litigantes de má-fé.

Os réus (550-1), por seu turno, esperam o desprovimento do recurso adesivo.

Os respectivos preparos encontram-se às fls. 523 e 542.

VOTOS

Des. Fernando Habibe (Relator) - 1. RECURSO PRINCIPAL (RÉUS)

Na falta de requerimento expresso de apreciação do agravo retido, dele não conheço (CPC 523, *caput* e § 1º), sem prejuízo da análise, na própria apelação, do tema nele versado (cerceamento de defesa), uma vez que a prova oral foi indeferida na sentença que, também nessa parte, foi impugnada no apelo dos réus.

Trago, pois, a julgamento a apelação principal.

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

O CPC 458, I, não exige relatório extenso. Contenta-se com a "suma", vale dizer, o resumo do pedido e da resposta, assim como o registro das principais ocorrências durante o curso processual.

Trata-se, portanto, de uma síntese racional daquilo que tem relevância para a decisão que será tomada.

Confira-se, sobre o tema, o seguinte precedente do TJDF[1]:

> *"O magistrado não está obrigado a narrar, no relatório da sentença, a totalidade de acontecimentos dos autos, mas tão-somente aqueles relevantes para a fundamentação que será expendida".*

No caso, o relatório da sentença atende à exigência da citada norma processual.

Também não cabe a censura por falta de fundamentação. A sentença não ostenta esse vício.

A fundamentação consiste no enunciado dos motivos pelos quais o juiz tomará determinada decisão. Para atender à exigência constitucional, não está o magistrado obrigado a rebater todos os argumentos expendidos pelas partes. Basta que exteriorize, mesmo sucintamente, as razões do seu convencimento, o que foi feito no presente caso.

A propósito, o entendimento do STF e do STJ:

EMENTA[2]
1. (...) 2. Decisão judicial: motivação suficiente (CF, art. 93, IX): inexistência de negativa de prestação jurisdicional. 'O que a Constituição exige é que a decisão seja fundamentada, não que a fundamentação seja correta: declinadas no julgado as razões do decisum, está satisfeita a exigência constitucional' (cf. RE 140.370, Pertence, RTJ 150/269).

EMENTA[3]
1. (...) . 5. Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o decisum *não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior. 6. (...)*

EMENTA[4]*:*
"(...) 1. O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não emoldura negativa de vigência aos arts. 458, II, e 535, II, CPC, nem entremostra confronto com o art. 128, do mesmo Código (...)".

Rejeito, ainda, a preliminar de nulidade da sentença por suposto cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da prova oral.

No caso, é desnecessária a produção dessa espécie probatória. Aproveito-me, a propósito, da motivação constante da sentença (475):

> *"Os requeridos, pela petição de fls. 451, dizem que a prova oral se destinaria a comprovar entendimentos quanto a empréstimos, normas de controle administrativo e contábil de saques, e demais procedimentos quanto a valores levantados pelo requerente na contabilidade.*
> *Estas são questões que, pela sua natureza, têm que ser provadas através de perícia e documentos, nunca por meio de prova oral.*
> *Sendo a prova desnecessária, não deve ela ser produzida."*

Os autos contam com farta documentação, inclusive de natureza técnica, provas essas que se mostram suficientes para o deslinde da causa, sendo desnecessária, como dito, a prova oral que nada acrescentaria, até porque não se vai acreditar que,

ante a magnitude dos interesses em disputa, as partes fossem se fiar em testemunhos, hipótese essa tanto mais inverossímil quanto se constata a farta documentação existente nos autos, a evidenciar que costumavam documentar por escrito os atos relativos a tais interesses.

Portanto, o indeferimento está respaldado pela realidade dos autos e pelo CPC 130.

Rejeito, finalmente, a preliminar de ilegitimidade ativa dos quatro últimos autores. O termo de transação (13, cláusulas 7 e 8) deixa claro que alcançou direitos desses autores, integrantes do grupo familiar de que também faz parte o primeiro demandante, observando-se que este, consoante procuração de fls. 16, agiu em nome próprio e como representante dos demais.

Portanto, o resultado da demanda irá repercutir diretamente na esfera patrimonial dos autores.

Assim refutadas todas as preliminares, trago a julgamento o *meritum causae*.

A transação havida entre as partes (12-5) revela a origem da dívida de R$ 1.500.000,00, documentada na declaração datada de 06.02.96 (96): remuneração do trabalho realizado, com êxito, por Édison Sauguellis para obter autorização de instalação de nova concessionária Chevrolet em Brasília, devendo o respectivo pagamento ser feito por subscrição de 48% do capital social da Smaff.

Nesse mesmo termo de transação, as partes, após relato cronológico (itens 1 a 3) das vicissitudes do negócio que celebraram, elegeram nova forma de satisfação dos respectivos direitos e obrigações, estabelecendo, a partir do item 4, novo regramento do qual destaco as seguintes disposições:

> *4. Dessarte, as partes melhor convencionaram transacionar, por esta e melhor forma, seus direitos e obrigações, modificando o ajuste acordado na mencionada Declaração de 06.02.96, para alterar seus termos, vindo a pagarem, os PRIMEIROS TRANSIGENTES, o valor assegurado de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em dinheiro pela cessão pelo SEGUNDO TRANSIGENTE de sua participação acionária pessoal, e de seu grupo familiar, esposa e filhos, os quais representa por procuração em todos os negócios derivados da Declaração em causa, a ser implementado nas seguintes condições:*
> *a) - R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) no dia 10.12.98, valor a ser pago, no escritório da Smaff Veículos S/A, contra recibo de quitação pela cessão da participação acionária, valor a que se obriga Sheyla Maria Accioly Carlos Machado, solidariamente com os PRIMEIROS TRANSIGENTES, respeitadas as formalidades contábeis e fiscais do ajuste.*

> *b) - R$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), a ser pago em 19 parcelas mensais, sendo a primeira, neste ato, de R$ 100.000,00 (cem mil reais), duas prestações em 05.10.98 e 05.11.98, de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), cada uma, e as demais em igual dia dos meses janeiro de 1999 até a última a ser paga no dia 05.04.2000, pelo mesmo valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mensais cada uma, de modo que, como o pagamento da última, no mês de abril do ano 2.000, as partes ficarão quites entre si de toda e qualquer obrigação, nada mais ficando os PRIMEIROS TRANSIGENTES a deverem ao SEGUNDO TRANSIGENTE, a qualquer título, pelo que as partes ficarão exoneradas, reciprocamente, de seus termos e condições, para nada mais reclamarem ente si.*

Apegam-se os apelantes às "*formalidades contábeis e fiscais*" que, afirmam, traduzem condição suspensiva ainda não implementada pelos apelados.

Em verdade, ditas formalidades, porque decorrentes de lei, não podem ser consideradas como condição, ao menos no sentido próprio. Traduzem, como lembrou o perito (397), a "*forma correta de escrituração do fato contábil e da correta aplicação da legislação fiscal na apuração dos impostos e encargos sociais sobre a operação.*"

Ora, evidentemente não se há de atribuir aos autores, que não fazem mais parte do quadro social da ré, a responsabilidade pela escrituração contábil da Smaff que, por sua vez, não é fiscal da escrituração dos demandantes.

Por outro lado, a responsabilidade fiscal acha-se definida na Lei 7.713/88, cujo art. 7º dispõe:

> *Art. 7º Fica sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado com o disposto no art. 25 desta Lei:*
> *(...)*
> *II - os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas que não estejam sujeitos à tributação exclusivamente na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.*
> *§ 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.*
> *(...).*

Em assim sendo, as tais "*formalidades*" não justificam a recusa dos réus em pagar o valor devido aos autores. Deveriam, pois, ter pagado o que devem, retendo na

fonte a alíquota legal concernente ao imposto de renda incidente sobre a parte paga pela pessoa jurídica (Lei 7.713/88), ficando a cargo dos autores a declaração e recolhimento concernentes ao valor pago pelos outros dois réus, pessoas físicas.

Sugerem os réus que os autores deveriam criar uma pessoa jurídica à qual seria efetuado o pagamento ora exigido, com o que suportariam menor encargo fiscal. Esse argumento, porém, não lhes favorece.

Primeiro, porque a menor ou maior carga tributária a ser suportada pelos autores é assunto que só interessa a eles e ao fisco. À ré, pessoa jurídica, caberia apenas reter o valor devido; segundo, porque a pessoa jurídica a ser criada não poderia receber diretamente dos réus valores concernentes a um serviço que não foi prestado por ela (pessoa jurídica a ser criada). Esse recebimento direto somente dar-se-ia mediante fraude ou situação que, embora legal, seria economicamente desvantajosa, v.g., cessão de crédito feita pelos autores ao novo ente, com a incidência de imposto de renda nas duas operações.

Também não aproveita aos réus a alegada recusa dos autores em receber pagamento com o devido desconto tributário. Quisessem os réus pagar o que devem, já o teriam feito no curso desta ação. Poderiam, quando da suposta recusa, ter consignado o valor que entendiam devido ou, ao menos, contra-notificado os autores, nas vezes em que estes os notificaram para caracterização da mora. De mais a mais, as cópias dos títulos de crédito que instruem a inicial evidenciam que os autores sempre aceitaram, ainda que com ressalvas, os pagamentos que lhes foram feitos.

Do que vem de ser exposto, concluo pela total improcedência da exceção do contrato não cumprido arguida pelos réus. Ao contrário do que afirmam, a obrigação dos autores foi, sim, cumprida, pois adstrita à obtenção de uma concessionária Chevrolet, obrigação esta cujo adimplemento foi expressamente admitido pelos réus, nos termos da declaração de fls. 96.

Por outro lado, não há lugar para a almejada compensação dos "saques efetuados a diversos títulos", no total de R$ 262.860,83.

Os valores mensalmente pagos aos autores Édison e Marcelo tiveram como causa serviços efetivamente prestados por estes, concernentes, respectivamente, a administração e operação de micro e não algum adiantamento, consoante se infere dos RPA's (fls. 265/276 e 286/295).

Ressalto, por oportuno, que não há que se confundir este adiantamento com aquele que permitiu a subscrição das 912.000 ações ordinárias, em razão do trabalho efetuado pelo Sr. Edison Sauguellis na obtenção da bandeira Chevrolet para Brasília (fls 56).

A propósito, esclarecedor o laudo pericial (230):

> "*(...) Se estes desembolsos tivessem sido lançados como adiantamentos, estes seriam classificados em uma conta no ativo circulante, e esta*

> *representaria um direito a receber de terceiros, porém, não foi isto que foi registrado, desta forma, de acordo com os documentos contabilizados e com os registros contábeis nos livros fiscais, os valores pagos ao Sr. Édison Sauguellis e o Sr. Marcelo Augusto Rhormens Sauguellis, para o período acima descrito, foram considerados por mim, como pagamento por serviços prestados - RPA, a exceção dos pagamentos efetuados a título de empréstimos."*

A conclusão pericial, a par da fundamentação exposta pelo técnico e que tem força bastante para ampará-la, acha-se respaldada pela cláusula 7 do termo de transação (14) que infirma a suposta existência de crédito favorável aos réus, restando assim desautorizada a pretendida compensação, a qualquer título.

Confira-se:

> *"Ficam os PRIMEIROS TRANSIGENTES, por força do presente ajuste, livres da obrigação de manter o SEGUNDO TRANSIGENTE com o direito a qualquer participação societária na empresa SMAFF AUTOMÓVEIS S/A., podendo assumir todo o capital social em seus nomes,ou no nome de quem melhor lhes convier, ficando desobrigado de todas as responsabilidades assumidas na Declaração de 06.02.96, ou de qualquer outra dela derivada.* ***A presente transação acerta as obrigações contraídas entre as partes, e têm entre si a força prevista no art. 1.030, do C. Civil,*** *desligando-se o SEGUNDO TRANSIGENTE, e seu grupo familiar, de toda e qualquer ingerência na sociedade anônima então constituída, inclusive de suas funções de Diretores, ou quaisquer outras que porventura tenham exercido, com a quitação plena, rasa e total, para nada terem reclamar da Smaff Automóveis S/A, a qualquer título."(grifei)*

Destarte, eventuais obrigações anteriormente contraídas pelas partes restaram superadas pelo novo acordo.

Por último, no que refere às notas promissórias (alínea b, do item 4 do termo de transação - fls. 13), embora tenham sido entregues aos réus, o foram mediante ressalvas expressas delas constantes, o que afasta a presunção legal de quitação integral, remanescendo os valores residuais.

Os réus tacharam as ressalvas de unilaterais e de apócrifas. Ora, essa impugnação é pueril. Evidentemente, a ressalva de parte do crédito documentado na cártula há de feita unilateralmente, pelo credor. Por outro lado, malgrado a ausência de identificação de quem fez a ressalva, presume-se - porque é isso que

ocorre ordinariamente - tenha sido feita por quem nela tem interesse, a saber, o credor.

A esse respeito, tivessem os réus alguma dúvida, deveriam juntar aos autos os títulos originais, seja para evidenciar a inexistência da ressalva, seja para viabilizar, se necessário, perícia grafotécnica. Desse ônus, porém, não se desincumbiram.

Concluindo: não assiste razão aos demandados.

2. RECURSO ADESIVO (AUTORES)

O pedido de majoração dos honorários advocatícios não merece prosperar.

Embora a causa tenha exigido prova pericial e se alongado no tempo, de causa extremamente complexa não se cuida.

Por outro lado, trata-se de valor condenatório expressivo, de sorte que 10% (dez por cento) sobre essa importância se mostra adequado e suficiente à remuneração dos trabalhos do advogado.

No tocante à litigância de má-fé, não a vejo configurada. A meu ver, o réu limitou-se a exercer o seu direito de defesa. De qualquer sorte, assinalo que a inexistência de prejuízo desautoriza o pretendido apenamento.

Posto isso, nego provimento ao recurso principal e ao adesivo.

Des. Silva Lemos (Revisor) - Julgo imprescindível promover algumas digressões a respeito do feito.

Cuida-se de Ação de Cobrança proposta por ÉDISON SAUGUELLIS, MARIA CATARINA RHORMENS SAUGUELLIS, FERNANDO AUGUSTO RHORMENS SAUGUELLIS, RITA GABRIELA DE CÁSSIA RHORMENS SAUGUELLIS e MARCELO AUGUSTO RHORMENS SAUGUELLIS em desfavor de MÁRCIO ANTONIO CARLOS MACHADO, SHEYLA MARIA ACCIOLY CARLOS MACHADO E SMAFF - CONSTRUTORA E INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA. Aduzem os autores serem credores dos réus da importância de R$ 907.461,72 (novecentos e sete mil, quatrocentos e sessenta e um reais e setenta e dois centavos), em decorrência de assinatura de Termo de Transação feita em 03.08.98.

O juiz *a quo* proferiu sentença, às fls. 469/492, em que julgou procedente o pedido contido na inicial, condenando os requeridos a pagarem aos autores precisamente a quantia reivindicada, de R$ 907.461,72 (novecentos e sete mil, quatrocentos e sessenta e um reais e setenta e dois centavos), acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação e corrigida monetariamente a partir do ajuizamento da ação, bem como a pagar as despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Na decisão foi repelido pedido de condenação dos requeridos por litigância de má-fé.

Os réus interpuseram embargos de declaração, às fls. 496/497, os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 498/505.

Inconformados com o *decisum*, os réus interpõem recurso de apelação (fls. 511/522), aduzindo, preliminarmente, nulidade da sentença porquanto esta teria ignorado seu próprio relatório, contra a letra do art. 458, I, CPC. Alega cerceamento de defesa, eis que a sentença não restou suficientemente fundamentada quanto ao pedido de produção de prova oral, apenas mencionando a ocorrência de preclusão para as rés neste aspecto. Contudo, ainda segundo a afirmativa dos apelantes, a especificação de provas foi feita rigorosamente dentro do prazo estipulado, inclusive pelo fato de que tiveram que, ante a séria ameaça de indeferimento da realização de audiência, interpor agravo retido, o qual fora totalmente ignorado pelo sentenciante.

No mérito, arguem exceção do contrato não cumprido, uma vez que o pagamento do valor de R$ 500.000,00 está condicionado à observância das "formalidade contábeis e fiscais do ajuste". Portanto, não tem o primeiro autor o direito de exigi-lo, sem antes implementar sua obrigação, ou seja, regularizar sua posição fiscal, ou receber o valor menos as relações exigidas na espécie. Reitera que as partes transigentes tinham pleno conhecimento de que os pagamentos devidos pela obrigação em questão impõem à pessoa jurídica o dever legal de reter as parcelas relativas a imposto de renda, a obrigações previdenciárias e ao INSS. Acrescenta que também foi reconhecido que o pagamento do débito ajustado ficou na dependência de o segundo transigente, ora o primeiro autor, regularizar sua situação empresarial a fim de permitir tal recebimento com substancial redução do percentual devido ao imposto de renda e demais encargos. Prosseguem afirmando que não há como exigir os pagamentos pretendidos na inicial sem fazer o acerto dos adiantamentos já reconhecidos, provados e comprovados e as deduções dos encargos fiscais e correlatos. Afirmam os apelantes que não há atraso imputável a eles, inexiste mora, eis que inexistem as diferenças postuladas na inicial.

Por fim, sustentam os apelantes a ilegitimidade ativa *ad causam*, uma vez que o contrato somente se refere a um único credor, o segundo transigente. Ora, pelo termo de transação, sustentam, há somente um credor, integrante da transação. Portanto, MARIA CATARINA, FERNANDO AUGUSTO, RITA GABRIELA e MARCELO AUGUSTO não participaram do ajuste inicial, subsumido na declaração de 06.02.96, nem do termo de transação, pelo que são partes ilegítimas para a composição do pólo ativo da presente lide.

Com tais considerações, requerem a anulação da r. sentença tanto por ausência de relatório adequado como por estar evidenciado o cerceamento de defesa. No mérito, pleiteiam o provimento do recurso para julgar improcedente a ação, tanto por estar presente o não cumprimento de formalidade imputável ao credor, como por improcederem as supostas diferenças de cambiais pagas, sem qualquer condicionante, já que a dívida, representada por cambial, tem a prova da quitação pela tradição do título. Alternativamente, postulam, caso reconhecida for a obrigação de algum pagamento, o direito de deduções dos encargos legais, principalmente

quanto aos valores já pagos, com os próprios adiantamentos que integram o Termo de Prestação de Contas e dos comprovados adiantamentos, no valor demonstrado de R$ 262.860,83 (duzentos e sessenta e dois mil, oitocentos e sessenta reais e oitenta e três centavos).

Preparo às fls. 503.

Os autores/apelados apresentaram contra-razões à apelação dos réus-apelantes, pugnando pelo improvimento do recurso.

Às fls. 536/541 os autores interpuseram recurso adesivo, a fim de reformar a r. sentença para majorar a verba honorária arbitrada, bem como para aplicação da multa relativa à alegada litigância de má-fé.

Preparo do recurso adesivo à fl. 542.

Contra-razões ao recurso adesivo, às fls. 550/553, pugnando pelo improvimento do recurso.

Após, este pequeno aclaramento do feito, passo à análise dos recursos. Por razões de ordem lógica, principio pelo exame do recurso principal.

Prima facie, enfrento as preliminares levantadas pelos réus-apelantes.

Suscitam, tão-somente em grau de recurso, a ilegitimidade ativa *ad causam* , exceto quanto ao primeiro autor.

Cumpre-me, ressaltar que não se pode admitir, em sede recursal, a sustentação de razões que não chegaram a ser ventiladas no Juízo de primeiro grau e nem passaram pelo crivo de apreciação do Juiz prolator da sentença. Tal hipótese configuraria inovação à lide e supressão de instância, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico, por ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Muito embora, em tese, as matérias de ordem pública possam ser examinadas até de ofício, sem submissão ao que haja anteriormente decidido o juízo de primeiro grau, entendo que a apreciação dessa questão sem que sobre ela tenha anteriormente se manifestado o juízo de primeiro grau implica supressão de instância, em flagrante violação aos princípios do sistema processual vigente.

Independentemente e para além disso, vale acrescentar, tal preliminar não teria como prosperar, porque o item 4 do termo de transação (fl. 13) dispõe que "*Dessarte, as partes melhor convencionaram transacionar, por esta e melhor forma, seus direitos e obrigações, modificando o ajuste acordado na mencionada declaração de 06.02.96, para altera seus termos, vindo a pagarem, os PRIMEIROS TRANSIGENTES, o valor assegurado de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em dinheiro,* ***pela cessão pelo SEGUNDO TRANSIGENTE de sua participação acionária pessoal, e de seu grupo familiar, esposa e filhos, os quais representa por procuração em todos os negócios derivados da Declaração em causa*** *(...)* " grifo nosso.

Todos eram acionistas e nomearam como procurador, o Sr. ÉDISON SAUGUELLIS para promover todos os atos e ações necessárias relativas às suas

participações acionárias da Smaff Automóveis S/A, conforme procuração de fls. 16. Assim, rejeito tal preliminar.

Enfrento a alegação de nulidade da sentença em virtude de relatório incompleto e inadequado para a matéria em questão.

Não vislumbro a alegada nulidade, tendo em vista que a decisão guerreada, apesar de apresentar relatório sucinto, restou a meu ver devidamente fundamentada. Em acréscimo a isso, entendo que nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade há no fato de ter o MM. Juiz singular feito um relatório resumido, mormente porque, como ao fácil se pode constatar, nele estão contidos todos os elementos exigidos pelo art. 458, inciso I, CPC.

Rejeito tal preliminar.

Por fim, analiso a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa levantada pelos réus-apelantes, por entenderem ser necessária a produção de prova oral.

Para análise desta preliminar, julgo imprescindível promover algumas digressões a respeito do feito.

Inicialmente, cumpre-me ressaltar que as partes foram intimadas para especificação de provas em 24.08.04 (fls. 423). Ocorre que, em 03.09.04, a serventia certificou que os réus não haviam se manifestado sobre o despacho de especificação de provas (fls. 448). No mesmo dia, os autos foram conclusos e o juiz titular determinou a intimação dos réus, ora apelantes, para se manifestarem sobre os documentos acostados pelos autores, e, após, que os autos lhe fossem conclusos para sentença.

Em atenção a esse despacho, os réus peticionaram em 09.09.04, requerendo a produção de prova testemunhal, bem como depoimento pessoal dos autores, a fim de comprovar suas alegações na contestação quanto aos entendimentos sobre empréstimos, as normas de controle administrativo e contábil dos saques formalizados pelo primeiro autor, e demais procedimentos quanto aos valores por este levantados na contabilidade e nos pagamentos de aluguéis a favor de sua família.

Em 20.09.04, os réus se manifestaram sobre os documentos acostados pelos autores e sobre os esclarecimentos promovidos pelo perito. Nessa mesma oportunidade, assinalaram que a prova oral requerida já fora deferida, juntamente com a prova pericial, às fls. 174, pelo próprio juiz titular. Ainda nessa ocasião, para a hipótese de que o juiz entendesse de sentenciar sem as provas orais postuladas, formularam agravo retido, porquanto com tal proceder teria se configurado, segundo afirmavam, cerceamento de defesa, o que importaria em nulidade.

Cumpre-me aqui, por oportuno, destacar que os réus anteriormente já haviam formulado agravo retido, às fls. 175, por entenderem que o juiz indeferira por exclusão o pedido de oitiva de testemunhas (fl.175), cuja decisão transcrevo:

> *"Defiro a produção de prova pericial e oral.*
> *Designo como perito deste juízo a Roberto Zeidan Rezende, com qualificação encontrada em Cartório, que deverá ser intimado para dizer se aceita o encargo, formular proposta de honorários, que serão de responsabilidade dos requeridos, e indicar local em que a perícia poderá ser feita.*
> *Faculto a indicação de assistentes e formulação de quesitos.*
> *Posteriormente marcarei datas para início e fim da perícia e realização de audiência.*
> *Defiro depoimento pessoal, sendo que do polo ativo só se ouvirá o 1º autor."*

Às fls. 459, o ilustre Juiz DANIEL EDUARDO deferiu a produção de prova oral, cuja audiência foi designada para 15.02.05.

Em 16.12.04, peticionam os autores, requerendo o julgamento imediato da lide, argumentando que se tratava de ação de cobrança com supedâneo em termo de confissão de dívida, que só não é título executivo extrajudicial porque não está assinado por duas testemunhas. Prosseguem, afirmando que, após a realização da prova pericial requerida pelos réus, em que foi apurado que os réus devem aos autores R$ 1.380.486,61 (um milhão, trezentos e oitenta mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e um centavos), o juiz titular despachou em 03.09.04 determinando a conclusão dos autos para sentença.

Nessa ocasião, os réus peticionaram requerendo, sob a ótica dos autores com intuito meramente protelatório, novamente a produção de prova oral. Ocorre que o juiz que funcionava então no feito deferiu a produção de prova testemunhal, mesmo após o juiz titular ter determinado a conclusão dos autos para sentença. Chama-se a atenção para o fato de vir a ocorrer, nesse momento, um nítido conflito na condução do processo: de acordo com o despacho de fls. 459, o feito já se encontrava maduro para ser sentenciado, pelo que seria totalmente desnecessária a prova oral deferida.

Os autos foram conclusos para o juiz titular, o qual proferiu sentença às fls. 469/491, oportunidade em que se manifestou quanto ao pedido de realização de audiência formulado pelos réus, cujo trecho transcrevo, *in verbis*:

> *"(...) Inicio apreciando o pedido que fazem os demandados, às fls. 451, de realização de audiência.*
> *Não pode ser atendido, por várias razões.*
> *Enumero-as.*
> *A primeira delas, é que o assunto precluiu para os requeridos.*
> *Conta a decisão de fls. 449, que em 03 de setembro, o feito foi tido como pronto para ser sentenciado, isto em virtude de não terem os de-*

mandados, quando instados pela decisão de fls. 423, para especificarem provas, se manifestado, como se vê pela certidão de fls. 448.
Assim, tendo os demandados se mantido em silêncio, a presunção que se estabelece, a partir da preclusão, é que não mais desejavam eles a realização da audiência. (...)
(...) Também não se deve realizar a audiência, para se evitar a prática de atos inúteis, desnecessários.
Diz Humberto Theodoro Júnior:
"O juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a justiça postulada pelas partes.
O processo é um método de composição de litígios. As partes têm que se submeter às suas regras para que suas pretensões, alegações e defesas sejam eficazmente consideradas. A mais ampla defesa lhes é assegurada, desde que feita dentro dos métodos próprios da relação processual (In *Curso de Direito Processual Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1997, 20ª edição, Volume I, pág.419).*
Aqui, a coleta de prova oral, consistente na ouvida de testemunhas e tomada de depoimentos pessoais, se mostra desnecessária.
Os requeridos, pela petição de fls. 451, dizem que a prova oral se destinaria a comprovar entendimentos quanto a empréstimos, normas de controle administrativo e contábil de saques, e demais procedimentos quanto a valores levantados pelo requerente na contabilidade.
Estas são questões que, pela suas naturezas, têm que se provadas através de perícia e documentos, nunca por meio de prova oral. Sendo a prova desnecessária, não deve ela ser produzida.
Diz o artigo 130 do CPC:
"Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas, necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".
(...) Anoto, por último, quanto a esta questão.
O fato de a decisão de fls. 174 ter deferido a prova oral, não a torna de feitura obrigatória, uma vez que para o julgador não existe preclusão.
Ensina Humberto Theodoro Júnior:
"Como os despachos não ferem direitos ou interesses das partes, não ocorre perante estes atos judiciais o fenômeno da preclusão, de modo que podem ser revistos ou revogados livremente pelo Juiz" (In *Curso de Direito Processual Civil. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, 20ª edição, Volume I, pág.532) (...)"*

Feitas tais considerações, entendo que, da análise das questões controvertidas, verifica-se que era mesmo desnecessária a produção da referida prova, eis que a matéria em torno da qual se cifra a controvérsia é exclusivamente de direito.

Como é ademais sabido, a prova destina-se a formar a convicção do juiz, não estando o magistrado vinculado à produção de qualquer tipo de prova, podendo deferir a produção daquelas que julgar imprescindíveis para embasar o seu convencimento sobre a matéria em debate. Portanto, embora requerida pela parte a produção de prova oral, entendeu o magistrado, e o fez a meu ver corretamente, estarem presentes nos autos provas suficientes, documental e pericial, para a resolução da demanda.

Ademais, o julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa ou violação ao devido processo legal, se as questões apresentadas nos autos são unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de se produzir prova em audiência, nos termos que preconiza o art. 330, inciso I, CPC.

Compete ao magistrado, discricionariamente, decidir acerca da necessidade e pertinência da prova a ser produzida. Julgando-a despicienda ante o conjunto probatório colacionado aos autos, legitima-se a recusa perpetrada, já que o juiz tem o poder de indeferir as provas que entender excessivas, inúteis ou meramente protelatórias, devendo, na verdade, zelar pela rápida solução do litígio e evitar gastos supérfluos e estéreis, em respeito aos princípios da celeridade e da economia processual.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª ed., Revista dos Tribunais, comentando o artigo 330, p. 600, lecionam:

> *"Fatos controvertidos. Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige ainda que sejam eles pertinentes e relevantes. Fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante é aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de prova a respeito dele inexiste, pelo que a instrução em audiência seria pura perda de tempo, com prejuízo para a celeridade do processo, tornando-se imperativo, nesse caso, o julgamento antecipado da lide".*

De fato, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil "*caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

Dessa forma, verificando o juiz que o feito encontra-se suficientemente instruído, sendo caso de julgamento antecipado, deve proferir sentença, evitando a produção de provas desnecessárias que somente se prestariam a atrasar a solução da controvérsia.

No caso vertente, não divisei cerceamento de defesa no indeferimento da prova testemunhal requerida, porquanto a produção dessa prova, tal como requerida pelos réus-apelantes não teria nenhuma pertinência e relevância para o desate da presente lide. Faziam-se presentes nos autos elementos de prova mais que suficientes para o desate da presente lide, e não haveria qualquer necessidade de se recorrer à prova testemunhal perseguida pelos réus-apelantes.

Frise-se ainda que os réus mencionam a interposição de agravo retido, mas não cuidaram de requerer, expressamente, sua apreciação pelo Tribunal nas razões de apelação, na forma do art. 523, § 1°, CPC. Ora, o agravo retido é matéria preliminar de apelação e, para ser conhecido e julgado, tem o agravante que reiterar nas razões ou contra-razões de apelação o seu desejo de ver o agravo ser julgado no mérito. A não reiteração do agravo retido, *in casu*, nas razões recursais implica desistência tácita do recurso, impedindo o seu conhecimento pelo tribunal. Assim, não conheço do agravo retido.

Comungo do entendimento esposado pelo juiz de 1ª instância e reafirmo a rejeição desta preliminar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço tanto do recurso principal quanto da apelação adesiva.

Enfrento o mérito.

Após refletir detidamente sobre os aspectos fáticos que permeiam a presente questão, a meu ver, a sentença não merece qualquer reparo, pois se mostra como a interpretação mais adequada e mais estreitamente vinculada ao quadro fático e às provas coligidas aos autos.

É incontroversa a existência do débito. Os réus-apelantes não negam a existência da dívida cobrada; objetam apenas e tão-somente que ela já teria sido quitada ou ainda, subsidiariamente, que haveria necessidade de decotamentos no valor exigido. Ora, a prova do pagamento incumbe a quem paga, eis que é direito seu exigir a quitação regular, podendo, inclusive reter o pagamento enquanto não lhe for passado o documento da respectiva desoneração. Ademais, o devedor é o maior interessado na expedição do recibo como comprovante do pagamento. Portanto, sem o comprovante de pagamento não há como concluir pelo pagamento.

Incumbe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, I e II). Logo, não se demonstrando que o pagamento foi efetuado, extinguindo-se o direito do credor à quantia postulada, tem-se por confirmada a dívida.

Cumpre-me ressaltar ainda que a prova pericial concluiu pela existência do valor da dívida cobrada e pela inexistência da quitação, bem como de qualquer compensação como afirmado pelos réus. Nesse sentido, cito, por oportuno, trecho da manifestação do perito contábil, à fl. 397:

> *"Não localizei nos autos do processo, nenhum documento anterior ao Termo de Acerto de Contas, assinado em 11/02/1998, que se expressa ter algum acordo entre a SMAFF Construtora e os Srs. Édison Sauguellis e Marcelo Sauguellis, onde a primeira faria adiantamentos mensais aos sócios para futuro ressarcimento."*

Dessa forma, tendo os autores comprovado o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC) e não havendo os réus se desincumbido do ônus que lhe competiam, que era o de desconstituir o direito de crédito dos autores, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, a procedência da presente ação de cobrança era medida que se impunha, nos exatos termos em que proferida a sentença.

No caso dos autos, não há que se falar no direito de recusa ao pagamento por alegado descumprimento do contrato por parte dos credores, na forma do art. 1.092 do Código Civil de 1916, vigente à época da celebração da avença entre as partes. E isso à conta de que, para que possa ser válida e operante a invocação do *exceptio non adimpleti contractus*, é imprescindível que as obrigações de parte a parte sejam recíprocas e simultâneas, o que não ocorre na hipótese vertente.

Passo à análise do recurso adesivo.

Não têm como prosperar as razões do apelante adesivo no tocante à majoração dos honorários.

Com efeito, na hipótese dos autos, os honorários devem ser fixados em conformidade com o art. 20, § 3°, CPC, ficando, portanto, adstrito às percentagens mínima e máxima prevista no § 3.º do artigo supracitado.

Entretanto, o magistrado, ao arbitrar a verba honorária, deve ater-se aos critérios estabelecidos nas alíneas 'a', 'b' e 'c', ou seja, considerar o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Nesse passo, os honorários devem ser fixados de modo razoável, v.g., não podem aviltar o trabalho dos patronos constituídos, e nem tampouco atingir patamar excessivo. Sendo assim, tenho, até pelo valor vultoso da condenação, que o montante fixado pelo d. juiz *a quo*, ou seja, em 10% (dez por cento) do valor da condenação atende às diretrizes elencadas no artigo 20, § 3º, CPC e considera a complexidade da causa e os incidentes surgidos em seu curso.

Por fim, quanto ao pedido deduzido de condenação dos réus-apelantes em litigância de má-fé, tenho que o pleito é inacolhível. Não se vislumbra dolo da parte nem prática, por eles, de qualquer excesso a ensejar as diretrizes dos arts. 16 e 17 do CPC. Para condenar-se a parte por litigância de má-fé, é indispensável prova inconcussa e irrefragável do dolo, bem como o dano causado à parte, o que efetivamente não restou evidenciado.

Outrossim, os réus-apelantes, ao manejarem o recurso de apelação, nada mais fizeram do que, valendo-se de proteção constitucional (art. 5º, XXXV, CF/88), buscar direito que acreditavam possuir, não praticando qualquer ilícito quem assim procede. Ou seja, não houve, a meu ver, qualquer abuso no exercício, pelos recorrentes, de seu direito de recorrer, pelo que se impõe o indeferimento de tal pedido.

Forte em tais argumentos, **NEGO PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS**.

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecer dos recursos, não conhecer do agravo retido, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento a ambos, nos termos do voto do i. Relator, unânime.

Notas

[1] *6ª T. Cível, Ac. 244.332, Desa. Ana Maria Duarte Amarante.*
[2] *T 1*, **AI-AgR 566791 / GO, Min. Pertence, DJU 17/03/06, p. 14.**
[3] *T 2,* **AI-AgR 351384 / ES , Min. Néri da Silveira, DJU 22/03/02, p. 39.**
[4] *T 1, REsp. 150071/SP, Min. Milton Luiz Pereira, DJU 10/08/98, p.22.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011045887-9

Apelante - Rosângela de Jesus
Apelado - Distrito Federal
Relator - Des. Angelo Passareli
Segunda Turma Cível

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. READAPTAÇÃO. DIFERENÇA DE VENCIMENTOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. VEDAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.
Embora vedada a readaptação de servidor público para cargo que não ostente equivalência de vencimentos, uma vez realizado tal procedimento pela Administração, é devida a diferença remuneratória, sob pena de enriquecimento sem causa do empregador público.
Apelação Cível provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Angelo Passareli - Relator, Carmelita Brasil - Revisora, Waldir Leôncio Júnior - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Angelo Passareli, em proferir a seguinte decisão: dar provimento ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Adoto, inicialmente, o relatório lançado na r. sentença de fls. 141/145, *in verbis*:

> *"Trata-se de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, ajuizada por Rosângela de Jesus, em desfavor do Distrito Federal.*
> *A autora informa que, em 20.7.1989, após ser aprovada em concurso público, tomou posse no quadro da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal para o desempenho das funções inerentes ao cargo*

de AGENTE DE EDUCAÇÃO, serviços de cozinha. Desempenhou bem as atividades desse cargo, até que, em meados de 1996, passou a manifestar sintomas da moléstia denominada Radiculopatia Crônica. Em virtude disso, o órgão iniciou programa de readaptação funcional, que após as devidas apurações, conclui pela readaptação da autora no cargo de Agente de Portaria. Afirma a autora que não se adaptou nesse cargo de Agente de Portaria porque tinha de lidar diariamente com atendimento ao público. Por isso, mais uma vez a perícia médica recomendou a sua readaptação funcional no CARGO DE TELEFONISTA, o que foi efetivado a partir de 27.10.1998.

Afirma a autora que a Administração Pública, antes de promover a última readaptação, não observou que o cargo de telefonista não é 'afim' com o cargo de merendeira. Defende então que teria havido desvio de função a partir do dia 27.10.1998 e que a Administração não lhe pagou a diferença de vencimentos existente entre o cargo de Agente de Educação (merendeira) e o cargo de Assistente de Educação (especialidade telefonista).

Requer portanto a autora a condenação do réu ao pagamento das diferenças salariais existentes entre os vencimentos pagos no período compreendido entre 27.10.1998 e 30.03.1999 (correspondente às funções de merendeira) e os vencimentos correspondentes às funções efetivamente desempenhadas (de telefonista).

Os documentos de fls. 9-38 acompanharam a petição inicial.

Regularmente citado, o réu apresentou a contestação de fls. 50-53. Salienta que a autora foi designada para a função de telefonista porque não conseguiu se adaptar às funções do cargo de Agente de Portaria, uma vez que nessas funções lidava com o atendimento ao público; em razão disso, defende que ela não faz jus a qualquer diferença. Noticia também que durante o período em que a autora exercia a atividade de telefonista foi detectada a mudança na classificação dos cargos, que resultou na exclusão da função de telefonista da classe de Agente de Educação para o de Assistente; então, por esse motivo, promoveu nova readaptação da autora. Requer a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 57-62.

Às fls. 68-73, juntou-se as fichas financeiras da autora referentes aos anos de 1998 e 1999.

As partes requereram o julgamento antecipado da lide, às fls. 130 e 131."

Sentenciando antecipadamente o Feito, o MM. Juiz julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que não há enriquecimento ilícito da Administração Pública ou ofensa ao princípio da isonomia quando o desvio de função decorre de readaptação funcional.

Irresignada, a Autora interpõe recurso de Apelação às fls. 149/160, argumentando, em síntese, que faz jus às diferenças pleiteadas, uma vez que o ilegítimo desvio de função perpetrado configura enriquecimento sem causa da Administração.

Aduz que restou violado o § 2º do artigo 24 da Lei n.º 8.112/90, posto que a atividade de telefonista exercida durante o período de 27/10/1998 a 30/03/1999 ostenta um grau de responsabilidades e atribuições superior à atividade de merendeira, não constituindo, portanto, cargos de atribuições afins.

Colaciona jurisprudência que entende abonar sua tese.

Alega que a r. sentença violou, além do dispositivo acima mencionado, os artigos 19, *caput*, da LODF, 5º, incisos V e XXIX, 7º, inciso X e 37, *caput*, da Constituição Federal, 6º, *caput*, do Decreto-Lei n.º 4.657/42, 186, 206, § 3º, inciso IV, e 927 do CC/02, requerendo a expressa manifestação da e. Turma acerca dos mesmos.

Pede a reforma da r. sentença para julgar procedentes os pedidos iniciais, invertendo-se, por consequência, o encargos da sucumbência.

Sem preparo, uma vez que a Apelante litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Contra-razões do Distrito Federal às 166/168, pela manutenção do julgado singular.

Os autos vieram conclusos a este Relator (fl. 111) e foi determinada a baixa dos mesmos ao Juízo *a quo*, ante a existência de documento estranho ao feito (fl. 172).

A irregularidade foi regularmente sanada (fl. 174).

É o relatório.

VOTOS

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

Pretende a Apelante a reforma da r. sentença para que lhe seja reconhecido o direito à percepção da diferença de remuneração existente entre o cargo no qual foi investida (Agente de Educação/Serviços de Cozinha - merendeira) e aquele para o qual foi readaptada (telefonista), ao argumento de que o fato constitui ilegítimo desvio de função que acarretou enriquecimento indevido da Administração Pública.

A pretensão recursal merece prosperar.

A regra legal incidente, *in casu*, a Lei n.º 8.112/90, aplicável aos servidores do

Distrito Federal por força da Lei Distrital n.º 197/91, disciplina o instituto da readaptação no seu artigo 24, o qual apresenta a seguinte redação, *ipsis litteris*:

> *"Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.*
> *§ 1º Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.*
> *§ 2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga."*

O mesmo Diploma Legal (Lei n.º 8.112/90), complementando a disposição do § 1º acima transcrito, assim estabelece o seguinte, *in verbis*:

> *"Art. 186. O servidor será aposentado:*
> *I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;*
> *(...).*
> *§ 3º Na hipótese do inciso I o servidor será submetido à junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24."*

Ressalte-se que a incapacidade do servidor, aliada à inexistência de cargos que preencham os requisitos legais para a readaptação, obrigam a Administração Pública a aposentá-lo por invalidez permanente, nos moldes da legislação ora referida.

Segundo já decidiu esta colenda Turma Cível, "***A readaptação de servidores em razão de incapacidade física parcial é o remanejamento para cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação. Inexistindo cargos com atividade correlata, a solução é a aposentadoria.***" (APC5134299, Relator GETÚLIO MORAES OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, julgado em 18/10/1999, DJ 03/05/2000 p. 31)

A análise das disposições legais supra mencionadas revela que o ora Apelado, ao proceder à readaptação da Apelante, desconsiderou a exigência de afinidade das atribuições dos cargos, bem como da equivalência de vencimentos.

Ocorre que a discussão ora travada não paira sobre a possibilidade de a Apelante ser ou não readaptada em outro cargo, afinal, tal medida foi indubitavelmente efetivada, resumindo-se o deslinde do presente recurso a aferir se a Apelante faz jus à diferença de vencimentos então existente entre o cargo originário e o readaptado.

Entendo que sim. A Apelante, efetivamente, exerceu as atividades de telefonista durante período em que havia diferença dos vencimentos deste cargo para o cargo de investidura inicial (merendeira).

Nesse descortino, a improcedência do pedido da Autora, ora Apelante, consideradas as peculiaridades do caso em exame, resultaria indevido enriquecimento sem causa da Administração Pública, posto que a remuneração paga em retribuição às atividades de telefonista foi aquela devida pelo exercício das atividades de cargo de remuneração então inferior (merendeira).

Os seguintes precedentes jurisprudenciais, invocados pela Apelante em suas razões, embora cuidem de desvio de função, demonstram a orientação do Poder Judiciário no sentido de impedir o enriquecimento sem causa da Administração Pública, *in verbis*:

> ***"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO POR CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REENQUADRAMENTO. INDENIZAÇÃO PELA DIFERENÇA DE VENCIMENTOS.***
> ***Se o servidor, por conveniência da Administração, é desviado da função, embora não tenha direito a reenquadramento, faz jus à diferença remuneratória existente entre a remuneração percebida e aquela referente à função que de fato exercia, sob pena de se placitar o enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes do STJ."*** *(20000110717793APC, Relator GETÚLIO MORAES OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, julgado em 05/12/2002, DJ 19/03/2003 p. 73)*
>
> ***"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. REENQUADRAMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS.***
> *1. Pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o servidor desviado da função inerente ao cargo para o qual foi investido não tem direito a reenquadramento, mas, somente, às diferenças remuneratórias.*
> ***2. Recurso conhecido e provido parcialmente."*** *(REsp 47.614/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 12.11.2002, DJ 24.02.2003 p. 311)*

> ***"DESVIO DE FUNÇÃO - CONSEQUÊNCIA REMUNERATÓRIA - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - AFASTAMENTO.***
> ***O sistema da Constituição Federal obstaculiza o enriquecimento sem causa, especialmente o do Estado. Longe fica de vulnerar a Carta Política acórdão que, diante de desvio de função, implica o reconhecimento do direito à percepção, como verdadeira indenização, do valor maior, sem estampar enquadramento no cargo, para o que seria indispensável o concurso público."*** *(RE 275840/RS, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/03/2001, DJ 01/06/2001 p. 91)*

Com essas considerações, **dou provimento** ao recurso para reformar a r. sentença, julgando procedentes os pedidos iniciais. Inverto, por consequência, os encargos da sucumbência.

É como voto.

Desa. Carmelita Brasil (Revisora) - Com o Relator.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Dar provimento ao recurso, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011009413-3

Apelante - Adhemar Paladini Ghisi
Apelados - S/A Editora Tribuna da Imprensa e outros
Relator - Des. Mário-Zam Belmiro
Terceira Turma Cível

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. DANO MORAL. DIREITO À INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM (INCISO X, ART. 5º). DIREITO À MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, À CRIAÇÃO, À EXPRESSÃO E À INFORMAÇÃO (ART. 220) COMBINADO COM O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO (INCISO IV, ART. 5º). APARENTE COLISÃO. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE FATOS NÃO-VERÍDICOS. INOCORRÊNCIA. PESSOA PÚBLICA. MITIGAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

1. A harmonização de normas com sede constitucional se resolve por meio da aplicação da técnica da ponderação, que está ligada ao Princípio da Proporcionalidade, a qual busca sacrificar um dos direitos envolvidos - aquele que menos atende à solução justa da causa - em benefício daquele que melhor se adequa a tal desiderato.

2. Sendo o envolvido ocupante de cargo público de bastante visualização social, condição esta que o expõe à crítica da sociedade quanto ao seu comportamento e atuação profissional, e, levando-se em conta, ainda, que a matéria jornalística em discussão, mesmo que com a utilização de veemente força expressiva, não excedeu ao direito de noticiar fatos verdadeiramente ocorridos, não há que se falar em responsabilização por danos morais.

3. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mário-Zam Belmiro - Relator, Nídia

Corrêa Lima - Revisora, Humberto Adjuto Ulhôa - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Mário-Zam Belmiro, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

O apelo aduz argumentos voltados à reforma da sentença que - sob o fundamento de que as matérias jornalísticas destacadas pelo agora recorrente não caracterizam, por inexistir abuso de direito, os danos morais alardeados - julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Em suas razões recursais, argumenta a ré embargante, em síntese, que sofreu ofensa a sua honra, imagem e integridade moral, provocada por matérias jornalísticas publicadas pela primeira recorrida, nos dias 12, 13 e 14 de novembro de 2002, por meio das quais se afirmou que o autor, na época em que exercia cargo de Ministro do TCU, "sobrestou" processo administrativo de prestação de contas que envolveu escândalo relacionado à diretoria da BR/Petrobrás e o IDORT. Na mesma reportagem, continua o recorrente, há ainda a afirmação no sentido de que o agora recorrente pretendia, de igual modo, suspender o curso de outro processo administrativo que envolvia as mesmas partes, tendo sido, no entanto, alcançado pela aposentadoria compulsória, e o processo terminou por ser redistribuído a outro Ministro, que decidiu apurar tudo. Reafirma que tais reportagens causaram-lhe grave ofensa à sua reputação e figura de homem público, notadamente porque o segundo recorrido, no afã de conseguir seus objetivos, atropelou os direitos mais elementares do cidadão comum, havendo abusado de suas prerrogativas constitucionais, agindo ao seu talante. Frente a tanto, pede o provimento recursal para que seja reformado o r. *decisum* vergastado.

As contra-razões, ressaltando o direito constitucional referente à veiculação de informações e à liberdade de imprensa, trazem argumentos em reforço à tese sentencial, objetivando o improvimento da apelação.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro (Relator) - Conheço do recurso.

A controvérsia recursal envolve compensação por danos morais que teriam sido ocasionados por publicação de matéria jornalística ofensiva, segundo aduzido, à honra subjetiva do recorrente.

O fundamento sentencial guiou-se pelo entendimento de que "*... não ficou comprovada a ocorrência de abuso do direito, eis que não foram ultrapassados os limites legais e constitucionais no tocante ao direito de informação, sendo certo que a simples veiculação dos fatos efetivamente ocorridos não configura o abuso para efeito de reparação de dano, porquanto a imprensa agiu dentro do seu legítimo direito de informar, inclusive exercitando direito de crítica, mas sem conteúdo difamatório dirigido ao autor*".

O recorrente, por sua vez, argumenta que a reportagem atacada revela a intenção dos recorridos de fazer com que os leitores do jornal passassem a acreditar que o recorrente estaria "*... envolvido diretamente no escândalo, responsabilizando-o por fatos que não condiziam com a verdade, denegrindo sua imagem perante a sociedade*".

Pois bem. Para melhor análise do *thema decidendum*, importa transcrever, no que interessa, a discutida matéria jornalística, *ad litteram*:

> "*(...) Surpreendida e apanhada em flagrante com o descalabro das Contas de 1998, a diretoria da BR logo se movimentou procurando o relator do processo no Tribunal de Contas, Ministro Adhemar Ghisi. Esse Ministro foi 'conversado' pessoalmente pela antiga diretoria da BR, que ficou no cargo de 29 de abril de 1993 a 23 de abril de 1999. Essa prestação de contas, i-n-a-c-r-e-d-i-t-a-v-e-l-m-e-n-t-e foi SOBRESTADA (é a palavra que está nos autos) pelo Min. Ghisi. Ele fez isso no primeiro processo citado aqui, e estava determinado ('conversado'), como está no processo, a fazer o mesmo com o segundo. Só que no dia 8 de maio de 2001, o Ministro Ghisi caiu na inexpugnável expulsória dos 70 anos, e aí, no mesmo dia, os processos foram redistribuídos do Ministro Ubiratan Diniz de Aguiar, que decidiu apurar tudo. Esclarecimento: durante todo tempo que esteve com o processo, até sair pela expulsória, o Ministro Ghisi não movimentou-o em nenhum momento.*
>
> .....
>
> "*PS. Isso não pode cair no esquecimento, ser escondido, sequestrado ou apadrinhado. Além de todos esses personagens está envolvido GRAVEMENTE um Ministro do Tribunal de Contas da União, que paralisou o processo e iria arquivá-lo, não teve tempo (...)*"

Antes, contudo, de se verificar se a reportagem transcrita possui carga lesiva a direitos extra patrimoniais do recorrente, cabe verificar quais os direitos em jogo, levando-se em conta o fato de que o autor recorrente, à época da veiculação da reportagem, ocupava a função pública de Ministro do Tribunal de Contas da União.

Conforme bem salientado pela douta sentenciante, há, no caso, dois direitos constitucionais em aparente colisão, quais sejam: o direito à **inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem** (inciso X, art. 5º); e o **direito à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação** (art. 220) combinado com o direito **à livre manifestação do pensamento** (inciso IV, art. 5º).

A solução desse aparente conflito, segundo doutrina moderna acerca do tema, passa pela aplicação da técnica da ponderação. Como explica Anderson Schreiber, reportando-se a Luis Roberto Barroso: "*Embora sua consagração recente provenha de sua aplicação em sede constitucional, a técnica da ponderação não representa, de forma alguma, uma novidade para o direito civil, e em especial para a responsabilidade civil. Uma análise cuidadosa da evolução do instituto revela, já na década de 70, um progressivo abandono da técnica da subsunção em prol de uma 'análise comparativa de interesses em conflito', que se funda, essencialmente, na técnica da ponderação*"[1].

Assim referido, importa então deter-se sobre a matéria jornalística destacada.

Pois bem. Tal reportagem trazia notícia sobre dois processos - cuja relatoria coubera ao agora recorrente - que tramitavam no âmbito do Tribunal de Contas da União, e tinham por objeto a prestação de contas referente à compra de empresa Argentina, denominada "Companc", pela Petrobras. Segundo o jornalista, subscritor da matéria, teria havido superfaturamento quanto a essa aquisição, sendo que o sobrestamento dos processos no âmbito daquela Corte tinham por fim beneficiar, de algum modo, os responsáveis pela aquisição mencionada.

Esse, portanto, o cerne da discussão, que restou assim noticiado: "*Essa prestação de contas, i-n-a-c-r-e-d-i-t-a-v-e-l, foi SOBRESTADA (é a palavra que está nos autos) pelo Min. Ghisi. Ele fez isso no primeiro processo citado aqui, e estava determinado ('conversado'), como está no processo, a fazer o mesmo com o segundo. Só que no dia 8 de maio de 2001, o Ministro Ghisi caiu na inexpugnável expulsória dos 70 anos (...). Esclarecimento: durante todo o tempo em que esteve com o processo, até sair pela expulsória, o Ministro Ghisi não movimentou-o em nenhum momento*".

Tal modo de noticiar, segundo o apelante, lhe trouxe ofensa à honra subjetiva, pois os possíveis leitores do jornal foram induzidos a acreditar que ele estaria "*... envolvido diretamente no escândalo, responsabilizando-o por fatos que não condiziam com a verdade, denegrindo sua imagem perante a sociedade*".

Ora, malgrado o esforço empreendido pelo recorrente e a contundência com que redigida a notícia, dela **nada se obtém além de aspectos ligados exclusivamente à atribuição do recorrente enquanto relator dos mencionados processos**. Assim é que se constata que todos os atos praticados nos processos, que foram objeto da citada reportagem, efetivamente aconteceram, tanto assim que é o próprio recorrente quem

afirma: *"Por mais que os fatos não tenham sido inventados, foram claramente manipulados pelo jornalista..."*.

Aliás, acerca dessa pretensa "manipulação", peço vênia para adotar como razão de decidir os fundamentos expostos pela douta sentenciante, nos seguintes termos:

> *"... em que pese ter sido redigido de forma levemente irônica, como é normal acontecer na redação de manchetes, títulos e subtítulos das matérias veiculadas nos meios de comunicação, não produziu qualquer tipo de valoração pessoal em desfavor do autor, de imputação de qualificativos desonrosos, de críticas pessoais (mas apenas profissionais) ou tendenciosas, enfim, nada que pudesse justificar a alegada ofensa à sua honra", e, acrescenta: "Apenas utilizou-se de linguagem figurativa, comum aos jornalistas, mas incapaz de produzir ofensa apta a gerar dano moral, máxime em se tratando de figuras públicas e experientes como o ora autor, que ao aceitar a nobre missão de fiscalização das contas públicas já deveria ter em mente que poderia ser alvo de reportagens e matérias como a dos autos".*

De se constatar, portanto, que as informações veiculadas pela reportagem correspondem ao trâmite processual ocorrido naquela corte de contas, não havendo que se falar em "fatos inverídicos", como quer o recorrente.

Assim, considerando que, *in casu*, o recorrente, à época da reportagem, ocupava o cargo de Ministro do TCU, e que os fatos veiculados na referida matéria jornalística diziam respeito especificamente a aspectos ligados ao exercício de tal função pública, é de se concluir, frente à aplicação da técnica acima referida (ponderação na responsabilidade civil), que o alegado direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem deve ser afastado em benefício e prevalência do direito à livre manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação.

Note-se que esse entendimento segue a linha de conclusão já esposada por este egrégio Tribunal, conforme é possível verificar das seguintes ementas, que, em tudo, se assemelham ao presente caso. Confira-se:

> *"DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITO À PRIVACIDADE E VIDA PRIVADA. AUTORIDADE PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO NA APURAÇÃO DOS FATOS. CAUTELA DO ÓRGÃO DE IMPRENSA. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE.*

"1. O ordenamento constitucional, ao mesmo tempo em que assegura a inviolabilidade à honra, à vida privada (art. 5º, X) e a proteção à imagem (art. 5º, XXVII), também prevê que a manifestação do pensamento, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição (art. 220).
"2. Se, por um lado, a liberdade de informação deve limitar-se frente ao direito dos particulares de terem sua vida privada e imagem preservados do conhecimento coletivo, por outro lado, o direito à intimidade também deve ser sopesado no caso de personagens públicos, como artistas, políticos e servidores, onde a exposição à mídia decorre diretamente da atenção que suas atividades despertam na sociedade.
"3. A mera reprodução pela imprensa, de fatos sob apuração em inquérito policial ou em procedimento administrativo, não constitui abuso de direito de informação, quando se infere que a veiculação restringe-se à narrativa dos fatos sem constitui em prévio julgamento das pessoas investigadas.
"4. À luz do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil, a fixação dos honorários advocatícios, nas sentenças não condenatórias, deve ser feita por equidade, de acordo com o grau de dificuldade da causa, o tempo de duração e o local de realização do processo" (20030111148433APC, Relator J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, DJ 08/05/2007, p. 85);

"DANO MORAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA - DIVULGAÇÃO DE FATOS VERÍDICOS - INOCORRÊNCIA - DEPRECIAÇÃO - HONRA - PESSOA PÚBLICA - CONFLITO APARENTE DE NORMAS.
"01. A presente questão implica num conflito aparente entre o direito individual à preservação da honra e boa imagem (CF, art. 5º, X) e o direito coletivo de informação e liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IX).
"02. Tal conflito se resolve por um juízo de ponderação, que se liga ao Princípio da Proporcionalidade, o qual exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, não podendo haver outro meio menos oneroso para se alcançar o resultado.
"03. Sendo o envolvido pessoa de vida pública, uma autoridade, eleito para o cargo de Senador da República após haver exercido o cargo de Prefeito do Município de Ariquemes/RO, condição que o expõe à crítica da sociedade quanto ao seu comportamento, e levando-se em conta que

> *não restou provado o* animus *de ofender, tenho que o Jornal não pode ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais.*
> *"04. Deu-se provimento ao recurso. Unânime." (20080150037926APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, DJ 07/08/2008, p. 65)*

De se compreender, portanto, que a redução do âmbito de proteção aos direitos de personalidade, no caso em concreto, mostra-se aceitável, haja vista que a informação atacada diz respeito a atividades ligadas diretamente ao exercício de relevante cargo público. Há, pois, nítido interesse na divulgação de dados correspondentes ao desempenho desse múnus, notadamente quando envolve a fiscalização sobre a utilização de recursos financeiros do Estado e por parte dele.

Frente a todos esses aspectos, considerando que a atuação jornalística retratada nos autos, a despeito de contundente narrativa, manteve-se dentro do exercício regular de direito, não tendo havido injusta ofensa a direitos do recorrente, é de se prestigiar a conclusão sentencial, que julgou improcedente o pedido indenizatório formulado na inicial.

Quanto a esse derradeiro aspecto, reporte-se, uma vez mais, a precedente desta egrégia Corte, *ad litteram*:

> *"CIVIL E PROCESSO CIVIL. DANO MORAL. NOTÍCIA PUBLICADA EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. LIMITAÇÃO À NARRATIVA DOS FATOS APURADOS EM PROCESSO CRIMINAL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. "1. A imprensa tem o dever de informar a opinião pública, não podendo ser punida quando a matéria limita-se a narrar fato verdadeiro, apurado em processo criminal e sem qualquer intenção de ofender a honra da pessoa.*
> *"2. O que se pune e obriga à reparação moral é a conduta daquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e da informação, com dolo ou culpa, viola direito ou causa prejuízo a outrem" (19980110611357APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 5ª Turma Cível, DJ 18/12/2002, p. 61).*

Assim, de tudo quanto considerado, não há que se proceder a nenhum reproche ao r. *decisum* atacado, razão pela qual **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É o meu voto.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Revisora) - Conheço do recurso de apelação, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de apelação cível interposta por ADHEMAR PALADINI GHISI, contra a r. sentença de fls. 314/319.

Na origem, o apelante ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais em desfavor de S/A EDITORA TRIBUNA DA IMPRENSA E HÉLIO FERNANDES, objetivando a condenação dos réus ao pagamento de indenização a título de danos morais, em decorrência de publicação de matéria jornalística, que alega ser ofensiva à sua honra, imagem e integridade moral, pela qual foi noticiado que o autor, que à época exercia cargo de Ministro do TCU, havia sobrestado processos administrativos de prestação de contas envolvendo escândalo relacionado à diretoria da Petrobrás Distribuidora S/A-BR e o IDORT.

O d. Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido formulado pelo autor, condenando-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais) (fls. 314/319).

Em suas razões de apelo, o autor repisou os argumentos lançados em sua exordial aduzindo que a reportagem utilizou-se de ilações descuidadas e caluniosas, que extrapolaram o direito à informação, além de não refletir a realidade dos fatos (fls. 324/337).

Contra-razões da ré S/A EDITORA TRIBUNA DA IMPRENSA às fls. 340/358.

É o relato necessário.

Passo à análise do recurso.

Cediço que para se concretizar a obrigação ao pagamento de indenização por danos morais, se faz necessária a presença de três elementos: o ato ilícito, o dano efetivamente causado ao indivíduo e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Nos termos do artigo 186 do Código Civil, "A*quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

Dessa forma, cabe analisar, inicialmente, a ocorrência de ato ilícito na conduta dos réus.

Restou incontroverso que os requeridos veicularam notícia acerca de processos administrativos de prestação de contas envolvendo escândalo relacionado à diretoria da Petrobrás Distribuidora S/A-BR e o IDORT, cuja relatoria coube ao autor, o qual exercia à época a função de Ministro do TCU.

A hipótese dos autos traz em si um clássico confronto de direitos fundamentais assegurados pela nossa Carta da República: liberdade de imprensa - art. 5º, IV, e 220, § 1º - *versus* direito à honra e à imagem - art. 5º, X.

Não obstante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, a Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, impõe limites a essa liberdade, tornando defeso a violação de direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, inclusive as jurídicas.

Como bem destacou o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes: "*É preciso ponderar as duas pontas da liberdade, aquela da preservação da dignidade da pessoa humana e aquela da livre circulação da informação pela mídia. É essa ponderação que eleva e protege o cidadão contra ataques a sua honra e,* exempli pare*, assegura direito à informação*". (Resp 403639/PR).

Inicialmente, da análise detida do teor da notícia publicada, não vislumbro qualquer expressão que possa ensejar ofensa à honra, imagem ou bom nome do autor, tratando-se de matéria de cunho eminentemente informativo, porquanto os apelados se mantiveram nos limites da liberdade de imprensa assegurada pela Constituição Federal, não promovendo qualquer juízo de valor tendente a ofender a honra ou a moral do apelante.

Confira-se o teor da matéria veiculada (fls. 19/20), *in verbis*:

> "*(...) Surpreendida e apanhada em flagrante com o descalabro das Contas de 1998, a diretoria da BR logo se movimentou procurando o relator do processo no Tribunal de Contas, Ministro Adhemar Ghisi. Esse Ministro foi 'conversado' pessoalmente pela antiga diretoria da BR, que ficou no cargo de 29 de abril de 1993 a 23 de abril de 1999. Essa prestação de contas, i-n-a-c-r-e-d-i-t-a-v-e-l-m-e-n-t-e foi SOBRESTADA (é a palavra que está nos autos) pelo Min. Ghisi. Ele fez isso no primeiro processo citado aqui, e estava determinado ('conversado'), como está no processo, a fazer o mesmo com o segundo. Só que no dia 8 de maio de 2001, o Ministro Ghisi caiu na inexpugnável expulsória dos 70 anos, e aí, no mesmo dia, os processos foram redistribuídos do Ministro Ubiratan Diniz de Aguiar, que decidiu apurar tudo. Esclarecimento: durante todo tempo que esteve com o processo, até sair pela expulsória, o Ministro Ghisi não movimentou-o em nenhum momento.*
> *(...)*
> "*PS. Isso não pode cair no esquecimento, ser escondido, sequestrado ou apadrinhado. Além de todos esses personagens está envolvido GRAVEMENTE um Ministro do Tribunal de Contas da União, que paralisou o processo e iria arquivá-lo, não teve tempo (...)*"

Certo é que em alguns casos a imprensa divulga notícias tendenciosas, com acréscimo de adjetivos capazes de atingir à honra e à imagem das pessoas físicas ou jurídicas. Todavia, a matéria publicada não ultrapassou os limites constitucionais do direito de informação, porquanto limitou-se a expor os fatos sem, no entanto, proferir qualquer juízo de valor pessoal em relação ao autor.

Tratando-se, pois, de matéria que apenas narrou os fatos ocorridos, resta afastada a ofensa à honra, imagem e integridade moral do apelante. Ademais, como visto alhures, trata-se de exercício legal da liberdade de imprensa, princípio reconhecido pela Constituição Federal.

Outro não é o entendimento da jurisprudência, conforme os julgados a seguir colacionados.

> *"DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. FATOS APURADOS PELA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL.*
> *- A difusão pela imprensa de fatos em apuração pela delegacia da receita federal com a mera intenção de informar e sem o propósito de ofender a honra e a dignidade dos autores não constitui ato ilícito apto a ensejar indenização, mas apenas o exercício da liberdade de informação.*
> ***- Se a notícia veiculada na imprensa limita-se a narrar fatos colhidos junto a órgãos públicos, sem o propósito de ofender o bom nome dos apelantes, não há qualquer ato ilícito, ao contrário, presente se faz o direito da imprensa de informar o público leitor, dando ciência do fato ocorrido. apelo não provido****". (20050110114644APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 20/02/2008, DJ 27/03/2008 p. 54.)*

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELOS IMPROVIDOS.*
> *1. A divulgação de fatos por empresa jornalística insere-se dentro da garantia constitucional da liberdade de imprensa (artigo 220, da CF) e deve ser exercida sem abusos, zelando pela inviolabilidade da intimidade, honra e imagem das pessoas. 2.* ***Se a veiculação da notícia não se mostra eivada de*** **animus injuriandi,** ***mas se circunscreve a narrar os fatos que lhe foram apresentados (...), resta afastada a presença***

> ***do elemento subjetivo do qual decorre o dever de indenizar**. (...) 4. Recursos conhecidos e desprovidos." (20010110750727APC, Relator ARNOLDO CAMANHO, 3ª Turma Cível, julgado em 26/09/2007, DJ 08/11/2007 p. 100)*

Destarte, tendo em vista a ausência de um dos elementos caracterizadores, qual seja, o ato ilícito, uma vez que inexistente na matéria publicada qualquer juízo de valor tendente a ofender a honra, a imagem, o bom nome e a moral do autor apelante, tenho por incabível a condenação das rés, ora apeladas, ao pagamento de indenização pelos danos morais alegados.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO**, mantendo íntegra a r. sentença hostilizada.

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime.

Nota

[1] Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas S/A, 2007, p. 147.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004031003394-7

Apelantes - Serviços Hospitalares Yuge Ltda. e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Waldir Leôncio Júnior
Segunda Turma Cível

EMENTA

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PROFISSIONAL QUE DESCONSIDERA QUADRO GRAVE DE FEBRE E DE ICTERÍCIA EM RECÉM-NASCIDA. AGRAVAMENTO DO MAL: SURDEZ, CEGUEIRA, TETRAPLEGIA E EPILEPSIA. NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA. DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.

1. Inafastável a condenação de pediatra ao pagamento de indenização por danos morais e materiais que, diante de icterícia em estado avançado e de febre alta, não encaminha recém-nascida a outro hospital para tratamento adequado e não orienta adequadamente seus pais a respeito da gravidade e das consequências nefastas da moléstia.

2. O hospital compartilha objetivamente da responsabilidade civil do profissional que recruta para suprir as deficiências de seus próprios serviços quando este, por manifesta negligência, comete erro médico; e quando, mesmo funcionando em regime de pronto-socorro, deixa de disponibilizar aos seus usuários laboratório de análises clínicas com atendimento em tempo integral. Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

3. O sinistro causou surdez, cegueira, tetraplegia e epilepsia generalizada na autora, sendo certo que, para sobreviver, sempre necessitará do auxílio de terceiro. Nesse diapasão, os danos materiais devem ser suficientes para garantir a sua sobrevivência (pensão mensal) e a aquisição de medicamentos, alimentação especial, cama hospitalar e de aparelho específico para possibilitar sua alimentação.

4. O valor fixado pela sentença a título de dano moral se mostra ra-

zoável, motivo pelo qual não se deve aumentá-lo nem reduzi-lo.
5. Na indenização por danos morais, cabível o início da contagem dos juros de mora a partir da fixação do *quantum*; na indenização por dano material, o marco inicial dos juros moratórios é a data da última citação válida.
6. Recursos de apelação conhecidos e improvidos. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Waldir Leôncio Júnior - Relator, J. J. Costa Carvalho - Revisor, Angelo Passareli - Vogal, sob a presidência do Desembargador J. J. Costa Carvalho, em negar provimento a ambos os apelos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2008.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação originária na qual a menor impúbere I.F.C. pleiteia indenização por danos morais e materiais nos valores respectivos de R$ 397.440,00 (referentes a dois salários mínimos, por mês, durante 72 anos) e R$ 207.360,00 (referentes a um salário mínimo, por mês, durante 72 anos), alegando ter havido má prestação de serviços médicos perpetrados pela médica Roseane R. B. de Moraes, no estabelecimento do Hospital São Francisco, e conducentes ao atual estágio de tetraplegia, deficiência auditiva, cegueira e síndrome epilética generalizada.

A MM. Juíza *a qua* julgou parcialmente procedente o pedido (fls. 876/900) para condenar os réus, a título de dano material, a pagar pensão alimentícia equivalente a dois salários mínimos mensais, a contar da data do evento danoso, bem como R$ 11.000,00, para a aquisição do material necessário ao tratamento (cama hospitalar e bomba de infusão); e, a título de danos morais, R$ 200.000,00, dos quais a médica somente responderá solidariamente até o limite de R$ 30.000,00.

Na ocasião, a Il. Sentenciante consignou que a negligência e imprudência da médica, por não especificar os exames que entendeu urgentes e por orientar os pais a retornarem para casa, coadunadas à conduta do Hospital São Francisco em não disponibilizar o atendimento emergencial necessário, foram determinantes ao agravamento da doença da menor, que nascera saudável.

Ambas as partes interpuseram recursos de apelação.

O hospital (fls. 908/946) reitera a tese segundo a qual a causa determinante do agravamento da doença foi a inexecução dos exames urgentes. Nesse passo, alega que os exames foram devidamente especificados. Também aduz não estar autorizado pela autoridade pública competente a prestar serviços de pronto-socorro (os quais são ininterruptos), razão pela qual tais exames não foram realizados no estabelecimento da recorrente. Ao final, pedem sejam os danos morais fixados em R$ 5.000,00, haja vista ser a autora pobre, reduzido o valor da pensão mensal e computados os juros de mora a partir da publicação da sentença.

Preparo regular (fl. 948).

Contra-razões (fls. 967/977).

A médica (fls. 950/961), em seu apelo, aduziu ausência de nexo causal e de culpa, pois sua conduta "*deve ser analisada de acordo com as condições de julgamento que a mesma detinha à época dos acontecimentos*" (fl. 956) e, nessa esteira, atuou consoante os procedimentos médicos corretos. Aduz "*deslocamento do nexo de causalidade*" para o Hospital Materno Infantil de Brasília - HMIB. A morosidade deste em diagnosticar a doença é a causa do agravamento da doença. Eventualmente, requer a redução da condenação.

Preparo regular (fl. 962).

Contra-razões (fl. 978/990).

Em recurso adesivo (fls. 988/990), a autora requer a condenação nos valores requeridos na inicial.

Sem preparo em razão da gratuidade judiciária.

Contra-razões somente apresentada pela requerida Dr. Roseane R. B. de Moraes (fls. 995/999).

O ilustre Representante da Procuradoria de Justiça pronunciou-se pela manutenção da sentença. (fls. 1006/1025).

É o relatório.

VOTOS

Des. Waldir Leôncio Júnior (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações dos réus e do recurso adesivo da parte autora.

Antes de examiná-los, peço vênia para tecer um breve histórico sobre a *vexata quaestio.*

Noticiam os autos que a menor I.F.C. nasceu completamente saudável em 06-01-2002, no Hospital São Francisco, em Ceilândia - DF, tendo recebido alta em 08-01-2002, juntamente com sua mãe.

Revelam ainda os autos que, 11-02-2002, a menor passou a apresentar febre em torno de 39º C e amarelão na pele, fato que despertou a preocupação de seus pais, os quais logo entraram em contato com o médico responsável pelo parto, Dr. Diney, que os aconselhou a levá-la até o Hospital São Francisco para exame.

No nosocômio, foram recebidos pelo Dr. Diney que afirmou estar a criança com icterícia. Ato contínuo, foram encaminhados à pediatra de plantão daquela noite, Dra. Roseane Rodrigues Barreto Morais.

A aludida médica, após examinar a recém-nascida, acalmou seus pais dizendo não ser a "coisa grave", mas apenas uma cólica com icterícia fisiológica. Receitou dipirona intramuscular, solicitou alguns exames e encaminhou a família para casa, aconselhando ainda que passassem a dar a menor chá de picão e banho de Sol.

Os exames solicitados pela médica não foram realizados de pronto porque o laboratório do Hospital São Francisco estava fechado no horário da consulta.

Os pais de I.F.C. retornaram para casa; no entanto não tardaram a perceber que seu estado de saúde estava piorando.

Preocupados, ligaram, naquela mesma madrugada, para a pediatra plantonista, Dra. Roseane, a qual, mais uma vez, afirmou que o quadro clínico da criança não era grave e que deveriam aguardar o dia amanhecer para então retornar ao hospital e realizar os exames solicitados.

Os pais de I., cedo, levaram-na para o Hospital São Francisco com os pedidos de exames. Lá, foram recebidos pelo médico Antônio Resende que, ao ver a criança, disse: "*eu já sabia que viria uma criança em estado grave, pois a Dra. Roseane já havia me avisado*" (fl. 877).

Este último médico não examinou a menor, mas recomendou que seus pais a levassem imediatamente para o Hospital Materno Infantil de Brasília - HMIB, o qual dispunha de UTI neonatal, único lugar que teria ela chance de sobreviver, já que não tinham condições financeiras de arcar com tratamento em hospital particular.

> *"Diante da gravidade do quadro, os pais desesperados conduziram a filha de táxi para o HMIB, ali tanto o atendimento quanto os exames, foram realizados em caráter de urgência, e os médicos ainda questionaram sobre a demora para buscarem atendimento para a filha, mas ao tomarem ciência dos fatos disseram que a médica responsável pelo primeiro atendimento da autora se portou de forma irresponsável, pois teria deixado o quadro se agravar" (fl. 877).*

A menor foi internada na UTI do HMIB, medicada, entubada e submetida à transfusão de sangue e a banho de luz. Passou onze dias naquele hospital, no qual foram os pais informados que a recém-nascida seria "*uma criança especial*", haja vista as

sequelas advindas do alto grau de bilirrubina impregnado no cérebro. *"Dali a autora foi encaminhada para o Hospital Sarah, onde realizou diversas avaliações e acompanhamentos para o correto esclarecimento do seu quadro e das causas que a levaram a tal estado. Constatou-se a não existência de problemas de origem fetal, pois teria nascido normal, e após dois anos realizando os mais diversos exames e acompanhamentos, os pais vieram a ter certeza do real estado da filha. A criança ficou tetraplégica, deficiente auditiva e visual e ainda com síndrome epilética generalizada (...)"* (fls. 877/878).

I.F.C. ajuizou a presente ação de conhecimento, rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, visando à condenação do Hospital São Francisco e da médica pediatra plantonista, Dra. Roseane, ao pagamento de indenização por danos morais e materiais porquanto, hoje, diante das sequelas da icterícia, está epilética, tetraplégica, surda e cega.

Os pedidos iniciais foram julgados parcialmente procedentes. O dispositivo do *decisum* está assim redigido:

> *Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, para confirmar a antecipação de tutela e condenar o primeiro réu, SERVIÇOS HOSPITALARES YUGE LTDA. (HOSPITAL SÃO FRANCISCO), e a segunda ré, ROSEANE RODRIGUES BARRETO DE MORAIS, a pagarem à autora a título de reparação por danos materiais pensão vitalícia em favor da mesma, no valor correspondente a 2 (dois) salários mínimos mensais, desde a data do evento danoso, 11/01/2002, abatendo-se os valores já pagos em razão da antecipação de tutela deferida, e indenização no valor de R$ 11.000,00 (onze mil reais) para aquisição de material necessário ao seu tratamento (cama hospitalar e bomba de infusão), valor a ser corrigido desde o ajuizamento da ação e acrescido de juros legais desde a última citação. Poderão os réus optar pela entrega dos itens em questão, desde que o façam segundo as especificações necessárias para atendimento das necessidades da autora, e num prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação para cumprir a obrigação.*
>
> *Condeno os réus, ainda, no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sendo que a segunda ré responderá solidariamente apenas por R$ 30.000,00 (trinta mil reais) do valor fixado, não se podendo exigir da mesma o valor restante, conforme fundamentação supra. O valor da condenação deverá ser corrigido e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar desta data, pois antes disso não se sabia qual seria o valor devido a este título pelos réus, o que impede a existência*

de mora, e o valor fixado foi considerado nesta data como o adequado para a indenização dos danos sofridos.
Diante da sucumbência bem maior dos réus, estes arcarão com o pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. O percentual incidirá sobre as pensões vencidas na data do cumprimento da sentença, mais doze parcelas das pensões vincendas, bem como do valor atualizado arbitrado para indenização pelos danos morais e pelo dano material fixado.
P.R.I.

Inconformadas, ambas as partes apelaram.

Os réus, em apertada síntese, buscam ver afastada a responsabilidade pelos fatos narrados na inicial. E, alternativamente, pedem a redução da verba indenizatória e sejam computados os juros de mora a partir da publicação da sentença recorrida.

A autora, em seu apelo adesivo, pediu a majoração da indenização por danos morais e materiais, nos termos do pedido inicial.

Esse é o breve resumo da lide.

Examino os apelos.

Nos autos, são fatos incontroversos que, no dia 11-01-2002, a autora apresentava quadro clínico de febre e amarelão na pele. Em razão disso, seus pais foram ao Hospital São Francisco, no qual havia nascido, e atendidos pela Dra. Roseane, pediatra de plantão naquela noite. Após a consulta, foram orientados (por aquela médica) a retornar para casa porque o quadro clínico da menor não era grave e os exames solicitados poderiam ser realizados no dia seguinte, já que o laboratório do hospital estava fechado.

Na madrugada, o estado de saúde da menina piorou, e seus pais não tardaram a ligar para a médica, a qual, mais uma vez, insistiu que o quadro clínico da criança não inspirava cuidados imediatos e que deveriam aguardar o dia amanhecer para então retornar ao hospital e realizar os exames solicitados.

Na manhã do dia seguinte, voltaram ao Hospital São Francisco. Nessa ocasião, foram informados de que aquele nosocômio não dispunha de estrutura suficiente (UTI Neonatal) para tratar a recém-nascida ictérica, razão pela qual foram orientados pelo médico pediatra que havia recebido o plantão da Dra. Roseane a se dirigirem ao Hospital Materno Infantil de Brasília - HMIB.

Também é incontroverso que a morosidade no tratamento da doença foi a causa determinante das infelizes consequências (surdez, cegueira, epilepsia generalizada, tetraplegia).

Os autores insistem em alegar que a Dra. Roseane os acalmou e os orientou a retornar para casa. A icterícia apresentada não era grave, sendo apenas necessários chá de picão e banho de Sol.

A médica-ré sustentou que pediu exames de urgência e encaminhou os pais da recém-nascida para o laboratório do hospital; no entanto este estava fechado. Diante disso, afirmou que os autores "*(...) deveriam ter providenciado os exames em outro local,* (sic) *como orientado e não deixar a criança agonizando a madrugada inteira.*" (contestação, fl. 170).

Pois bem. O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o fornecedor de serviços deve ser responsabilizado objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores. Essa é a regra.

O parágrafo 4º do citado preceptivo legal, por sua vez, ressalta uma exceção, qual seja, a situação jurídica dos profissionais liberais, incluindo os médicos, cuja responsabilidade civil fica abrangida pelo regime da culpa.

Zelmo Denari leciona, *in* Código de Defesa do Consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto/Ada Pellegrini Grinover... [et. al.], 7.ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 175-176:

> *O § 4º abre uma exceção ao princípio da objetivação da responsabilidade civil por danos.*
> *Trata-se do fornecimento de serviços por profissionais liberais cuja responsabilidade será apurada mediante verificação de culpa.*
> *Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza* intuitu personae *dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados - para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais - são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.*
> *Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.*

Na espécie, a responsabilidade da médica-apelante pelo evento danoso, à luz da legislação consumerista, é manifesta.

Sua imperícia e sua negligência não passaram despercebidas pela MM. Juíza sentenciante. É conferir:

> *Conforme se verifica do laudo pericial e dos prontuários médicos juntados ao feito, I. nasceu com perfeita saúde, a sua gestação foi acompanhada dos cuidados necessários e os pais sempre estiveram*

> *atentos aos cuidados necessários para com a filha recém nascida (sic). Ao perceberem a prostração da criança entraram em contato com o médico responsável pelo parto, este os encaminhou para a pediatra de plantão no hospital, onde foram atendidos pela médica e justamente nesse atendimento percebe-se falhas grosseiras, que não se esperaria de uma profissional com a sua qualificação. A médica, segundo os pais, os tranquilizou dizendo que a criança estaria com uma simples cólica, que poderia ser tratada com chá de picão de banho de sol (sic), solicitou alguns exames e os mandou para casa.*
> ***Ora, a criança estava febril, gemia, a pele estava amarela, esses sintomas em um recém nascido (sic) seriam preocupantes para qualquer leigo, e levaram os pais a buscar pronto atendimento para a filha. Contudo para um profissional da área médica, especialmente pediátrica, tais sintomas podem apontar para uma séria elevação do nível de bilirrubina no sangue. Os sinais eram perceptíveis,*** *tanto é assim que o obstetra responsável pelo parto ao ver a criança já teria dito aos pais que ela estava com muita icterícia e os encaminhou para a pediatra de plantão. A médica, contudo, apenas relata no prontuário que a criança apresentava icterícia moderada,* ***não informa quais foram os exames solicitados****, e deixa de estabelecer qual o grau de icterícia apresentado pela recém-nascida, o que, conforme prova pericial, na falta dos exames laboratoriais poderia ser feito mediante exame clínico, utilizando-se a escala de Kramer ou outra conhecida. (g.n.)*

Adiro a esse douto entendimento.

Acrescento que as provas constantes dos autos demonstram à saciedade que a Dra. Roseane não se ateve à gravidade da icterícia apresentada pela menor I., tanto é verdade que, apesar de estar ela com 39º C de febre, o que já seria indicativo de que algo estava muito errado, mandou-a para casa após uma dose intramuscular de dipirona. A menor sequer ficou em observação durante à noite no hospital para ver se sua febre baixava. De efeito, embora a médica alegue ter sido eficiente quanto ao pedido de realização de exames de urgência, não tomou maiores cautelas em investigar o real estado de saúde da criança, a qual contava com apenas seis dias de vida.

Não precisa ser pediatra para saber que a icterícia é uma condição comum em recém-nascidos, a qual, embora, *a priori*, não inspire maiores cuidados, pode trazer problemas futuros ante o alto nível de bilirrubina no sangue. Já é patente, inclusive, na cultura popular, a utilização preventiva do chá de picão.

Ocorre que quando temos em nossa frente uma médica pediatra, a qual se depara com uma recém-nascida, gemendo, com febre alta e amarelão no corpo, não podemos admitir que esta apenas receite - verbalmente - chá de picão e banho de Sol. E mais: diante desse quadro clínico atípico, postergue a realização de exames para aferir o nível de bilirrubina para o dia seguinte porque o hospital, no qual está "dando plantão", não dispõe de laboratório 24h, muito embora funcione em regime de pronto-socorro.

Essa situação é esdrúxula.

O art. 1.545 do Código Civil de 916, legislação vigente à época do evento danoso, dispõe: "*os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento*".

Mais a mais, não merece guarida a tentativa da apelante de transferir a culpa pelas sequelas sofridas pela autora ao tardio atendimento prestado pelo HMIB (ou seja, tentativa de afastar o nexo de causalidade existente entre sua conduta e o mal sofrido por I.). É importante notar que o dever de indenizar não deriva exclusivamente das consequências advindas da icterícia, mas do fato de que a menor poderia ter saído ilesa caso prontamente tivesse tido acesso ao tratamento médico adequado.

Na realidade, de fato, não se pode afirmar com certeza absoluta que I. não iria padecer de qualquer sequela advinda da icterícia caso tivesse realizado os exames na noite em que esteve no Hospital São Francisco. **Não é menos certo, contudo, que se a médica-apelante tivesse empreendido todas as diligências no sentido de zelar pela saúde da criança, suas chances de sair sã teriam sido maiores, mormente porque nasceu saudável.** A *vexata quaestio* encerra uma obrigação de meio e não de resultado. Tinha, pois, a médica a obrigação de cuidar com atenção de sua paciente, não se comprometendo, no entanto, a curá-la.

Sérgio Cavalieri Filho anota, *in* Programa de Responsabilidade Civil, 6. ed. rev. e aument. - São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 392:

> *Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.*
>
> *Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado (...).*

Do exposto, infere-se que a médica-apelante, mesmo diante do grave estado de saúde de I., mandou-a para casa com um mero pedido de exames, deixando-a padecer à própria sorte.

Nesse sentido, o parecer da il. Procuradoria de Justiça, *in verbis*:

> *De fato, caso a Apelante tivesse agido com a cautela que o caso exigia e tomado as providências necessárias, certamente I.F.C. não teria seu quadro agravado e, por consequência, também não apresentaria as sequelas que tem atualmente.*
> *Convém asseverar que a conduta da pediatra de mandar para casa um recém-nascido apresentando 39º graus de febre sem que um diagnóstico preciso acerca da causa do estado febril da Apelante fosse determinado com precisão demonstra de plano a conduta negligente da pediatra. E mais, tranquilizou os pais afirmando que não era nada grave sem, contudo, realizar nenhum exame.*
> *Ademais, a conduta esperada de uma médica pediatra em face do laboratório de análises encontrar-se fechado naquela ocasião, seria encaminhar a criança à* (sic) *outro hospital para que realizasse exames emergenciais e finalmente dar um diagnóstico preciso. Entretanto, sequer orientou os pais da criança acerca da urgência e da importância dos exames solicitados.*
> *Nesse diapasão, restou amplamente demonstrado nos autos que a conduta da Dr. ROSEANE* (sic) *foi decisiva para o agravamento do estado de saúde da Apelada, fato esse que culminou nas sequelas que, irreversíveis, a tornaram uma criança quase vegetativa e totalmente dependente de cuidados em tempo integral.*
> *Ora, a omissão da Apelante teve consequências da mais alta gravidade não só na vida da Apelada como de toda a sua família, pois se trata de uma criança que nasceu saudável, normal e hoje não sem acompanhamento em tempo integral e por toda a vida. (fls. 1.016/1.017)*

O perito, em seu laudo, de igual forma, afasta de maneira clara a tentativa da apelante de imputar a responsabilidade pelo dano sofrido por I. ao HMIB (fl. 685):

> *O primeiro fato determinante para a demora de uma conduta médica que possibilitaria evitar tal evolução foi a não execução dos exames solicitados, que no caso presente, poderiam ser providenciados com maior agilidade mediante internação hospitalar, o que propiciaria, também, uma observação mais cuidadosa da paciente em relação ao quadro febril.*
> *(...)*

> *Tanto a Exsanguineotransfusão quanto o uso de antibióticos iniciado no HMIB só serviram para debelar a infecção e impedir que houvesse mais depósito de bilirrubina na sistema nervoso de I.. Porém, a ocorrência de crise convulsiva com hipertonia e opistótono demonstravam* ***que a lesão já estava presente no momento da chegada ao Berçário do HMIB****. Os exames posteriores serviram para confirmar a hipótese de Encefalopatia causada pelo excesso de bilirrubina na sangue da criança. (g.n.).*

De outra banda, como bem observou a il. Julgadora, constatam-se as seguintes expressões na prescrição médica exarada pela Dra. Roseane (fl. 23): "*icterícia moderada*", "***solicito exames de urgência***" e "*reavaliar com resultados*".

Se os exames eram de urgência, deveria ter a médica, no mínimo, minudenciado tais exames. A ausência de especificação daqueles denota, por si só, a falta de informação adequada aos pais de I., garantida pelo Código de Defesa do Consumidor; assim como a prestação de serviço defeituoso na forma do art. 14, § 1º, do CDC. O atendimento médico não forneceu a segurança que a paciente e seus genitores esperavam.

Noutro giro, manifesta a veracidade das alegações dos pais da autora no que toca ao dever de cuidado para com sua saúde.

O telefonema durante a madrugada não é compatível com a versão da apelante de que os pais foram negligentes ao "*deixar a criança agonizando a madrugada inteira*". É evidente a preocupação deles com a menor. Procuraram o hospital-réu no dia 11.01.2008; após o atendimento realizado, durante a madrugada, telefonaram para a Dra. Roseane; no dia seguinte, cedo retornaram ao hospital para a realização dos exames solicitados na noite anterior; diante da impossibilidade de tratamento no nosocômio, tomaram um táxi e dirigiram-se ao HMIB.

Enfim, é inegável a prestação negligente, imprudente e, por consequência, defeituosa do serviço denunciada pela ausência de especificidade dos exames urgentes e pelo contexto fático-probatório muito bem apanhado pela perícia médica de fls. 473/477, a qual, por ironia do destino, foi a que melhor retratou o caso, muito embora tenha sido rechaçada pela decisão de fls. 574/576, por suspeita. Aliás, foi o *Expert* peremptório quanto à culpa das rés (fls. 473/477), enquanto a outra perícia foi tíbia (fls. 674/689).

Em outras palavras: tivessem os pais de I. recebido informações precisas a respeito do seu estado de saúde e da icterícia, jamais retornariam para casa.

Para arrematar o tema, transcrevo o seguinte excerto da sentença vergastada:

> *Diante desse quadro* ***soa muito mal*** *o contido nas contestações dos réus quando afirmam que os pais foram negligentes e ficaram por toda a*

> *madrugada observando a filha agonizar, sem adotarem as providências prescritas pela segunda ré. Pelo que se observa, os pais da autora em nenhum momento foram negligentes, ao contrário, atuaram com toda a diligência necessária, mas em razão da confiança depositada na profissional especialista que os atendeu, acabaram tendo de observar insones o quadro da filha se agravar sem que outras recomendações recebessem senão a de ficarem tranquilos e aguardarem para realizar os exames pela manhã.* ***Fossem outras as recomendações, por certo as teriam seguido, pois patente o interesse de ambos os pais no pronto restabelecimento da filha.*** *(g.n.).*

Andou bem a MM. Juíza *a qua.*

Analiso a responsabilidade do Hospital São Francisco pelo evento danoso.

A relação jurídica existente entre o hospital e a paciente se subsume ao Código de Defesa do Consumidor. Ademais, é sabido que o hospital responde pelos danos causados aos consumidores, independentemente de culpa, por defeitos relativos à prestação de serviços. A responsabilidade é objetiva e somente será excluída quando restar provado que: a) prestado o serviço, o defeito não existiu; e b) houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Consequência lógica, para que o dever de indenizar se concretize, basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

Outra não é a orientação do colendo STJ:

> *CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido. (REsp 138.059/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13.03.2001, DJ 11.06.2001, p. 197)*

O hospital não logrou êxito em comprovar excludentes de sua responsabilidade objetiva ante a má prestação do serviço por parte da Dra. Roseane, razão pela qual passo à análise da solidariedade.

É de se repisar que os fatos ocorreram, no estabelecimento do nosocômio, com a participação culposa da médica, que fora convocada para laborar naquele dia (depoimento pessoal da médica - fl. 790).

Desta feita, resta demonstrada a conduta do hospital, seja em virtude dos atos de sua preposta, seja em virtude da indisponibilização de pronto-socorro (tema que será abordado logo abaixo), bem como o resultado danoso (laudo pericial) e o imanente nexo causal entre a conduta do nosocômio e o infeliz resultado.

Esta egrégia Corte de Justiça já reconheceu a solidariedade entre o hospital e o médico em casos semelhantes. Vejamos:

> *PROCESSO CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA ENTIDADE HOSPITALAR. CITAÇÃO. NULIDADE. CONTESTAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE PRAZO. PRECLUSÃO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. COMPROVAÇÃO. RECURSO ADESIVO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO.*
>
> *I - A questão atinente à nulidade de citação e a postulada devolução do prazo para resposta está coberta pelo manto da preclusão, em razão da decisão proferida no agravo de instrumento manejado contra a decisão interlocutória que a repeliu.*
>
> ***II - Tanto os médicos como o hospital podem responder solidariamente por danos decorrentes de erro na prestação de serviços médicos. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.***
>
> *II - O estabelecimento hospitalar responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços médicos, independente de culpa de seu preposto. Todavia, ainda assim, o autor conseguiu demonstrar que o médico que procedeu ao primeiro ato cirúrgico agiu com culpa em sentido estrito, informada pela negligência e imperícia, pois, diante da revelia, presumem-se verdadeiros os fatos narrados na inicial. Dessa forma, comprovada a negligência e imperícia no atendimento médico prestado ao autor, bem como o dano efetivo que dele resultou, impõe-se o ressarcimento indenizatório.*
>
> *III - A pensão mensal é de natureza alimentar, devendo ser arbitrada segundo as necessidades da vítima e a capacidade econômica do causador do dano.*
>
> *III - Recurso principal improvido. Recurso adesivo parcialmente provido. Unânime. (20000110261882APC, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 1ª Turma Cível, julgado em 16/12/2002, DJ 30/04/2003, p. 22) (g.n.).*

> *PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENTIDADE HOSPITALAR. CARÊNCIA DE AÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO. CUL-*

PA. RISCO. NEXO DE CAUSALIDADE. ÔNUS DA PROVA. DANO MATERIAL E MORAL. QUANTUM.
1. Configura responsabilidade solidária a relação entre a entidade hospitalar e o médico que presta o atendimento, pois ao fornecer serviços, na pessoa do profissional, o hospital atua em seu próprio interesse econômico.
2. ***A responsabilidade objetiva prescinde de culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.***
3. Toda pessoa que exerce alguma atividade e cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigada a repará-lo, caso ocorra, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.
4. O magistrado não precisa responder a todas as questões levantadas pela parte; encontrando fundamento suficiente para a decisão, dispensado fica de apreciar temas desinfluentes para o desate da querela.
5. Impõe-se ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Não demonstrando suas assertivas, mister sejam considerados improcedentes os pedidos.
6. Os danos morais são indenizáveis e cumuláveis, se o caso, com eventual reparação por danos materiais. Entretanto, indispensável se demonstre o fato gerador da aludida indenização, que se há de amoldar ao preconizado no inciso X do artigo 5º, da Constituição Federal.
7. O quantum indenizatório para compensação de dano moral não se sujeita a regras preestabelecidas ou ao montante pretendido na peça vestibular. Deve prevalecer o bom senso do julgador, atento para a proporcionalidade entre a necessidade de reparação à vítima e a capacidade econômica do ofensor.
8. O magistrado deve, ao buscar o valor justo e ideal a título de reparação de danos morais, considerar, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano e a idéia de sancionamento do ofensor, como forma de obstar a reiteração de casos futuros. Apelo parcialmente provido. Unânime. (20030750040811APC, Relator VALTER XAVIER, 1ª Turma Cível, julgado em 15/12/2003, DJ 26/08/2004, p. 56)

Igualmente decidiu o colendo STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado.
A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde ***solidariamente*** *pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com*

> *a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido. (REsp 467.878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05.12.2002, DJ 10.02.2003, p. 222) (g.n.)*

Suficiente não fosse. A responsabilidade objetiva do hospital emerge da falta de recursos para operar pronto-atendimento. Aliás, na sua apelação, o Hospital São Francisco insiste na tese de não estar autorizado a manejar pronto-socorro, razão pela qual deve ser afastada sua responsabilidade.

De plano, pode-se afirmar que a responsabilidade do hospital-réu é patente. Em primeiro lugar, porque restou comprovada a culpa da Dra. Roseane pelo evento danoso, insista-se. Fato esse que, por si só, é suficiente para configurar a subjacente responsabilidade objetiva do apelante, mormente porque a médica foi convocada pelo responsável do hospital na área. Em segundo lugar, porque os documentos nos quais lastreia sua tese de não autorização para operar pronto-socorro são contraditórios, não servindo a comprovar as alegações deduzidas.

No cadastro fiscal do Distrito Federal (fl. 733), consta a informação de que o hospital não dispõe de pronto-socorro, nem de unidades para atendimento a urgências. Outrossim, o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (fl. 734) evidencia, a título de "*código de descrição das atividades econômicas secundárias*" que o recorrente estaria apto a realizar atendimentos de urgência.

Se os referidos documentos são contraditórios quanto ao atendimento de urgência, do que sobressai a sua fragilidade, é evidente que não são idôneos a fazer prova do não atendimento em pronto-socorro. Por outro lado, segundo relato do perito (fl. 687), atualmente, há serviço de urgência 24h no hospital. Esse dado constitui indício de que também o prestava na época dos fatos. Inclusive, é bom lembrar que a autora foi atendida por médica plantonista.

Merece destaque, uma vez mais, a sentença recorrida, a qual evidencia que, mesmo atendendo em regime de pronto-socorro, o hospital-réu não contava com laboratório de análise em regime 24h:

> *Ainda deve ser ressaltada a responsabilidade do primeiro réu, pois embora prestasse atendimento de emergência, não dispunha de laboratório aberto em período integral, mas apenas durante a parte do dia, quando, segundo a Perícia, dentre os requisitos para que uma instituição hospitalar atenda* ***emergências está a obrigação de manutenção de laboratório com atendimento em período integral. No laudo o perito prestou esclarecimentos precisos sobre a questão, fl. 683/684.***

> *Não assiste razão ao primeiro réu quando afirma que na data dos fatos não era obrigado a dispor desse tipo de atendimento, pois conforme ressaltou o i. Promotor de Justiça, embora no seu cadastro junto aos órgãos administrativos não estivesse previsto o atendimento de urgências, efetivamente prestava tais atendimentos, tanto que no seu cadastro junto à Receita Federal consta como atividade secundária, dentre outras, os atendimentos a urgências.* ***Ora, se trata de hospital de grande porte, os pacientes têm a justa expectativa de contar no local com toda a estrutura necessária para um correto e eficaz atendimento e tratamento, o que não ocorreu com a autora****. (g.n.)*

Perfeito o *decisum.*

Esclarecida a questão fática, passo à análise do capítulo em comum nos três recursos consistente na fixação do *quantum* indenizatório.

Nesse ponto, *ab initio*, imperioso realçar que o dano material tem por fundamento o fato de que a menor necessita e necessitará de amparo médico, de remédios e de alimentação especial pelo resto de sua vida. Por certo, está impossibilitada de trabalhar e, por consequência, de manter, por suas próprias forças, sua subsistência. Ademais, precisa de cama hospitalar e de instrumento que possibilite seja sua alimentação, com higiene e eficiência, realizada por terceiro.

In casu, os réus foram condenados a pagar pensão no equivalente a dois salários mínimos mensais, a contar da data do evento danoso (11-01-2002), bem como uma indenização, no importe de R$ 11.000,00, para efeitos de aquisição de cama hospitalar e de bomba de infusão.

O valor da pensão mensal vitalícia mostra-se razoável, haja vista o grave estado de saúde da autora.

De igual modo, não deve alterado o termo *a quo* do pensionamento (data do evento danoso). "(...) o ato ou o fato que deu origem à indenização é que constitui o marco inicial para início do pagamento, se se tratar de pensão periódica (...)" (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.294).

A exemplo do que foi dito anteriormente, tendo em vista a imprescindibilidade da cama hospitalar e da bomba de infusão, deve ser mantida a indenização respectiva em R$ 11.000,00.

Outrossim, também houve condenação, a título de danos morais, no montante de R$ 200.000,00, sendo que a médica somente responde solidariamente até o limite de R$ 30.000,00.

Impende ressaltar que o dano moral - a doutrina é assente e a jurisprudência, sedimentada -, é aferível *in re ipsa,* vale dizer, independe de inquietações anímicas e exteriores. Cito precedente:

> *PROCESSO CIVIL E CIVIL. ANOTAÇÃO INDEVIDA DO NOME DA PARTE NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CARACTERIZADO. DESNECESSIDADE DE PROVA. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO.*
> *O dano moral emerge da conduta lesionadora, prescindindo de prova. Para o homem de bem, ser considerado mau pagador constitui dano moral que merece ressarcimento. Para a fixação do quantum indenizatório devido a título de danos morais, a jurisprudência pátria tem consagrado a dupla função: compensatória e penalizante, bem assim que a referida verba deva ser arbitrada com moderação, evitando o enriquecimento sem causa. (20020110105852APC, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 28/05/2008, DJ 16/06/2008, p. 82) (g.n.)*

Volvendo-se os olhos para o caso concreto, o dano moral, indubitavelmente, surge da própria conduta dos requeridos, que causaram irreversíveis prejuízos à criança, impedindo-a de manter uma vida potencialmente saudável e normal. Enfim, o dano moral resta caracterizado.

Nessa esteira, a lição de Rui Stocco, *in op. cit.*, p. 559-560:

> *O profissional médico responde, como ficou assentado nos itens precedentes, pelos atos intencionais ou culposos que pratica quando no exercício de sua atividade. Tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor deixaram assentada a responsabilidade subjetiva do médico.*
> *Mas dúvida não resta de que tanto esse profissional como qualquer outro, em razão da mesma ofensa ou gravame, podem causar danos a outrem. Esse dano tanto poderá ter expressão patrimonial como extrapatrimonial, ou seja, poderá ser de ordem material como imaterial ou moral, na consideração de que o dano é um só.*
> *A Constituição Federal, ao consagrar a proteção da personalidade e da imagem da pessoa, esta como atributo daquela, assegurando o direito à reparação, não fez qualquer distinção, de modo que nem a lei inferior nem o intérprete poderá fazê-lo.*
> *Significa que o médico, quando atua com culpa (em sentido estrito), ou seja, quando comete erro médico inescusável, tanto poderá causar dano de ordem material, lesionando a pessoa sob o aspecto físico ou impondo-lhe perdas materiais (lucro cessante e dano emergente), como poderá atingi-la moralmente, seja causando, no próprio ofendido, dor,*

> *sofrimento, ofensa à imagem (afeamento, alteração na sua expressão ou aparência), angústia, solidão, depressão, ansiedade e tantos outros sofrimentos anímicos; seja atingindo, ainda, em caso de falecimento da vítima, os sentimentos e outras manifestações internas daqueles que lhe foram próximos.*

Como se sabe, o itinerário a ser percorrido pelo hermeneuta para alcançar o *quantum debeatur* a título de dano moral é sinuoso, exigindo a observância de algumas balizas.

A Ministra Nancy Andrighi do colendo Superior Tribunal de Justiça sugere os seguintes critérios:

> *O grau de culpa do ofensor, suas condições econômicas, as consequências e circunstâncias do evento danoso, o comportamento, idade e sexo da vítima, a gravidade da lesão, localização das sequelas, a permanência do sofrimento e, sobretudo, seus reflexos na readaptação do acidentado na vida social (REsp 318.379/MG, Rel. Min. Fátima Nancy, in DJ 04-02-2002).*

Do Ministro Sálvio de Figueiredo, colhe-se a seguinte lição:

> *A indenização, como se tem registrado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato (REsp 245.727/SE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ 05/06/2000).*

O Ministro Eduardo Ribeiro, por sua vez, faz a seguinte recomendação:

> *Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, devido à subjetividade que caracteriza o tema. Recomenda-se que essa seja feita com moderação, atentando-se para o nível sócio-econômico e para o porte da empresa, bem como para as peculiaridades do caso, pautando-se o magistrado pelo bom senso e pelos critérios*

recomendados pela doutrina e pela jurisprudência (REsp 208.795/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, in *DJ 23/08/1999).*

Este Relator tem reiteradamente decidido que o *quantum* indenizatório, a título de dano moral, deve ser fixado de acordo com as circunstâncias específicas do evento danoso, com a condição econômico-financeira das partes e à gravidade da ofensa, sempre em sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de maneira que seja atendido o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento indevido do lesado, nem se constitua incentivo à prática perpetrada pelo ofensor.

No caso dos autos, não se pode olvidar a severa violação aos direitos da personalidade da vítima. Hoje está impedida de agraciar-se das interações humanas, brincar, namorar, exercer uma profissão etc.

Sem perder de vista todos os aspectos ponderados ao longo deste voto, acredito ser complexa a tarefa de fixação do valor devido a título de danos morais; sopesando as peculiaridades do caso e os valores que vem sendo arbitrados pela jurisprudência, o valor fixado na sentença de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) é razoável.

Segundo se depreende dos autos, a Dra. Roseane não é afortunada; não dispõe de muitos recursos tão quanto a pessoa jurídica do Hospital São Francisco. A solução indicada pelo ilustre representante do Ministério Público, portanto, e acolhida pela Magistrada *a qua,* consistente na solidariedade da médica somente até o limite de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), se revela equitativa, uma vez que obedece ao princípio da isonomia.

No que tange aos juros de mora, na indenização por danos morais, cabível o início da contagem a partir da fixação do *quantum* indenizatório, ou seja, a contar da data da prolação da sentença recorrida; na indenização por dano material, o marco inicial dos juros moratórios é a última citação válida.

Por fim, do exposto, não há falar em aumento da verba indenizatória nos termos requeridos pela parte autora.

Ante o exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento.

É o voto.

Des. J. J. Costa Carvalho (Presidente e Revisor) - Do exame que fiz, quando da revisão, lendo e relendo detidamente os autos, a conclusão a que cheguei foi a mesma do eminente Relator, ou seja, a ilustrada sentença monocrática há que persistir.

Quanto ao acolhimento do pedido em si, as doutas razões lançadas na respeitável sentença não deixam quaisquer dúvidas de seu acerto. Quanto aos valores arbitrados à guisa de reparação dos danos morais e materiais, no particular, também não vejo por que repará-los, eis que bem sopesados.

Des. Angelo Passareli (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho a egrégia Turma.

DECISÃO

Negou-se provimento a ambos os apelos. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011032071-2

Apelante - Yeda Rabello Baptista
Apelada - Clínica de Repouso do Planalto S/A
Relator - Des. J.J. Costa Carvalho
Segunda Turma Cível

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. SOCIEDADE ANÔNIMA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SOCIETÁRIA. INDÍCIOS EM SENTIDO CONTRÁRIO. PROVA. IMPRESCINDIBILIDADE. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELA AUTORA. RECURSO IMPROVIDO.

I - A revelia enseja tão-somente a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados na inicial, pelo quê, havendo dúvidas substanciais e até mesmo sérios indícios em sentido contrário, pode perfeitamente o Juiz julgar pela improcedência do pedido.

II - Correta se mostra sentença que julga improcedente pedido de declaração de inexistência de relação societária entre as partes, especialmente quando o acervo probatório carreado aos autos afigura-se bastante frágil para induzir provimento jurisdicional contrário, especialmente por não se encontrar provido de documento público e idôneo que certifique, de forma objetiva e contundente, que a autora não seja acionista da Clínica ré.

III - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, J.J. Costa Carvalho - Relator, Angelo Passareli - Revisor, Carmelita Brasil - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador J.J. Costa Carvalho em proferir a seguinte decisão: negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 5 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação, deduzido por YEDA RABELLO BAPTISTA, eis que irresignada com a r. sentença proferida pelo d. juízo da 17ª Vara Cível de Brasília, em sede de ação declaratória de inexistência de relação jurídica societária promovida em face de CLÍNICA DE REPOUSO DO PLANALTO S/A.

Julgando antecipadamente a lide, nos termos do artigo 330, II, CPC, a MM. Juíza singular concluiu pela improcedência do pedido (fls. 240/242), ao fundamento de que, embora inexista nos autos comprovação de que seja a autora acionista da ré, há prova robusta de que exercia ela cargo de direção, "tendo, por isso, relação societária", pelo que a condenou ao pagamento das custas, observada a Lei nº 1.060/50, deixando de fazê-lo quanto aos honorários, em virtude da revelia.

Em suas razões de fls. 245/250, a autora reitera os argumentos expendidos desde a inicial, no sentido de que nunca foi sócia cotista da ré, mantendo com ela vínculo meramente empregatício; que foi nomeada Diretora Técnica pelos acionistas sem sua autorização, mas que exerceu a função, a pedido do Diretor Administrativo, porque a Clínica não poderia funcionar sem um médico inscrito no CRM; que, após a interdição, foi surpreendida com reclamações trabalhistas em seu desfavor, o que ocasionou a penhora e o bloqueio de seus proventos, pelo que busca a declaração da inexistência de relação societária com a requerida.

Discorreu sobre os documentos coligidos aos autos e alegou que "não procede sob nenhuma forma a análise efetuada pelo MM Juiz" (*sic*), mormente quando afirmou que a Justiça do Trabalho reconheceu que não havia relação de emprego, mas sim societária, entre ela e a ré, porquanto não há provas de que seja ela acionista, sendo certo que ser Diretora Técnica não implica nessa condição.

Requereu, pois, que, "em face das considerações contraditórias", seja a sentença "cassada", para julgar procedente o pedido inicial.

Sem contra-razões (fl. 255).

É o relatório.

VOTOS

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

Cuida-se de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, ajuizada por YEDA RABELLO BAPTISTA em face da CLÍNICA DE REPOUSO DO PLANALTO S/A, visando à "declaração de inexistência de relação jurídica societária" entre as partes.

Prima facie, em virtude das considerações tecidas nas razões do recurso, mostra-se de todo oportuno anotar que a revelia enseja apenas e tão-somente a

presunção **relativa** de veracidade dos fatos não contestados, devendo as provas trazidas à colação ser submetidas ao crivo percuciente do julgador, que decide com espeque no livre convencimento motivado, não estando, destarte, obrigado a acolher incondicionalmente a tese defendida na inicial.

Nesse contexto, as provas coligidas não são hábeis a demonstrar, com a mínima segurança necessária, que a apelante não seja sócia da apelada.

Anote-se, inicialmente, que o vínculo societário reveste-se de tamanha formalidade que, em regra, sequer necessita de prestação jurisdicional para declarar se ele existe ou não, pois se trata de informação pública, que deve ser levada a assento no órgão registrário próprio, bastando, destarte, para o fim colimado, que se busque ali a certidão devida.

No caso, são tantas e tamanhas as irregularidades que parecem cercar a Clínica ré, seus sócios e sua diretoria, que não se pode declarar a inexistência de laço societário entre as partes pelo simples fato de não haver nos autos documento público e idôneo que certifique, de forma objetiva e contundente, que a autora não seja acionista daquela, mormente quando há fortes indícios do contrário, senão vejamos.

Observa-se que a autora cuidou de acostar à inicial cópias de sua carteira de trabalho (fls. 09/11); de sua ficha funcional (fl. 12), contrato de trabalho (fl. 13), opção de FGTS (fl. 40), contracheques (fls. 46/54), avisos e recibos de férias (fls.42/45); da Ata da Assembléia Geral que aprovou o Estatuto da ré, realizada em 22.11.1980 (fls. 20/25), e de outra, realizada em 30.04.1996, de difícil leitura e até ilegível em alguns trechos, mas de onde se pode verificar a indicação da requerente para o cargo de Diretor Técnico (fls.37/38); além de recortes de periódicos (fls. 14/15 e 39) e uma declaração de rendimentos da ré, referente ao ano base de 1999 (fl. 41). Juntou também uma lista das demandas trabalhistas que teriam sido propostas contra ela (fls. 16/19) e cópia da inicial da que ela mesma manejou contra a requerida (fls. 26/31), com a parte final de uma sentença de procedência, que parece ser concernente ao mesmo feito (fls. 32/33), e outras peças relativas ao início da sua execução (fls. 34/36).

Emerge claro dos documentos acostados à inicial o esforço da demandante em demonstrar seu vínculo **empregatício** com a Clínica, inclusive com a comprovação de que se sagrara vencedora em reclamação trabalhista proposta contra esta (sentença que, aliás, restou anulada posteriormente), mas não se verifica o mesmo empenho quanto ao vínculo societário, não tendo trazido à colação os documentos (públicos, ressalte-se) efetivamente hábeis a indicar o rol de acionistas da ré, uma sociedade anônima.

A deficiência na instrução da exordial, contudo, parece não ser uma prerrogativa da ação *sub examine*, pois, conforme se alcança dos documentos juntados às fls. 106/192, por pessoa que não era parte no processo, e mantidos nos autos por decisão do Juízo à fl. 194 (postura essa, aliás, lídima, nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil), há muito busca-se, em procedimentos diversos,

o esclarecimento da constituição societária da ré, para responsabilização por dívidas de diferentes naturezas.

Compulsando tais documentos, que, inclusive, **não foram impugnados pela autora**, vê-se, por exemplo, a manifestação do Ministério Público do Trabalho na exceção de pré-executividade oposta contra a execução do título judicial obtido pela autora na reclamação trabalhista mencionada retro, onde relata o *Parquet* as "contradições" existentes acerca do quadro de acionistas e as diligências requeridas por aquele Órgão Ministerial, tais como a "expedição de ofício à Junta Comercial do Distrito Federal, para envio de todos os registros existentes em nome da Clínica de Repouso Planalto S/A, incluindo o estatuto social e alterações, bem como todas as atas das assembléias gerais ali registradas, ordinárias ou extraordinárias, realizadas desde a constituição da sociedade"; a "expedição de ofício ao 2º Cartório de Registros de Títulos e Documentos, para envio de todos os documentos pertinentes à sociedade reclamada ali registrados, considerando que algumas atas de assembléia geral foram depositadas perante o referido cartório", a teor de peças constantes daqueles autos; a "expedição de ofício ao DD. Delegado Titular da 16ª Delegacia de Polícia (Planaltina-DF), ... solicitando o envio dos termos de depoimento dos Diretores da Clínica, Régis Benes Soares de Andrade e Yeda Baptista Rabello", autora no presente processo; e a "expedição de ofício ao Dr. Diaulas Costa Ribeiro, Promotor de Justiça, solicitando informações, eventualmente obtidas durante as investigações promovidas pelo MPDFT, quanto à composição societária da Clínica de Repouso Planalto S/A, no período de 1995 a 2003, especialmente quanto à participação de Francisco Alberto Sales, Régis Benes Soares de Andrade e Yeda Rabello Baptista" (*sic* - fl. 117).

Consigna ainda o relatório do Parecer Ministerial em comento haver naqueles autos "**documentos comprovando que os <u>sócios</u> da Reclamada são** Régis Benes Soares de Andrade (Diretor Presidente), **Yeda Rabello Baptista (Diretora Técnica)** e Carlos Benes Soares de Andrade (Diretor Tesoureiro)", além de "diligências e denúncias realizadas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ante a **fraude existente na composição societária da Reclamada**" (fl. 118 - negritei e grifei).

Já quando da manifestação acerca do mérito da demanda, o Ministério Público destacou a fraude na representação da Clínica ré, nos seguintes termos, *verbis*:

> *"Evidente que a parte Autora está faltando com a verdade e se utiliza do Poder Judiciário para tentar fazer prevalecer ambições outras que não as deferidas legalmente na Justiça Obreira.*
> *Chama a atenção o fato de, na petição inicial, a Reclamante requerer a citação por edital dos 02 (dois) sócios, quais sejam, Francisco Alberto Sales e Regis Benes Soares de Andrade. Por óbvio que este último não se encontrava em local incerto, tanto que a própria Reclamante o*

localizou. Acrescente-se o fato de o mesmo ter comparecido espontaneamente à audiência inaugural supriria o ato citatório nulo, mesmo tendo sido excluído da relação processual, uma vez que o Senhor Francisco Alberto Sales não mais era sócio da Reclamada, não podendo figurar no pólo passivo da lide.

Ora, ao se ajuizar uma Reclamação Trabalhista na Justiça Obreira, a Reclamante busca ver seu direito prolatado por comando sentencial e, na fase executória, persegue seu cumprimento, espontâneo ou por intermédio dos vários remédios conferidos pela lei. É de se estranhar que a Reclamante, de plano, requereu a exclusão do sócio majoritário comprovado da Reclamada do pólo passivo, sob a frágil alegação de que este era somente um "laranja" na sociedade, o que se desmente com todo o conjunto probatório.

Não é isso o que demonstra a farta documentação acostada aos autos. Aliás, a própria Reclamante figura como sócia acionista da Reclamada (fls. 390/392, 454), não sendo legítimo seu pleito contra esta, haja vista **inexistir**, *in casu,* **vínculo empregatício**.

Tendo o Senhor Regis Benes Soares de Andrade, excluído do pólo passivo da Reclamação Trabalhista, e a Senhora Yeda Rabello Baptista, ora Reclamante, sido, por inúmeras vezes, réus solidários com a Reclamada nas ações ajuizadas, não podem agora vir se eximir de suas obrigações perante a Clínica Repouso Planalto S/A, nem mesmo tentar se utilizar da Justiça Obreira para fins outros que não os garantidos pelo artigo 114 da Constituição Federal. Ressalte-se o fato de os mesmos nunca terem requerido, nas demais ações ajuizadas em face da empresa, a intimação do **Senhor Francisco Alberto Sales**, *justamente pelo fato de o mesmo* **não ser sócio da Reclamada**, *fato pelo qual deve ser excluído da relação processual" (fls. 122/123 - negritos constantes do original, grifos nossos).*

Note-se que o ilustre representante do *Parquet* reporta-se à existência de "farta documentação", que, sem dúvidas, é inteiramente diversa da trazida à colação com a exordial da presente ação, e afirma que "a própria Reclamante", aqui autora, figura em alguns dos documentos" (destaquei), opinando, em face disso, não ser legítimo seu pleito contra esta, por **não existir vínculo empregatício**.

Por sua vez, a sentença daquele Juízo Laboral (fls. 126/130), confirmada pelo Tribunal (fls. 132/139), embora de acolhimento, não se imiscuiu no cerne da controvérsia relativa à composição societária, porquanto descabida na exceção de pré-executividade, mas deu prosseguimento à reclamação trabalhista (fl. 129), o que, por si só, não autoriza

concluir, de forma segura, inexorável, que não seja a autora acionista da ré, vez que, conforme se vê da petição inicial daquela ação, há pedidos que remontam a 1995 (fl. 29), quando fora admitida na Clínica, não se podendo olvidar que houve alterações na composição societária desta ao longo dos anos e que o Parecer Ministerial reporta-se a documentos constantes daqueles autos para afirmar que há provas da existência de relação societária entre reclamante e reclamada, respectivamente, autora e ré no presente feito.

Outro documento que contém informações inolvidáveis é a sentença de improcedência proferida por aquela Justiça Especializada na reclamação trabalhista proposta por Régis Benes Soares de Andrade em desfavor da Clínica de Repouso Planalto S/A e Francisco Alberto Sales (fls. 141/154), a qual, inclusive, restou integralmente mantida pelo TRT (fls.156/162).

A teor dos fundamentos expendidos pela douta Juíza Laboral, instalada a controvérsia acerca da responsabilidade do segundo reclamado sobre o inadimplemento das verbas postuladas pelo reclamante, a instrução probatória abarcou, dentre outros, perícia grafotécnica na **cópia** do 'Termo de Transferência de Ações' deste para o reclamante, concluindo o *expert* pela muito provável autenticidade das assinaturas ali apostas, só não sendo possível afirmá-la de forma contundente e definitiva por **não se tratar do documento original**, consignando ela, ainda, *verbis*:

> *"Necessário esclarecer que a polêmica instaurada acerca da existência do livro de ações foi superada com a resposta ao ofício encaminhado por este juízo (sic) à Junta Comercial do Distrito Federal, na qual se noticia o registro e a pertinente autenticação do* **Livro Mercantil de transferência de ações desde 1970, livro este que se encontra sob a guarda da empresa (fls. 414), mas** <u>**que se encontra desaparecido**</u>*" (fl. 147 - destaquei)*

Note-se que, a teor dos elementos coligidos aos presentes autos, Régis Benes Soares de Andrade teria assumido o controle acionário da Clínica de Repouso Planalto S/A desde 1994, quando Francisco Alberto Sales desligou-se totalmente da sociedade, tendo este transferido todas as suas ações e deixado de exercer qualquer cargo diretivo desde então.

Contudo, a eminente Julgadora fez constar do *decisum* que uma das testemunhas, Reni Pereira, afirmou que, no ano de 1995, Francisco Alberto Sales "comparecia à empresa uma vez a cada quinzena ou menos", estando ali consignado também haver documentos naqueles autos que comprovam a presença dele nas dependências da Clínica em 1996 e 1997 (fl. 148).

Aliás, a Ata da Assembléia Geral, realizada em 30.04.1996, que indicou a ora autora para o cargo de Diretor Técnico, juntada às fls.37/38 do presente processo, embora de difícil leitura e até ilegível em alguns trechos, permite constatar com segurança a presença, naquela assentada, de Francisco Alberto Sales e de Alice Sales, tendo esta, inclusive, secretariado a mesa, apesar de haver também transferido, em 1994, quase dois anos antes, suas ações a Régis Benes Soares de Andrade (fl. 107).

Extrai-se, ainda, daquela sentença laboral que outra testemunha, José Ribamar Souza, declarou ter sido contratada por Régis Benes Soares de Andrade, em 1995 (fl. 150), mas que, até 1997, era de Francisco Alberto Sales que recebia os valores para efetuar o pagamento dos funcionários (fl. 148). Tal depoimento, embora não tenha merecido credibilidade, em virtude de contradições acerca do adimplemento das verbas trabalhistas no referido período (fl. 149), quando corroborado com outros elementos, enseja dúvidas justificáveis acerca de quem, na prática, exerce efetivamente o controle da ré.

Causa espécie o fato que, ao que tudo indica, ninguém, até agora, trouxe à apreciação de quaisquer dos juízos, nas diversas demandas propostas, ou do Ministério Público, nas investigações que conduz, a íntegra dos documentos originais relativos à composição societária da Clínica requerida e suas alterações, nem Francisco Sales nem Régis Soares nem a ora autora, Yeda Rabello Baptista.

Certo é, contudo, que, oficialmente, nada há que comprove, efetivamente, a ingerência de Francisco Alberto Sales na administração e no controle financeiro da sociedade, conforme, aliás, assentou a nobre Juíza da Justiça Obreira (fl. 149), recaindo tal encargo, de fato e de direito, sobre a pessoa de Régis Benes Soares de Andrade, a quem, inclusive, são imputadas, ao que tudo indica, ilegalidades na gestão dos recursos financeiros da Clínica, porquanto a sentença em comento registrou a existência, naquela reclamação trabalhista, de documentos que comprovam a existência de inúmeras transferências realizadas da conta corrente da pessoa jurídica em questão para a conta corrente pessoal de Régis, "deixando patente a apropriação de dinheiro com finalidade não definida e a confusão de patrimônios" (fl. 151).

Da mesma forma, o Parecer Ministerial já mencionado retro, exarado na reclamação trabalhista movida pela ora autora, registra a juntada, naqueles autos, de documentos que também comprovam a existência "de valores vultosos" depositados pela sociedade "nas contas correntes da Senhora Yeda Rabello Baptista" (fl. 119), o que causa, no mínimo, enorme estranheza, já que benefícios dessa verve, ilegítimos ou não, em regra, não são auferidos por simples empregados, quanto mais sem motivação aparente, cumprindo gizar, uma vez mais, que não houve impugnação dessa peça pela demandante, tampouco cuidou ela de tecer qualquer esclarecimento a respeito.

Há, ainda, as Atas Sumárias das Assembléias Gerais Ordinárias, realizadas em 15.01999 (fl. 168) 11.08.2000 (fl. 167), 17.10.2001 (fl. 166) e 10.10.2002 (fl. 165),

que registram a presença dos "acionistas representando a maioria absoluta do capital social com direito a voto", sempre subscritas, dentre outros, por Régis Benes Soares de Andrade e Yeda Rabello Baptista.

É evidente que tais atas, por si só, não fazem prova do vínculo societário da autora, pois que a indigitada "maioria absoluta" pode ser perfeitamente debitada com exclusividade a Régis Benes Soares de Andrade, já que, oficialmente, detém ele o controle acionário da sociedade. No entanto, é inegável que se constituem elas em fortes indícios contra a requerente, quando analisadas em conjunto com a parca documentação coligida, mormente considerando-se que nada logrou esclarecer a respeito, embora tenha tido oportunidade de fazê-lo.

Ressalte-se, ainda, que a apelante figura como ré em inúmeros feitos trabalhistas, na qualidade de sócia (confira-se os docs. de fls. 174/190), não sendo sequer razoável presumir que a Justiça Obreira esteja adotando tal premissa de forma aleatória e leviana, culminando, inclusive, no ato extremado de penhora de proventos, mostrando-se muito mais plausível que haja naqueles autos documentos que denotem a existência de vínculo societário existente entre as ora requerente e requerida.

E não se venha dizer que a função que exerce na sociedade, de Diretora Técnica, é que tem ensejado confusão nos julgadores, pois se a responsabilização fosse decorrente apenas do cargo, o lógico seria que tão-somente o Diretor Presidente, Régis Benes Soares de Andrade, o Diretor Tesoureiro, Carlos Benes Soares de Andrade, que, aliás, é parente daquele, e, lógico, os sócios, respondessem pelas dívidas.

É certo que a sentença aqui guerreada incorreu no equívoco de afirmar que o fato, por si só, de ter sido a autora alçada à função de Diretora Técnica da Clínica de Repouso do Planalto S/A seria hábil a configurar a relação societária, o que se mostra deveras absurdo, pois tal premissa somente poderia prevalecer se houvesse previsão legal de que o cargo só seria ocupado por sócios, o que não é o caso dos autos, nos moldes do que dispõe o art. 17 do Estatuto Social da ré (fl. 22).

Obviamente, quem integra a diretoria da sociedade anônima torna-se seu representante legal, porquanto, a teor do proficiente escólio de Sérgio Pinto Martins, o diretor não é mandatário da sociedade, mas um dos órgãos desta, "agindo aquele em nome e como órgão da companhia", pois a representa e pratica os atos necessários a seu funcionamento regular (*apud* Direito do Trabalho, Ed. Atlas, 23ª ed., pág. 145), sendo evidente, no entanto, que sua responsabilidade estende-se aos lindes de sua seara de atuação.

No caso, faz-se oportuno anotar que o Estatuto Social da Clínica prevê que o Diretor Técnico pode substituir o Diretor Tesoureiro, "cabendo-lhe, então, praticar todos os atos de competência daquele Diretor" (art. 17, inc. IV - fl. 22).

Destarte, é até possível que a autora esteja respondendo pelas dívidas da ré por haver exercido, em substituição temporária, os encargos de Diretor Tesoureiro, quando

então suas atribuições não se restringiriam às atividades médicas, como insistentemente sustentado por ela ao longo da demanda. Entretanto, não há nos autos sequer menção a respeito, quanto mais provas, pelo que nem mesmo tal hipótese tem o condão de ilidir os indícios de seu vínculo societário com a Clínica.

Ademais, se assim não fosse, não haveria igualmente qualquer plausibilidade em que o MPDFT estivesse a promover investigações acerca da composição societária da Clínica de Repouso Planalto S/A, no período de 1995 a 2003, especialmente quanto à participação de Francisco Alberto Sales, Régis Benes Soares de Andrade e Yeda Rabello Baptista, conforme noticiado à fl. 117.

Vislumbra-se de tudo quanto cotejado que busca a autora apelante antecipar-se às conclusões do Ministério Público e, considerando-se a referência nos autos a uma denúncia (fls. 118, *in fine*, e 151), quiçá até ao veredicto do Juízo Criminal, obtendo, perante esta Justiça Comum, tutela jurisdicional que declare a inexistência de vínculo societário com a ré e com a qual se exima, de imediato, das execuções trabalhistas que lhe são propostas, expediente que resulta absolutamente descabido sem provas contundentes e irrefutáveis a respeito.

Ex vi de todas as considerações expendidas, em que pese a ocorrência da revelia e não ter a douta Juíza *a quo*, na busca da verdade real, determinado a juntada aos presentes autos de cópia de toda a documentação mencionada retro, o que, embora provavelmente não fosse ser conclusivo, seria deveras útil e elucidativo, resulta inarredável que todos os indícios apontados não autorizam, iniludivelmente, a prevalência da presunção de veracidade do quanto afirmado pela autora na exordial, impondo-se-lhe provar os fatos constitutivos do seu direito, o ônus do qual não se desincumbiu.

Isto posto**, NEGO PROVIMENTO ao recurso.**

Des. Angelo Passareli (Revisor) - Com o eminente Relator.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011071469-6

Apelante - José Galbinski
Apelado - Miguel Alves Pereira
Relator - Des. Cruz Macedo
Quarta Turma Cível

EMENTA

CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. DIREITO AUTORAL. CO-AUTORIA EM PROJETO ARQUITETÔNICO. BIBLIOTECA CENTRAL DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. PARTICIPAÇÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
1. Comprovada nos autos, pelas vias documental, testemunhal e pericial, a participação efetiva do demandante na elaboração do projeto de arquitetura da Biblioteca Central da Universidade de Brasília, em coautoria com o réu e outros arquitetos, impõe-se a confirmação da sentença que julgou procedente o pedido declaratório formulado na inicial.
2. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Cruz Macedo - Relator, Teófilo Caetano - Revisor, João Batista Teixeira - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Cruz Macedo, em proferir a seguinte decisão: negar provimento ao recurso, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por JOSÉ GALBINSKI em face da sentença proferida na audiência retratada às fls. 531/536, que julgou procedente o pedido declaratório formulado por MIGUEL ALVES PEREIRA, "*para declarar o autor como coautor do projeto arquitetônico BCE-UnB*" (Biblioteca Central da Universidade de Brasília), condenando o réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Sustenta o apelante, em suma, que o referido projeto de arquitetura o tem como único autor, sendo os demais participantes do grupo de trabalho instituído na Universidade para a elaboração respectiva, incluindo o demandante, meros colaboradores.

Nesse sentido, aduz que a declaração juntada à fl. 260 desconstitui a reconhecida co-autoria no projeto, além do que o laudo pericial produzido nos autos não é conclusivo para albergar a pretensão inicial.

Afirma ainda que a prova testemunhal colhida no feito aponta para a não-assiduidade e a falta de tempo do demandante para se dedicar aos trabalhos do grupo mencionado, requerendo, por fim, o provimento do recurso para que seja julgado improcedente o pedido.

Contrarrazões às 552/570, nas quais o apelado refuta a argumentação do recurso e pugna pelo seu não-provimento, além de atribuir ao apelante litigância de má-fé, tendo em vista a alteração da verdade dos fatos (Art. 17, inciso II, do CPC), requerendo a aplicação de multa.

Preparo regular (fl. 549).

É o relatório.

VOTOS

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

Examinando os elementos probatórios hauridos aos autos e os cotejando com as normas jurídicas que concorrem na hipótese em julgamento, tenho por incensurável a sentença recorrida.

Com efeito, o direito perseguido pelo demandante hospeda-se na Lei nº 9.610/98, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais em nosso país, destacando-se, para o que se julga relevante na espécie, as seguintes disposições:

> *"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:*
> *(...)*
> *VIII - obra:*
> *a) em coautoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;*
> *(...)*
> *h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contri-*

> *buições se fundem numa criação autônoma;*
> *Art. 15. A coautoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.*
> *§ 1º Não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio."*

Em verdade, seja pelos testemunhos colhidos em audiência, seja pela prova pericial realizada e seja ainda pelos documentos constantes dos autos, é de fato procedente a pretensão do demandante em ver reconhecida a sua coautoria em relação ao réu na criação do projeto arquitetônico da Biblioteca Central da Universidade de Brasília.

De um lado, a prova testemunhal se afigura relevante por trazer depoimento de um dos arquitetos que integraram o grupo de trabalho designado para a elaboração do projeto, Sr. WALMIR SANTOS AGUIAR, o qual afirma: "*que o projeto não teve um único autor; que foi discutido entre todos os integrantes do grupo; que a participação maior foi do autor e do réu, especialmente no que diz respeito ao partido arquitetônico adotado; que o partido foi levado pelo autor a partir de um projeto que ele havia elaborado para uma biblioteca na Bahia e que serviu de base para o projeto da UnB; que o partido consiste na idéia central do projeto, a partir da qual ele se desenvolve; (...) que tomou conhecimento de que o réu registrou um ART no CREA incluindo-se como autor do projeto e os demais integrantes do grupo como colaboradores; que achou 'estranho tal fato', pois ele não corresponde à verdade; que o projeto foi fruto de trabalho em equipe e a atitude do réu em se apoderar dele foi 'mesquinha'; (...)*" (fl. 537).

De outra parte, o laudo pericial aponta na direção dos fatos alinhavados na inicial, sem jamais infirmá-los, conforme se percebe das seguintes passagens:

> *"QUESITOS FORMULADOS*
> *1. Como ocorreu a nomeação para a constituição do Grupo de Trabalho destinado à elaboração do projeto de Construção da Biblioteca Central da Universidade de Brasília.*
> *2. De que forma a indicação dos participantes do projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília nas suas plantas originais registradas no Centro de Planejamento da Universidade de Brasília (CEPLAN). Pede-se transcrever o exato teor dessa indicação.*
> *(...)*
> *4. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos informar se houve a participação de todos os nomeados para a constituição do Grupo de*

Trabalho na concepção do projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília.
(...)
8. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos confirmar se o Autor concebeu o projeto da Biblioteca Central do Estado da Bahia classificado em 4º lugar em concurso nacional de arquitetura.
(...)
11. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos comparar o projeto da Biblioteca da Universidade de Brasília e o projeto da Biblioteca Central do Estado da Bahia, informando as semelhanças entre ambos.
12. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos confirmar se ambos os projetos possuem o mesmo partido adotado, volumetria e linguagem.
13. Considerando todas as semelhanças supra apontadas, digam os Srs. Perito e Assistentes Técnicos se o projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília foi inspirado no projeto da Biblioteca Central do Estado da Bahia.
RESPOSTAS RESULTANTES DA PERÍCIA
1. Através de Ato da Reitoria nº 284-69, assinado pelo presidente da Fundação e Reitor da Universidade de Brasília, ouvido o Conselho de Coordenação do CEPLAN, o Sr. Caio Benjamim Dias, em 28 de março de 1969, em Brasília (fl. 91). Nesse ato, o Sr. José Galbinski é nomeado presidente do Grupo de Trabalho responsável pelo Projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília, que teria a participação de Miguel Alves Pereira, Jodete Rios Sócrates e Walmir Santos Aguiar.
2. Nas pranchas (desenhos do projeto) registradas no CEPLAN, os quatro são designados como autores da obra (fls. 131 a 146): José Galbinski, Miguel Alves Pereira, Jodete Rios Sócrates e Walmir Santos Aguiar.
(...)
4. O depoimento enviado pelo arquiteto Paulo Zimbres à arquiteta Helena Zanella (fls. 211 e 212) é um dos documentos apresentados aos autos que pode servir para a comprovação da participação efetiva de todos os nomeados para a constituição do Grupo de Trabalho na concepção do projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília (...).
(...)
8. A Ata do Júri constituído para o Concurso do Projeto de Arquitetura para a Biblioteca do Estado da Bahia, que consta dos autos (fls.

> *93/98), comprova que o Autor é um dos autores da idéia para o edifício sede da Biblioteca do Estado da Bahia, classificado em 4º lugar, em concurso nacional de projetos.*
> *(...)*
> *11. Os dois projetos utilizam a primazia de uma estrutura modulada; um acesso principal ligado a um espaço central articulador que permite o acesso aos demais espaços da biblioteca; a diminuição da área quadrada a partir do pavimento térreo; a existência de 'nichos' (imagens 1 e 2) na borda dos pavimentos: semi-enterrado e térreo.*
> *12 e 13. São evidentes as semelhanças entre os partidos adotados nos dois projetos, principalmente no que diz respeito à volumetria. Há semelhanças também na forma da organização dos espaços, como por exemplo, a entrada principal ligada a um espaço central que articula e permite o acesso aos demais espaços da biblioteca; e a existência de 'nichos' (imagens 1 e 2) posicionados na borda dos pavimentos: térreo e semi-enterrado. Posto isso, é possível creditar ao projeto de arquitetura da Biblioteca da Bahia a qualidade de referência, utilizada para o partido adotado na concepção do projeto de arquitetura da Biblioteca Central da Universidade de Brasília." (fls. 423/432)*

Essas últimas respostas são reiteradas após a manifestação das partes acerca do laudo, no sentido de que "*há fortes indícios de que o projeto para a Biblioteca da Bahia, de autoria de Miguel Pereira, foi uma das referências utilizadas no partido arquitetônico adotado para o outro projeto: o da Biblioteca da Universidade de Brasília*" (fl. 477).

No que se refere ao documento juntado à fl. 260, que constitui a base da argumentação recursal no sentido da autoria exclusiva do réu no que tange ao projeto de arquitetura em comento, tenho que se trata de declaração conjunta dos litigantes (JOSÉ GALBINSKI e MIGUEL ALVES PEREIRA) acerca da constituição da "Equipe responsável pelo projeto de arquitetura da Biblioteca Central da Universidade de Brasília", registrada em cartório apenas em 23/09/1982 (a comissão fora instituída em 28 de março de 1969 (fl. 91).

O fato de nesse documento figurarem o apelante como "autor" e o apelado como "colaborador" ao lado dos outros componentes, em rigor, se considerado juntamente com a carta dirigida pelo apelante à revista "Projeto" (fls. 263/264) e parte da edição desse periódico juntada às fls. 147/148, não elide a tese sustentada pelo demandante no sentido de que referida declaração fora prestada a pedido da referida publicação, não se cuidando em si de elemento definitivo para a apuração da autoria do projeto.

Nesse ponto, bem asseverou a sentença que "*cabe destacar que a defesa do réu se apega ao documento de fls. 260, uma declaração subscrita pelo autor na qual ele mesmo figura como colaborador do projeto. Ao contrário do que alega a defesa, essa declaração não constitui ato jurídico perfeito imutável. Trata-se de uma declaração que pode ter questionada a sua validade, tal como se faz nesta demanda. A versão do autor de que o documento foi assinado apenas para esclarecer a uma revista especializada que o réu também era autor do projeto é absolutamente verossímil, considerando-se o documento de fls. 148, o qual refere ser o projeto de 'MIGUEL ALVES PEREIRA E OUTROS'. Na verdade, a intenção do autor ao subscrever a declaração foi informar que o réu também era co-autor do projeto e como tal deveria ter sido mencionado na matéria. Não obstante, o réu, de posse dessa declaração, acabou por se apoderar da autoria exclusivamente, relegando o autor e os demais arquitetos à condição de colaboradores*" (fls. 534/535).

Alia-se a esses fundamentos e à constatação de que a reconhecida condição de coordenador do grupo de trabalho não garante ao réu-apelante proeminência sobre os demais arquitetos designados, a corroborar o decreto de procedência do pedido declaratório formulado na inicial, um aspecto que, conforme anotado no *decisum*, "*evidencia de forma clara a participação efetiva do autor na elaboração do projeto, que é o fato de a idéia central ter sido derivada de um projeto anterior realizado pelo autor para uma biblioteca na Bahia. (...) Trata-se de um dado técnico de grande relevância, pois indica que o trabalho do grupo se desenvolveu a partir de uma matriz gerada pelo autor, o que torna inegável a participação essencial dele na concepção do projeto*" (fl. 534).

Por último, tenho que não restou configurada a litigância de má-fé irrogada à parte requerida, a quem se atribui o intento de alterar a verdade dos fatos (Art. 17, inciso II, do CPC), cingindo-se a sua atuação processual ao exercício do contraditório e do direito de recorrer.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, para manter íntegra a sentença guerreada.

É como voto.

Des. Teófilo Caetano (Revisor) - Cabível, tempestivo, preparado e subscrito por advogado devidamente constituído, satisfazendo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conheço do apelo.

Cuida-se de ação declaratória aviada por Miguel Alves Pereira em desfavor de José Galbinski objetivando a declaração de que é coautor do projeto arquitetônico da Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE-UnB ao estofo de que, conquanto o projeto tenha derivado da criação e participação dos integrantes da comissão criada com esse desiderato, contando com sua participação efetiva e determinante por ter derivado de projeto que anteriormente havia elaborado, o réu, de forma ilegítima,

passara a se apresentar como único autor, efetuando, inclusive, o registro de Atestado de Responsabilidade Técnica - ART pertinente ao projeto junto ao CREA-DF.

Aperfeiçoada a relação processual e cumprido o itinerário procedimental, durante o qual fora, inclusive, produzida prova pericial e colhida prova oral, o pedido fora acolhido, tendo sido o autor declarado coautor do projeto individualizado. Irresignado, o réu apelara almejando a reforma da sentença e a consequente rejeição do pedido, sustentando, em suma, que teria sido o único e efetivo autor do projeto, consoante, inclusive, reconhecido pelo autor, o que obsta que seja ele reconhecido como criador, ainda que em coautoria, da produção arquitetônica. O autor contrariara o apelo, defendendo seu improvimento e, inclusive, a condenação do réu como litigante de má-fé, acentuando que teria subvertido a verdade dos fatos.

Depreende-se do aduzido que a controvérsia estabelecida entre os litigantes reside exclusivamente na aferição da autoria do projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE-UnB, vez que o apelado sustenta que participara ativa e decisivamente da criação, perseguindo, pois, o reconhecimento judicial da sua qualidade de coautor do projeto, que, inclusive, segundo sustentara, teria derivado de um outro projeto da sua autoria, e o apelante, fiando-se em declaração que exibira, defende que teria sido o único criador do projeto, devendo ser ratificada essa circunstância mediante a rejeição do pedido.

Delimitado o objeto da lide, o cotejo dos elementos de convicção que guarnecem os autos asseguram, de modo irreversível, que o apelante efetivamente não fora o único autor do projeto da edificação apontada. Asseguram os elementos coligidos, ao invés, que o projeto derivara de criação coletiva, tendo como inspiração inicial projeto de edificação de idêntica destinação anteriormente confeccionado pelo apelado, que, de seu turno, deve ser reconhecido como coautor da criação intelectual. Com efeito, é incontroverso que à época da confecção do projeto fora constituída, pelo reitor da Universidade de Brasília - UnB, comissão de arquitetos com o objetivo de ser elaborado o projeto. Essa comissão fora composta pelos litigantes e pelos arquitetos Jodette Rios Sócrates e Walmir Santos Aguiar[1]. Aludida comissão cumprira o objetivo que ensejara sua constituição, vez que o projeto arquitetônico fora confeccionado e a obra concluída.

Essa assertiva encontra ressonância nos elementos que ilustram a inicial e fora corroborada pela prova pericial produzida durante o itinerário procedimental. O apelado, ao aviar sua pretensão, ilustrara seus argumentos com substanciosa documentação, deixando patente que, ao invés do sugerido pelo apelante, tinha, à época da constituição da comissão e elaboração do projeto do qual arvorara-se indevidamente único criador, capacidade e competência para elaborá-lo. Tanto é assim que, de acordo com o apurado pelo perito a quem fora confiada a confecção da prova pericial, o projeto debatido derivara de uma outra criação do apelado, qual seja, a Biblioteca do Estado da Bahia,

consoante se afere do anotado de forma textual pelo experto, consoante assegura o excerto adiante reproduzido:

> ***"11 - Os dois projetos utilizam a primazia de uma estrutura modulada; um acesso principal ligado a um espaço central articulador que permite o acesso aos demais espaços da biblioteca; a diminuição da área quadrada a partir do pavimento térreo; a existência de nichos (Imagens 1 e 2) na borda dos pavimentos: semi-enterrado e térreo.***
> ***12 e 13 - São evidentes as semelhanças entre os partidos adotados nos dois projetos, principalmente, no que diz respeito à volumetria. Há semelhanças também na forma da organização dos espaços, como por exemplo, a entrada principal ligada a um espaço central que articula e permite o acesso aos demais espaços da biblioteca; e a existência do nichos (Imagens 1 e 2) posicionados na borda dos pavimentos: térreo e semi-enterrado. Posto isso, é possível creditar ao projeto de arquitetura da Biblioteca da Bahia a qualidade de referência, utilizada para o partido adotado na concepção do projeto de arquitetura da Biblioteca Central da Universidade de Brasília."***[2]

O apurado e atestado pelo perito oficial, a par de se compatibilizar com a capacidade criativa demonstrada pelo apelado e com as inferências que emergem da documentação com a qual ilustrara a inicial no sentido de ter participado de forma ativa e determinante na confecção do projeto, fora inteiramente ratificado pela prova oral colhida. Dos depoimentos colhidos por ocasião da audiência de instrução e julgamento sobreleva as declarações originárias do arquiteto Walmir Santos Aguiar, que, consoante apontado, também integrara a comissão constituída para a elaboração do projeto debatido. Esse arquiteto, despindo-se de qualquer resquício de vaidade, reconhecera que, conquanto tenha integrado aludido grupo de trabalho, apelante e apelado foram os membros mais atuantes e acentuara que o projeto derivara de "partido arquitetônico" originário do projeto elaborado pelo apelado para a Biblioteca do Estado da Bahia. Ante sua relevância, devem ser transcritos das declarações dessa testemunha os excertos adiante reproduzidos:

> ***"[...] <u>Às perguntas do MM. Juiz respondeu que</u>: 'integrou com o autor e o réu e ainda a arquiteta JODETTE SÓCRATES o grupo de trabalho formado para elaboração do projeto da BCE-UnB; que o projeto não teve um único autor; que foi discutido***

> ***entre todos os integrantes do grupo; que a participação maior foi do autor e do réu, especialmente no que diz respeito ao partido arquitetônico adotado; que o partido foi levado pelo autor a partir de um projeto que ele havia elaborado para uma biblioteca na Bahia e que serviu de base para o projeto da UnB; que o partido consiste na ideia central do projeto, a partir da qual ele se desenvolve; que o depoente participou das discussões sobre o desenvolvimento do partido e também na realização do organograma e na execução do projeto, acompanhado a obra como fiscal; que tomou conhecimento de que o réu registrou uma RT no CREA incluindo-se como autor do projeto e os demais integrantes do grupo como colaboradores; que achou 'estranho tal fato', pois ele não corresponde à verdade; que o projeto foi fruto de trabalho em equipe e a atitude do réu em se apoderar dele foi 'mesquinha'; que não tomou conhecimento da existência do documento de fls. 260; que esse documento não corresponde à verdade.'[...]"***[3]

As assertivas contidas no depoimento do arquiteto Walmir Santos Aguiar foram inteiramente ratificadas pelas declarações provenientes do também arquiteto e à época professor da Universidade de Brasília - UnB Antônio Carlos Moraes de Castro. Essa testemunha, aliado ao fato de que reconhecera que o projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília emergira de trabalho coletivo, acentuara, também, que derivara do projeto originalmente elaborado pelo apelado para a Biblioteca do Estado da Bahia, conforme testificam os excertos adiante reproduzidos:

> ***"[...] <u>Às perguntas do MM. Juiz respondeu que</u>: 'na época em que foi desenvolvido o projeto da BCE, o depoente atuava no CEPLAN, na Coordenadoria de Projetos responsável pela organização da produção de parte dos projetos; que os trabalhos do CEPLAN na época eram todos realizados em equipe; que, no grupo do projeto da BCE, o réu foi nomeado coordenador; que, em regra, o coordenador de uma equipe acaba tendo uma atenção maior aos trabalhos, porque tem para si a maior responsabilidade, mas ressalva que, na prática, é difícil mensurar efetivamente quem foi o autor de uma idéia ou não; que no projeto em questão, a idéia central foi tomada a partir de um projeto realizado pelo autor para uma biblioteca na Bahia; que o resultado final apresentou bastante conteúdo dessa ideia original; que as ideias preliminares foram debatidas por todos os integrantes do grupo;***

> ***que, pelo que se recorda, o projeto foi resultado do trabalho da equipe como um todo; que já tinha conhecimento do documento de fls. 260, mas não sabe em que condições ele foi elaborado; que normalmente o CEPLAN atribuía a autoria dos trabalhos das equipes aos seus integrantes, indistintamente; que no começo da UnB, os projetos eram atribuídos a um único autor, embora todos saibam que havia o trabalho das equipes por trás; que em 1968, já havia outra política de atribuir a autoria a todos os componentes dos grupos'. Dada a palavra ao advogado da parte AUTORA, nada perguntou. Dada a palavra ao advogado da parte RÉ, respondeu que: 'o depoente não participou diretamente das reuniões do grupo que produziu o projeto em questão, embora prestasse apoio a todos os grupos que desenvolviam projetos naquela época, de forma indistinta.'"***[4]

As declarações originárias das duas testemunhas arroladas pelo apelante, que também eram professores da Universidade de Brasília - UnB à época, não acentuam, em nenhuma oportunidade, a exclusividade da autoria do projeto debatido. Ambas ratificaram o fato de que fora constituída comissão com o objetivo de elaborar o projeto, tendo a testemunha Antônio Agenor Briquet de Lemos asseverado que não tinha condições de apontar como ficara delimitada a autoria da criação e a testemunha Pedro Paulo de Melo Saraiva, também arquiteto, sugerido que o projeto teria derivado de maior participação do apelante, não chegando, contudo, a asseverar que teria sido o único autor da criação[5].

Consoante emerge do aduzido, todas as provas produzidas ratificam o aduzido na inicial e estampado na documentação que a acompanha no sentido de que o apelado, municiado com a qualificação que à época já ostentava e diante do fato de que integrara a comissão criada para esse desiderato, participara de forma determinante da criação e a confecção do projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília, não se afigurando legítimo ao apelante se atribuir a autoria exclusiva de criação intelectual dessa envergadura. Aliás, deve ser acentuado que, de acordo com o apurado, o projeto germinara, inclusive, de uma outra criação intelectual do apelado, tendo tido como "partido arquitetônico" o projeto que havia confeccionado para a Biblioteca do Estado da Bahia, que, de seu turno, fora inscrito em concurso de nível nacional, alcançando o 4º lugar, o que desqualifica, frise-se, o que vem aventando o apelante no sentido de que não deteria ele qualificação para participar do projeto questionado[6].

De seu turno, o único, frise-se, o único elemento que o apelante iça de forma efetiva como apto a evidenciar que, conquanto tudo o mais conspire em seu

desfavor, notadamente o fato de que havia sido constituída comissão de arquitetos para elaborar o projeto cuja autoria se atribui, seria efetivamente o autor exclusivo da criação é a declaração que está inserta à fl. 260. Esse documento, além de estar firmado exclusivamente pelos litigantes, não tendo contado com a firmação dos outros 02 (dois) integrantes da comissão que confeccionara o projeto, não é apto a desqualificar o fato de que efetivamente o projeto tem autoria coletiva e contara com a participação criativa determinante do apelado. Ora, além de não estar subscrito por todos os membros do grupo criado para a elaboração do projeto, o que, por si só, o deixa desprovido do alcance almejado pelo apelante, espelha, em verdade, a constituição dessa comissão, e não que seria ele o único autor da criação, não sendo apto, portanto, a desconstituir a verdade que inexoravelmente deflui do fato de que o projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília fora elaborado em coautoria e germinara de uma outra criação do apelado.

Ademais, o aduzido pelo apelado acerca do motivo que ensejara a subscrição de aludida declaração é verossímil. Consoante acentuado na inicial, sua elaboração destinara-se a reconhecer que o apelante também havia participado da confecção do projeto, vez que publicação especializada havia mencionado o apelado acompanhado da expressão e outros ao se reportar à sua autoria. Essa publicação se verificara no ano de 1982 e a declaração em tela também fora firmada neste mesmo ano[7]. Essa coincidência de datas, aliado ao fato de que aludida publicação havia omitido o nome do apelante como coautor do projeto, corrobora o aduzido e desqualifica inteiramente a inferência que almeja extrair da declaração em tela.

O que sobreleva, além do mais, é que, conquanto renite em se atribuir a autoria exclusiva do projeto, o apelante não apresentara nenhum elemento, além daquela declaração, que ratifique esse fato, notadamente projeto elaborado à época da criação da comissão que o elaborara atestando que efetivamente fora seu único e exclusivo criador. Ante tudo o que fora aduzido de conformidade com os elementos coligidos e cotejados afere-se, então, que restara sobejamente evidenciado que o projeto da Biblioteca Central da Universidade de Brasília derivara de outra criação arquitetônica do apelado e tivera sua efetiva participação criativa, ensejando que seja reconhecida sua coautoria, o que conduz ao acolhimento do pedido que formulara e à consequente rejeição da pretensão reformatória em tela.

Alfim, há que ser acentuado que, a despeito de a argumentação que aduzira destoar de todas as irreversíveis evidências que defluem dos elementos coligidos, a postura do apelante não exorbitara do simples exercitamento do direito ao recurso que lhe assiste, infirmando a assertiva de que teria subvertido a verdade dos fatos e conduzindo à sua apenação como litigante de má-fé, tendo em conta que cingira-se simplesmente a defender o que aventara de acordo com a apreensão que procurara extrair do que restara apurado.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume o ilustrado provimento arrostado.

É como voto.

Des. João Batista Teixeira (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Negar provimento ao recurso, unânime.

Notas

[1] *- Ato de fl. 91.*
[2] *- Laudo pericial, fls. 431/432.*
[3] *- Termo de fl. 537.*
[4] *- Depoimento de fl. 539.*
[5] *- Depoimentos de fls. 540 e 541.*
[6] *- Fls. 92/100.*
[7] *- Fls. 147/149.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011074086-4

Apelantes - Maria de Fátima Ribeiro e Distrito Federal
Apelados - Os mesmos
Revisor e Relator Designado - Des. Lécio Resende
Primeira Turma Cível

EMENTA

CÍVEL E PROCESSO CIVIL. DANOS MORAIS. DISTRITO FEDERAL. PROFESSOR. SALA DE AULA. ALUNOS. ADVERTÊNCIA. AMEAÇAS VERBAIS. AGRESSÃO MORAL E FÍSICA. OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DOS AGENTES PÚBLICOS. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSOS DE APELAÇÃO. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. MÉRITO. DESPROVIMENTO. MAIORIA. Os réus não apresentaram elementos suficientes que justificassem a declaração de não-conhecimento da apelação da autora. Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva. Imprescindível, portanto, a demonstração de dolo ou culpa, esta numa de suas três modalidades - negligência, imperícia ou imprudência. O dano sofrido pela autora ficou demonstrado pelos relatórios médicos, laudo de exame de corpo de delito, relatório psicológico e relatório do procedimento sindicante, bem como por meio dos depoimentos acostados. Se a autora foi agredida dentro do estabelecimento educacional, houve inequívoco descumprimento do dever legal do Estado na prestação efetiva do serviço de segurança, uma vez que a atuação diligente impediria a ocorrência da agressão física perpetrada pelo aluno. A falta do serviço decorre do não-funcionamento, ou então, do funcionamento insuficiente, inadequado ou tardio do serviço público que o Estado deve prestar. O fato de haver no estabelecimento um policial militar não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado, pois evidenciou-se a má-atuação, consubstanciada na prestação insuficiente e tardia, o que resultou na agressão à professora. Agressão a professores em sala de aula é caso de polícia, e não de diretor de estabelecimento e seu assistente. A responsabilidade é objetiva do Distrito Federal, a quem incumbe garantir a segurança da direção e do corpo docente, por inteiro,

de qualquer estabelecimento. A valoração da compensação moral deve ser apurada mediante prudente arbítrio do Juiz, motivado pelo princípio da razoabilidade, e observadas a gravidade e a repercussão do dano, bem como a intensidade, os efeitos do sofrimento e o grau de culpa ou dolo. A finalidade compensatória, por sua vez, deve ter caráter didático-pedagógico, evitado o valor excessivo ou ínfimo, objetivando, sempre, o desestímulo à conduta lesiva. Não se aplica o disposto no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, uma vez que se trata de juros de mora incidentes sobre verba indenizatória, devendo incidir os juros de mora legais, nos termos do art. 406, com observância ao percentual de 1% ao mês, fixado pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Vera Andrighi - Relatora, Lécio Resende - Revisor e Relator Designado, e João Batista - Vogal, sob a presidência da Desembargadora Vera Andrighi, em conhecer e improver os recursos, por maioria, vencida a relatora, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2008.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da r. sentença (fls. 245/65), o qual transcrevo, *in verbis*:

> *"MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, identificada na inicial, ingressou com ação de conhecimento pelo rito comum ordinário contra o DISTRITO FEDERAL, JOSÉ EDILSON RODRIGUES e ODAIR RODOVALHO DOS SANTOS, identificados na inicial, no escopo de obter provimento judicial de natureza condenatória a título de reparação pecuniária por danos morais experimentados, no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).*
>
> *No escopo de escoimar a proteção vindicada a demandante aduz arcabouço fático-jurídico adiante alinhado. Afirma que estava lecionando regularmente na 1ª Série "C" do 2° Grau, no Centro Educacional n. 06, em Taguatinga, dia 13/4/2005, onde exerce atividade há 12 (doze) anos, dirigida pelo 2° réu, assistido pelo 3°, quando o aluno*

I., acompanhado do aluno F.L., aplicou um soco na porta da sala de aula e um chute na lixeira, enquanto o último desferiu um soco na porta. Na ocasião, em vista do sucedido, se dirigiu à direção a fim de relatar o acontecido, quando recebeu orientação do assistente Odair para aplicar advertência escrita aos alunos, procedimento postergado para o dia seguinte, como de fato aconteceu. Porém, na ocasião, ao ser apresentado o documento pelo assistente ao aluno F.L., este se recusou a assiná-lo, foi se sentar na sua carteira e disse em voz baixa "ainda mato um", o que foi ouvido pela autora e, mesmo se sentindo ameaçada, ficou calada. Aduz que os alunos envolvidos se dirigiram em seguida à direção a fim de reclamar da punição e retornaram depois de algum tempo, instante em se dirigiram agressivamente à autora, especialmente F.L., chamando-a para que fosse à direção, o que motivou aplicação de nova advertência àquele pela professora regente Maria das Mercês Pinheiro, a qual ainda chamou a atenção de toda a turma. Em seguida, a aula foi paralisada e ambas se encaminharam à direção, mas ficaram esperando cerca de 40 minutos para serem atendidas pelo diretor, o qual não quis ser interrompido, pois tratava da confecção de camisetas para a escola. Após longa conversa e enfatizando a preocupação pela ameaça verbalizada pelo aluno, negada por este inicialmente e confirmada depois com muita raiva, fazendo com que o diretor declarasse ao aluno que ele não mais estudaria naquela escola e seria transferido, pois se tratava de um fato muito grave. Informa a demandante que ficou totalmente "descompensada" e chorou muito, passando todo o dia nervosa, chateada e apreensiva, diante da ameaça feita pelo aluno. Acrescenta que, no dia seguinte, 15/4/2005, chegou e deparou-se com o aluno sentado na carteira utilizada para lecionar e se assustou, porém ficou quieta, sem se dirigir ao aluno. Após terceira aula se dirigiu a direção da escola por três vezes e não encontrou o diretor; no quarto tempo, ainda ausente o diretor, esteve na sala dos professores e comentou acerca do acontecido e todos ficaram estarrecidos, retornando em seguida à sala e encerrou suas atividades naquela turma. Mas, ao sair, a fim de atender pedido do professor Deoclécio para interpretar a prova aos alunos surdos, é pega de surpresa ao ser agredida brutalmente pelo aluno F.L., o qual, sem lhe dirigir qualquer palavra, aplica um soco na parte esquerda de sua cabeça, fazendo com que esta batesse na quina da porta da sua sala de aula, recebendo socorro, enquanto o aluno fugiu da escola. Após meia hora esteve com o policial que trabalhava na escola, o qual estranhou o fato de não ter

sido comunicado pela direção acerca do ocorrido e assegurou que não deixaria o aluno entrar se tivesse sido avisado. Destaca que o fato a marcou definitivamente, pois ficou traumatizada, sofre muito e passa por tratamentos de ordem psicológica, psiquiátrica e cardiologia, além de outros problemas físicos, psíquicos e sociais ocasionados pela agressão absurda e desnecessária. Destaca que a agressão ocorreu porque 2° e 3° réus não agiram da forma que deles se esperava, pois sabiam da ameaça realizada pelo aluno e deixaram de avisar aos policiais a fim de impedirem o ingresso do aluno na escola, além de não se fazerem presentes no dia da agressão. Argumenta acerca do direito a ser indenizada e do valor pretendido.

Inicial instruída com documentos de fls. 12/17.

Indeferido pedido de gratuidade de justiça, conforme decisão de fls. 25/26. Custas recolhidas às fls. 29/30

Citados com regularidade, os réus JOSÉ EDILSON PEREIRA DOS SANTOS e ODAIR RODOVALHO DOS SANTOS produziram defesa acompanhada de documentos, segundo fls. 41/102. Sustentam que a autora, infelizmente, embora professora há 21 (vinte e um) anos, desconhece os procedimentos legais e regimentais necessários para a boa, legal e eficaz condução de uma escola, cuja conduta demonstrada revela a pouca capacidade de lidar com uma situação conflituosa. Destacam a adoção de procedimento segundo princípios constitucionais da legalidade e ampla defesa, e que o fatídico episódio ocorreu alheio às suas vontades e sem nenhuma culpa. Narram de forma pormenorizada suas atuações e salientam, ao final, a infrutífera tentativa de contato com familiares do menor, além da ausência de motivos para proibir a sua entrada no estabelecimento de ensino, até que fossem proporcionados esclarecimentos e ampla defesa, na forma do artigo 43 do Regimento Escolar, mesmo porque não havia nenhum fato anterior que desabonasse suas condutas. Acrescentam que na data do fato desempenhavam atividades externas, mas a direção da escola se fazia representada pelo professor Gilberto Oki, vice-diretor, e a assistente Cida Cardoso, que propiciaram toda assistência à autora após o ocorrido, levando-a ao IML e Delegacia de Polícia. Aludem ao comportamento agressivo da autora com os alunos, deixando de atender atividade de mediadora, gerando conflitos e várias reclamações. Arrematam com citações a dispositivos do Regime Escolar das Instituições da Rede Pública do DF, do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de recomendações expedidas pelo

MPDFT, e justificam o estrito cumprimento do dever legal. Pugnam pela improcedência do pedido.
Demandante junta novos documentos às fls. 104/109 e 128/129.
De sua parte, o DISTRITO FEDERAL ofertou defesa e documentos, segundo fls. 112/124. Agita preliminar inerente à ilegitimidade passiva ad causam *sob argumento da ação ter sido praticada pelo aluno, contra o qual deve ser promovida a ação, pois os agentes públicos nada puderam fazer a fim de impedir lamentável fato. E, no mérito, sustenta a inexistência de prova da realização de algum ato lesivo à autora praticado por agentes estatais, como assim adotados os procedimentos regulares da escola, de modo a afastar a responsabilidade do poder público pelo evento danoso. Destaca a ausência de culpa, pois os dirigentes da escola atenderam a reclamação da autora no primeiro dia e decidiram pela imposição de advertência aos alunos faltosos e foram tão surpreendidos quanto a vítima pelo comportamento reprovável do agressor F., o qual aguardou o momento em que a professora estava sozinha e sem a presença dos policiais militares no recinto, não se configurando negligência, descaso ou* culpa in vigilando. *Refuta o montante indenizatório pretendido e pugna, ao final, pela improcedência do pedido, se superada a defesa processual.*
Réplica às fls. 130/132 e 144/153.
Afastada a defesa processual suscitada por se confundir com o próprio mérito, a ser apreciada como tal. Ainda, restou deferida dilação probatória de natureza testemunhal, cuja decisão integra fl. 135.
Novos documentos juntados pela demandante às fls. 180/186
Audiência de instrução e julgamento na forma dos termos de fls. 197/201 e 206/226.
Alegações finais juntadas às fls. 228/232, 235/242 e 243/245 da autora, 2° e 3° réus e DISTRITO FEDERAL, respectivamente. " (fls. 245/8).

A r. sentença julgou procedente o pedido, nos seguintes termos, *in verbis*:

"(...), julgo improcedente o pedido em relação aos réus JOSÉ EDILSON RODRIGUES e ODAIR RODOVALHO DOS SANTOS, e acolho parcialmente o pedido para condenar o DISTRITO FEDERAL ao pagamento à autora da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizados monetariamente desde a data do fato e com incidência de juros legais à razão de 1% (um por cento), sendo aqui inaplicável o

> *disposto na Lei 9.494/97. Ao mesmo tempo, extingo o feito com exame do mérito, ancorado no artigo 269, inciso I, do CPC.*
> *Arbitro honorários de 10% (dez) por cento do montante da condenação, em favor da autora e devidos pelo DISTRITO FEDERAL, e de R$ 1.000,00 (um mil reais) em favor dos outros dois réus, devidos pela demandante, a qual é beneficiária da justiça gratuita, não obstante a imposição de suspensão da exigência ditada pelo artigo 12 da Lei 1.060/50.*
> *Sentença não sujeita ao reexame necessário, a teor do constante do artigo 475, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil." (fl. 265).*

O Distrito Federal opôs embargos de declaração (fls. 276/9), os quais foram rejeitados (fl. 324).

Os réus, Odair Rodovalho dos Santos e José Edilson Fonseca, opuseram embargos de declaração (fls. 269/71) da r. sentença, os quais foram parcialmente acolhidos para sanar a contradição e obscuridade apontadas (fls. 291/2), passando o terceiro parágrafo da fl. 265 a ter a seguinte redação:

> *"Arbitro honorários de 10% (dez por cento) do montante da condenação em favor da autora e devidos pelo DISTRITO FEDERAL, e de R$ 1.000,00 (um mil reais) em favor dos outros dois réus, devidos pela demandante, quantia esta a ser rateada entre os causídicos em partes iguais."*

A autora interpôs apelação (fls. 280/7), na qual sustenta que a r. sentença deve ser reformada, tanto no que tange à responsabilização dos réus Odair Rodovalho dos Santos e José Edilson, quanto ao valor arbitrado para a condenação do Distrito Federal (fl. 281).

Afirma, ainda, que a omissão dos referidos servidores acarretou o evento danoso, pois não tomaram as devidas providências cabíveis como avisar ao Batalhão de Polícia, bem como alertar a portaria de que o aluno estava impedido de ingressar na Escola.

Acrescenta que "*vem experimentando prejuízos de diversas ordens, tanto profissionais e materiais, quanto moral, em razão de atos ilícitos exclusivamente praticados pelos apelados*" (fl. 282).

Por fim, insurge-se contra o valor arbitrado para a indenização por danos morais. Requer a fixação em R$ 15.000,00.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento da apelação para que a r. sentença seja reformada e julgado procedente o pedido nos exatos termos da petição inicial.

Preparo (fl. 288).

O réu, Distrito Federal, interpôs apelação (fls. 294/9), na qual sustenta que a r. sentença "*parte de premissas contraditórias, isto porque, julga improcedente os pedidos da autora em relação aos dois réus - agentes públicos - em tese responsáveis pela omissão e condena o Distrito Federal exatamente pela mesma omissão, que presume existente*" (fl. 296).

Afirma que não houve falha no serviço, tampouco omissão. Salienta que o Distrito Federal, por meio de seus agentes públicos, agiu tomando todas as providências cabíveis, inclusive procedeu à transferência do aluno daquela escola. Todavia, o discente, ao tomar conhecimento do ato, agrediu a professora.

Acrescenta que a autora, na condição de agente público, também tinha responsabilidade pela manutenção da ordem no ambiente escolar, mas, em razão do seu descontrole emocional, não teve a sobriedade para avaliar as medidas necessárias à contenção da indisciplina de seus estudantes. Entende, por esse motivo, que a atuação da professora representa concausa do fato ilícito, e não omissão ou falha no serviço.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial e, sucessivamente, pede a redução da verba indenizatória, bem como do percentual do juros de mora, fixado em 1% a.m.

Recurso isento de preparo.

Contra-razões dos réus José Edilson Rodrigues da Fonseca e Odair Rodovalho dos Santos (fls.305/18). Oportunidade em que suscitam a preliminar de não-conhecimento da apelação da autora, com o argumento de que é intempestiva.

Contra-razões do Distrito Federal (320/2).

Contra-razões da autora (326/32).

VOTOS

Desa. Vera Andrighi (Presidente e Relatora) - Preliminar de não-conhecimento da apelação da autora

Os apelados-réus José Edilson Rodrigues da Fonseca e Odair Rodovalho dos Santos alegam, em sede de contra-razões (fls. 305/18), o não-conhecimento da apelação da autora, com o argumento de que é intempestiva, pois interposta antes dos embargos de declaração serem julgados (fls. 269/71).

Na presente demanda, o MM. Juiz acolheu os embargos de declaração opostos pelos réus Odair e José Edílson, para sanar a contradição e obscuridade apontadas (fls. 291/2).

Os embargos de declaração foram acolhidos para alterar o dispositivo da r. sentença apenas no capítulo referente à condenação da autora ao pagamento dos honorários. Confira:

> *"(...)*
> *Isto posto, hei por bem acolher os embargos para sanar a contradição e obscuridade apontadas, passando o terceiros parágrafo de fl. 265 a vigorar com a seguinte redação:*
> *´(...)*
> *Arbitro honorários de 10% (dez por cento) do montante da condenação em favor da autora e devidos pelo DISTRITO FEDERAL, e de R$ 1.000,00 (um mil reais) em favor dos outros dois réus, devidos pela demandante, quantia esta a ser rateada entre os causídicos em partes iguais. (grifamos).*
> *(...) ´*
> *Mantenham-se inalterados os demais termos."*

A autora, em sua resposta aos embargos (fl. 289) afirmou que a pretensão dos embargantes restringia-se ao dispositivo do julgado e que a decisão dos embargos em nada alterou o mérito impugnado na apelação.

Assim, em face dessas considerações e tendo em vista os princípios da celeridade processual, bem como do acesso à Justiça, os réus não apresentaram elementos suficientes que justificassem a declaração de não-conhecimento da apelação da autora.

No que tange aos embargos de declaração opostos pelo Distrito Federal (fls. 276/9), não se verifica qualquer prejuízo, pois nem sequer foram acolhidos, uma vez que a pretensão era de reforma da r. sentença.

Rejeito a preliminar de não-conhecimento da apelação interposta pela autora.

Em conclusão, conheço das apelações interpostas pela autora e pelo Distrito Federal, porque presentes os pressupostos de admissibilidade. Sentença não sujeita ao reexame necessário, nos termos do § 2º do art. 475 do CPC.

Apelações da autora e do Distrito Federal

Insurge-se o apelante-réu, Distrito Federal, contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-o ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, com fundamento na responsabilidade subjetiva. Sustenta que não houve omissão, tampouco falha no serviço.

O fato que embasa o pedido está calcado na omissão, na falha dos serviços inerentes às funções de Diretor da Escola e do seu Assistente. Sustenta a autora que, por negligência desses agentes públicos, sofreu agressão moral e física de aluno, o qual já tinha definição de afastamento da Escola, pela administração, em razão de ameaça de morte que dirigiu à autora-professora.

Esse quadro fático a ser demonstrado e julgado configura omissão e falha na prestação de serviço, cuja responsabilidade pelos danos causados depende de culpa. Esse elemento subjetivo é exigido tanto para os agentes públicos, pessoas físicas, quanto para o Estado, pessoa de direito público.

De acordo com o disposto no art. 37, § 6º, da CF, o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Essa regra geral, de acordo com a jurisprudência e doutrina, sofre exceção quando a lesão decorrer de omissão. Nessa hipótese, o Estado responde subjetivamente pelos danos que a falha no serviço causar. Ocorre culpa quando o serviço não funciona, funciona mal, ou funciona intempestivamente.

Assim, tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva. Imprescindível, portanto, a demonstração de dolo ou culpa, esta numa de suas três modalidades - negligência, imperícia ou imprudência. Destaque-se, ainda, que não é necessário individualizar a responsabilidade, pois pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, ou seja, à falta do serviço.

Dessa forma, a presente demanda enquadra-se na responsabilidade subjetiva do Estado, o que exige a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a omissão culposa.

Sobre a matéria, vale a transcrição de lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[1]:

> *"Danos por omissão do Estado:*
> *53. Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficiente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. (...).*
> *54. Não bastará, então, para configurar-se a responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito, inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando houver possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado, responsabilidade por um dano que não causou, pois isto, equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então, o dolo, intenção*

> *de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar o evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acorrido para impedir o dano ou haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível". (grifamos)*

Nesse sentido, é a jurisprudência do e. STF, o qual consigna que a responsabilidade do Estado será subjetiva quando configurada omissão nas prestações de serviço que lhe incumbe:

> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.*
> *I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes — a negligência, a imperícia ou a imprudência — não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.*
> *...omissis..." (RE 382054/RJ, 2ª Turma, Min. Carlos Velloso, DJ 01-10-2004, pág-00037).*

Na hipótese dos autos, ficou demonstrado o dano sofrido pela apelada-autora, conforme relatórios médicos (fls. 15/6), laudo de exame de corpo de delito (fls. 17/17-verso), relatório psicológico (fls. 107/8) e relatório do procedimento sindicante (fls. 182/3), bem como por meio dos depoimentos acostados aos autos (fls. 200/20).

No que tange ao dever de agir do Estado, é certo que cabe ao Poder Público a vigilância e proteção aos alunos, enquanto mantidos no âmbito escolar, o que se estende aos professores que ali exercem as suas atividades. Portanto, se a apelada-autora foi agredida dentro do estabelecimento educacional, houve inequívoco descumprimento do dever legal do Estado na prestação efetiva do serviço de segurança, uma vez que a atuação diligente impediria a ocorrência da agressão física perpetrada pelo aluno.

A falta do serviço decorre do não-funcionamento, ou então, do funcionamento insuficiente, inadequado ou tardio do serviço público que o Estado deve prestar. Na hipótese, o fato de haver no estabelecimento um policial militar não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado, pois evidenciou-se a

má-atuação, consubstanciada na prestação insuficiente e tardia, o que resultou na agressão à professora.

O Distrito Federal, em suas razões admite que, apesar da presença de policial na Escola, esse não foi, devidamente, avisado pelo Diretor ou seu Assistente, sobre o incidente ocorrido no dia anterior, bem como sobre a ameaça de morte à professora, a qual foi admitida pelo aluno.

É importante ressaltar que, a Direção da Escola, em razão do incidente e da ameaça praticados no dia anterior à agressão física, havia deliberado pela transferência do aluno. Esse fato é admitido expressamente pelo Distrito Federal em suas razões. Portanto, houve ineficiência da administração que não impediu o ingresso do aluno na sala de aula, nem tomou nenhuma providência pela segurança da professora ameaçada. Na verdade, ressai claramente da prova que os agentes-réus não tomaram nenhuma providência, além de não darem a devida atenção com a presteza que o caso exigia.

Assim, resta claro que, se o Poder Público tivesse agido, no sentido de prestar a segurança adequada e satisfatória dentro do ambiente escolar, a ação que provocou o dano à apelada-autora não teria ocorrido.

Dessa forma, diante da presença dos elementos essenciais que caracterizam a responsabilização subjetiva do Estado, quais sejam, o dano, a omissão, consubstanciada na falha na prestação do serviço, a culpa e o nexo causal, está presente o dever da Administração de indenizar o dano moral sofrido pela apelada-autora.

Nesse sentido, colaciono recente julgado do e. STJ, *in verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - OMISSÃO - FALTA DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - MORTE DE POLICIAL DURANTE TRANSFERÊNCIA DE PRESO - NÃO-COMPROVAÇÃO DA CULPA ESTATAL (PUBLICIZADA) - IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS FATOS NO RECURSO ESPECIAL PARA CARACTERIZAÇÃO DA CULPA E DO IMPRESCINDÍVEL NEXO - SOBERANIA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA NAS PROVAS - ARTS. 302 E 535 DO CPC - NÃO-VIOLAÇÃO.*
>
> *...omissis...*
>
> *3. A responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva. Jurisprudência predominantes do STF e do STJ. Desde a inicial, vieram os recorrentes discutindo a falta do serviço estatal por omissão, o que é bem diferente de se discutir o fato do serviço para aplicação da responsabilidade objetiva.*
>
> *...omissis...*

> *Recurso especial improvido" (REsp 471.606/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 14.08.2007, pág. 28).*

Não se argumente que à professora incumbia a manutenção da ordem e maior equilíbrio emocional. Não procedem as alegações do Distrito Federal para imputar à professora culpa concorrente. Não há o que exigir da professora diante da postura agressiva, inesperada e silenciosa do aluno que lhe agride com socos, motivado por vindita. Também não há lugar para concorrência de culpa o estado emocional daquele que sofre ameaça de morte feita por aluno, especialmente quando não encontra a compreensão e amparo devidos por seus Superiores.

Agrava a culpa dos agentes quando após comunicarem medida de expulsão, adequada à postura ameaçadora do aluno, não tomaram as providências acessórias adequadas para proteção da professora e demais alunos.

A culpa na falha dos serviços devidos pelos agentes réus é exclusiva, devendo o Estado responder por força da solidariedade passiva.

Valoração do dano moral

A apelante-autora e o apelante-réu, Distrito Federal, questionam o *quantum* indenizatório arbitrado na r. sentença em R$ 10.000,00. A apelante-autora pede a sua majoração para R$ 15.000,00, enquanto o apelante-réu pugna pela sua redução, bem como dos índices percentuais de juros de mora fixados em 1%.

A valoração da compensação moral deve ser apurada mediante prudente arbítrio do Juiz, motivado pelo princípio da razoabilidade, e observadas a gravidade e a repercussão do dano, bem como a intensidade, os efeitos do sofrimento e o grau de culpa ou dolo. A finalidade compensatória, por sua vez, deve ter caráter didático-pedagógico, evitado o valor excessivo ou ínfimo, objetivando, sempre, o desestímulo à conduta lesiva.

A compensação moral deve, ainda, obedecer aos princípios da proporcionalidade (intensidade do dano, da culpa, dos transtornos etc.), da exemplaridade (desestímulo à conduta) e da razoabilidade (adequação e modicidade).

Nesse sentido, transcrevo lição de Rui Stoco, *in verbis*:

> *"Por fim, cabe esclarecer que a indenização seja para reparar o dano patrimonial, seja para compensar o dano moral - deve ser fiada com equilíbrio do Juiz, dentro das margens estabelecidas na legislação, quando houver.*
> *Em não havendo legislação específica ou limites mínimo e máximo, caberá ao julgador valer-se da analogia e dos princípios gerais do Direito, sendo dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.*

.....

Em resumo, cabe ao prudente arbítrio do julgador e à força criativa da doutrina e da jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros para a fixação do quantum *nas indenizações por dano patrimonial e extrapatrimonial (moral), seja livremente, quando não houver estabelecimento prévio na legislação de regência, seja dentre as margens por ela estabelecidas.*

Mas algumas regras podem ser, a priori, *estabelecidas:*

o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

deverá o julgador fixá-la buscando, através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação socioeconômica de ambos;

na indenização por dano moral o preço de "afeição" não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

na fixação do valor do dano moral o julgador deverá tem em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente."

(in Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, 5ª ed. rev., atual. e ampl. do livro Responsabilidade civil e sua interpretação e jurisprudencial - Doutrina e jurisprudência - São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 1.029/30)

Transcrevo, também, jurisprudência do e. STJ, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE EM PLATAFORMA DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓ-

LEO - MORTE DE FILHO - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - NÚMERO DE LESADOS - RAZOABILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Aos parâmetros usualmente considerados à aferição do excesso ou irrisão no arbitramento do quantum *indenizatório de danos morais - gravidade e repercussão da lesão, grau de culpa do ofensor, nível socioeconômico das partes -, perfaz-se imprescindível somar a quantidade de integrantes do pólo proponente da lide. A observância da equidade, das regras de experiência e bom senso, e dos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade quando da fixação da reparação de danos morais não se coaduna com o desprezo do número de lesados pela morte de parente.*

.....

3. Recurso Especial não conhecido." (REsp 745.710/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 05.12.2006, DJ 09.04.2007 p. 254)

"RESPONSABILIDADE CIVIL - FORNECIMENTO DE TALÃO DE CHEQUES A FALSÁRIO - DANO MORAL - FIXAÇÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

.....

2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.

.....

5. Recurso especial provido." (REsp 474.786/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01.04.2004, DJ 07.06.2004 p. 185) (grifos nossos)

Destaque-se, ainda, que o valor de R$ 10.000,00, fixado na r. sentença, está em consonância com os julgamentos proferidos por este e. Tribunal em situações semelhantes, motivo pelo qual o mantenho.

Juros incidentes na condenação contra a Fazenda Pública

O apelante-réu pleiteia a redução dos juros de mora incidentes sobre a condenação imposta ao Distrito Federal, com o argumento de que extrapola o percentual legal.

No que tange às verbas remuneratórias devidas pela Fazenda Pública, aplica-se a Lei nº 9.494/97. O art. 1º-F do referido diploma legal, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, determina que o percentual dos juros de mora não poderão ultrapassar o percentual de 0,5% ao mês, pois tem o limite de 6% ao ano, *in verbis*:

> *"Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano."(grifou-se).*

Vê-se que à hipótese dos autos não se aplica o disposto no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, uma vez que se trata de juros de mora incidentes sobre verba indenizatória. Assim, devem incidir os juros de mora legais, nos termos do art. 406, com observância ao percentual de 1% ao mês, fixado pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Este e. TJDFT, já se manifestou sobre a matéria, *in verbis*:

> *"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. LITISPENDÊNCIA. DOCUMENTOS NÃO ANALISADOS. IMPROCEDÊNCIA. FRACIONAMENTO DA EXECUÇÃO. NÃO CONFIGURADO. REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO IMEDIATO. PEQUENO VALOR. VIABILIDADE. APLICAÇÃO DE JUROS. ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/97. INAPLICABILIDADE. LEI N. 3.624/05. NÃO INCIDÊNCIA.*
>
> *(...)*
>
> *4. O artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97 refere-se de forma expressa aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, quando condenada a pagar verbas remuneratórias a servidores e empregados públicos. 5. O Benefício-Alimentação é verba indenizatória e não integra a remuneração do servidor público. Dessa forma, não se aplica ao caso concreto o disposto na referida Lei, devendo ser aplicados à hipótese os juros legais constantes do artigo 1062 do Código Civil de 1916 e da Lei n. 4.414/64, no patamar de 6% (seis por cento) ao ano, até o advento do Novo Código Civil, em vigor desde 11-1-2003, nos termos de seu artigo 406. (...)." (TJDF, Conselho Especial, 20040020095186EME, Relator Desembargador Vaz de Melo, julgado em 08/05/2007, DJ 05/07/2007 p. 106)*

Isso posto, conheço das apelações. Nego provimento ao recurso do Distrito Federal e dou parcial provimento ao da autora para incluir na condenação, de forma solidária, o segundo e o terceiro réus.

É o voto.

Des. Lécio Resende (Revisor e Relator Designado) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Eminente Presidente e Relatora, peço licença para divergir do douto voto proferido por V. Exª.

Em primeiro lugar, quero registrar que o papel de toda escola é aprimorar a educação que, desde o berço, deve ser ministrada nos lares, partindo do pressuposto de que o aluno ou tem pais, ou tem algum parente, ou tem por ele alguém que seja, em relação a ele, responsável por esse processo. A escola não é, portanto, uma rinha nem um ringue. Parece que se foi o tempo em que um aluno tinha, como tem, o dever de respeitar quem procura retirar-lhe as trevas da ignorância que o envolvem, antes de aprender alguma coisa neste mundo.

A família vem, paulatinamente, sendo dissolvida no país, e os pais estão cada vez mais omissos nesse processo de criação e educação de filhos. Um aluno que agride um professor, ou uma professora, em sala de aula, não merece esse nome, nem mereceria estar em uma sala de aula. Seu lugar é outro, bem diferente!

O diretor de um estabelecimento público e o seu assistente não têm autoridade alguma para punir um aluno responsável por uma tal agressão. E agressão a professores em sala de aula é caso de polícia, e não de diretor de estabelecimento e seu assistente.

A responsabilidade, portanto, é objetiva do Distrito Federal, a quem incumbe garantir a segurança, isso sim, da direção e do corpo docente, por inteiro, de qualquer estabelecimento. E caberia tão-somente a esse diretor e ao seu assistente, na falta do primeiro, notificar a Secretaria de Educação, para providenciar a exclusão desse aluno, não só dessa escola pública, mas de toda e qualquer escola pública do Distrito Federal. Esse aluno deve ter uma outra destinação. Escola não é reformatório, nem local para abrigar bandidos.

Entendo que a responsabilidade é exclusiva do Distrito Federal, a quem incumbe suprir e exercer o poder de polícia. Diretor e seu assistente de escola pública não têm. E, se tomar alguma atitude, provavelmente será agredido pelo pai, que, hoje em dia, além de não educar, estimula e incentiva filho a agredir indefesos professores e professoras em sala de aula, além da possibilidade de perder a comissão e ser transferido de estabelecimento por praticar ato politicamente incorreto, assim considerado por alguns.

Venho de uma outra época e como Cícero, da tribuna do senado romano, repetiria com ele: *Ó tempora! Ó mores*! - Ó tempos! Ó costumes. Lamentáveis. Não

era esse o costume do meu tempo. No meu tempo, respeitava-se e até se venerava o professor, porque era quem tinha a paciência de tomar a nossa mão e nos ensinar a desenhar as primeiras letras. Não sei se por que tenho uma grande gratidão por todos os que me ensinaram neste mundo, fico por entender o ato covarde praticado por um moleque sem nome e sem categoria.

Mas não vejo responsabilidade solidária, muito menos subjetiva, de diretor e assistente. Vejo, sim, a responsabilidade do Distrito Federal, porque é o Distrito Federal que institui a escola e a mantém, então, deve prover esse bem da vida, que é a segurança. Porque é falso dizer que a Constituição garante a vida, a liberdade, isso e aquilo. Não garante coisa alguma. Se garantisse a vida ninguém morreria. O que ela garante são certos bens da vida, e dentre esses bens, que ela deve garantir, está exatamente a incolumidade das pessoas. Incumbência, aliás, da Polícia Militar. Gostaria de ver esse aluno agredir um policial; certamente ele ia aprender uma bela lição de vida - se é que pode se chamar de aluno alguém que age dessa forma.

Nego provimento a ambos os recursos, pedindo respeitosa vênia a V. Ex.ª, eminente Relatora.

Des. João Batista (Vogal) - Eminente Presidente e Relatora, ouvi com muita atenção as colocações do eminente Des. Revisor, e a mim parece também que o diretor, como também o professor, não devem ser responsabilizados, pois a responsabilidade, neste caso, cabe única e exclusivamente ao Distrito Federal, a quem incumbe manter a segurança da escola.

Rogo as mais sinceras vênias para aderir, neste particular, ao voto do eminente Revisor.

DECISÃO

Conhecidas ambos as apelações. Improvidas. Maioria. Redigirá o acórdão o ilustre Revisor.

Nota

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2001.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005071018904-8

Apelante - Ê.F.C.
Apelado - E.V.C.
Relator - Des. José Divino de Oliveira
Sexta Turma Cível

EMENTA

CIVIL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. FIXAÇÃO COM BASE EM ACORDO FIRMADO EM AUDIÊNCIA EM DATA ANTERIOR ÀQUELE FIRMADO PERANTE O SERVIÇO PSICOSSOCIAL. AMPLIAÇÃO. POSSIBILIDADE.
I - O que se visa com a regulamentação de visitas é a manutenção e estreitamento dos laços familiares e afetivos entre pais e filhos. Por isso, nada impede que a visitação seja ampliada para mais um dia na semana, segundo termos de acordo formulado pelas partes em data posterior àquele convencionado em audiência, máxime quando esse acordo foi firmado durante estudo psicossocial e corroborado por parecer técnico favorável do Serviço Psicossocial Forense.
II - Deu-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, José Divino de Oliveira - Relator, Leila Arlanch - Revisora, Fábio Eduardo Marques - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador José Divino de Oliveira, em proferir a seguinte decisão: dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de separação judicial litigiosa proposta por E.V.C. em face de E.F.C.

A autora narra, em síntese, que se casou em 09/01/1997, sob o regime de comunhão parcial de bens, e que teve duas filhas. Apresentou requerimento para regulamentação de visitas do pai às filhas, informando que os alimentos para as mesmas seriam discutidos em ação própria. Requer a decretação da separação

judicial com a consequente partilha dos bens, a guarda das filhas e a regulamentação de visitas.

Em audiência, as partes formularam acordo em relação à visitação, o qual foi homologado pelo Juiz (fls. 83).

Os autos foram encaminhados ao Serviço Psicossocial Forense para análise quanto à guarda, cujo laudo encontra-se às fls. 285/288.

O réu impugnou o laudo elaborado pelo Serviço Psicossocial, apresentando nova regulamentação de visitas (fls. 312/317). Em alegações finais (fls. 385/388), reitera seu inconformismo com o laudo na parte em que se manifestou favorável à manutenção da guarda com genitora. Insiste em obter a guarda das filhas, sob o argumento de ter melhores condições de criá-las.

O Ministério Público opinou pela fixação das visitas nos moldes acordados pelas partes em audiência (fls. 395/397).

Sobreveio sentença (fls. 398/401), julgando parcialmente procedente o pedido inicial, para decretar a separação, definir a partilha dos bens, conforme planilha elaborada pela contadoria judicial (fls. 349/373), atribuir a guarda das filhas à genitora e regulamentar as visitas paternas, segundo o acordo estabelecido pelas partes em audiência (fls. 83).

Inconformado o autor apelou (fls. 410/414), discordando da forma em que as visitas foram regulamentadas. Afirma que a sentença não levou em consideração o acordo efetivado pelo casal, na ocasião do estudo social realizado pelo Serviço Psicossocial Forense. Pede que a visitação seja determinada nos moldes do que foi pactuado pelo casal.

Preparo regular (fls. 415).

O recurso foi contrariado (fls. 426/429).

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento da apelação (fls. 436/441).

É o relatório.

VOTOS

Des. José Divino de Oliveira (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelante não se conforma com a sentença que homologou as visitas às filhas, conforme o acordo estabelecido na audiência (fls. 83) e em detrimento do que foi convencionado pelo casal quando do estudo realizado pelo Serviço Psicossocial Forense.

A sentença, na parte impugnada, consignou, *verbis* (fls. 400):

> *"Conforme dispõe o art. 1.548 do Código Civil, decretada a separação judicial, sem acordo de guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la. (...) entendo, acolhendo o parecer do psicossocial, que a melhor opção para as menores é manter sob a guarda e responsabilidade da genitora, observando o acordo de regulamentação de visitas pactuado pelas próprias partes em audiência, às fls. 83 (...)."* (grifou-se)

No termo de audiência realizada em 06/05/2006, as partes celebraram o seguinte acordo:

> *"com relação às visitas, o pai visitará suas filhas nos finais de semanas alternados, devendo pegar as crianças no sábado às 8:00 horas da manhã, devolvendo-as até às 18:00 horas do domingo."*

Durante o estudo social realizado pelo Serviço Psicossocial Forense, datado de 21/06/2006, o casal estabeleceu outras regras para visitação, conforme ficou consignado (fls. 288):

> *"(...) O acordo estabelecido foi: o genitor que não detiver a guarda buscará as filhas para pernoite em finais de semana alternados, a partir das 18 h de sexta-feira, devolvendo-as no domingo, às 20 h. Nos demais finais de semana, o genitor buscará as filhas aos sábados ou domingos, das 9h às 20 h."*

O apelante pretende que as visitas também sejam fixadas nos finais de semana em que não detiver a posse para pernoite das menores.

Intimada a se manifestar sobre o laudo psicossocial (fls. 322/324), e em sede de alegações e contra-razões, a apelada aduz que discorda da regulamentação de visitas, conforme requer o apelante, sob os seguintes argumentos, *verbis*:

> *"(...) A autora concorda com o Parecer do Serviço Psicossocial Forense, de fls. 285 e 288. Entretanto, face aos acontecimentos ocorridos no período de férias escolares do meio do ano, a autora vê-se obrigada a discordar do acordo estabelecido no momento da entrevista com as profissionais do citado serviço. Ocorre que o réu, nos dias em que permanece com as menores, não permite que as mesmas falem ao telefone com a mãe, sendo que a mesma ficou três dias sem notícias das filhas, o que não acontece quando as crianças estão com a mãe. Então, face à*

> *imaturidade do réu em continuar atingindo a autora com essas atitudes injustificáveis, a mesma pugna pela permanência do regime de visitas estabelecido no Termo de Audiência de fls. 83" (grifou-se).*

Razão assiste ao apelante.

A uma porque o acordo estabelecido pelas partes durante o estudo psicossocial é posterior àquele avençado em audiência.

A duas, porque a sentença, de fato, não motivou as razões para a não homologação do acordo firmado perante o Serviço Psicossocial, já que posterior ao que fora homologado.

A três, porque as razões de discordância posterior da apelada, por si sós, não ensejam a modificação ou a não homologação do acordo de visitas realizado perante as psicólogas do Serviço Psicossocial Forense, conforme bem salientou o membro do Ministério Público (fls. 439). Ressalta-se que são meras alegações sem respaldo probatório, máxime para demonstrar que tais fatos ensejariam riscos para a integridade física ou emocional das crianças, cujos interesses sobrelevam outros aos dos pais.

O que se visa com a visitação é a manutenção e estreitamento dos laços familiares e afetivos entre pais e filhos. Não é justo que as crianças sejam privadas do convívio paterno, por mais um dia na semana, em razão de eventuais motivações de seus pais, que, por mágoas e ressentimentos, não conseguem definir regras de comunicação quando as filhas estão na companhia de um ou de outro.

Ademais, ultimado o estudo elaborado pelo Serviço Psicossocial, as psicólogas concluíram, *verbis*:

> *"(...) Em atendimento às crianças, percebeu-se que estas nutrem afeto em relação a ambos os pais e têm boa interação com os mesmos, embora tragam o relato dos conflitos existentes entre ambos.*
> *Tanto na residência paterna quanto na materna, verificou-se que B. e R. têm espaço físico e emocional a elas reservado. Ambas as casas encontravam-se em condições adequadas de organização e higiene.*
> *(...)*
> *Embora o par parental não tenha chegado a um acordo acerca da guarda das crianças em questão, perceberam-se alguns avanços por parte dos genitores. Exemplo disso é o fato de que acordaram a respeito das visitas, independentemente de quem deterá a guarda. O acordo estabelecido foi: o genitor [vide acima].*
> *Conclusão*
> *(...) Assim, estas profissionais acreditam que o acordo de visitas estabelecido pelo par parental atende, no momento, às necessidades das*

> *crianças em questão, uma vez que amplia os contatos das filhas com o genitor que não detém a guarda."*

Por outro lado, o art. 1.589 do Código Civil dispõe:

> *"O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação." (grifou-se).*

Ora, os pais fixaram um acordo de visitas em data posterior ao que fora estabelecido no termo de audiência de fls. 83, e, que, segundo parecer técnico, atendia às necessidades das crianças no momento.

Depois, não se evidenciando qualquer prejuízo para o desenvolvimento das filhas, nada obsta que seja fixado mais um dia de visita, além daqueles já determinados na sentença.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para, reformando em parte a sentença, regulamentar o direito do pai visitar as filhas, nos seguintes termos: o genitor exercerá o direito de ter as filhas em sua companhia nos finais de semana alternados, podendo buscá-las na casa materna sexta-feira a partir das 18h, devendo devolvê-las no domingo até as 20h. Nos demais finais de semana, poderá apanhá-las aos sábados ou domingos às 9h e devolvê-las até as 20h do mesmo dia, mantidos os demais termos da sentença.

É como voto.

Desa. Leila Arlanch (Revisora) - Com o Relator.

Des. Fábio Eduardo Marques (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Dar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011061838-4

Apelante - Hamilton Ribeiro de Freitas
Apelado - Distrito Federal
Relatora - Desa. Nídia Corrêa Lima
Terceira Turma Cível

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.599/2002. ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ANISTIADOS POLÍTICOS POR DIPLOMAS ANTERIORES. DECRETO Nº 4.897/03. OMISSÃO. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

I. Sobre as verbas percebidas por anistiados políticos não incide imposto de renda e contribuição previdenciária, nos termos da Lei nº 10.559/02.

II. Por estar o impetrante amparado pelo instituto da anistia, o benefício deve lhe ser concedido em sua totalidade, mesmo que a anistia tenha sido deferida na vigência de leis anteriores e não tenha se operado a substituição pelo regime de prestação mensal, permanente e continuada, previsto no art. 19 da Lei nº 10.559/02.

III. *"Quanto à isenção referente à contribuição previdenciária, apesar do Decreto nº 4.897/2003 ter silenciado sobre o assunto, esta foi expressamente prevista no artigo 9º da Lei nº 10.559/2002, devendo-lhe ser dado o mesmo tratamento jurídico que o atribuído à isenção do imposto de renda pelo Decreto nº 4.897/2003".* (STJ, MS 9636-DF, Relatora Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.2004).

IV. Recurso de apelação conhecido e provido. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nídia Corrêa Lima - Relatora, Humberto Adjuto Ulhôa - Revisor, João Mariosi - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador João Mariosi, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Dar provimento

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

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por HAMILTON RIBEIRO DE FREITAS, contra a r. sentença exarada às fls. 90-93, cujo relatório transcrevo, *verbis*:

> *"Trata-se de mandado de segurança impetrado por HAMILTON RIBEIRO DE FREITAS contra ato praticado pelo DIRETOR DA DIVISÃO DE RECURSOS HUMANOS - DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO GERAL DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL.*
> *Alega que foi exonerado do cargo de agente de polícia civil por motivação política, sendo reintegrado por Decreto do Governador do Distrito Federal de 29 de abril de 1988, que acatou decisão da Comissão Geral de Anistia do Distrito Federal.*
> *Diz que aposentou-se no dia 04 de outubro do mesmo ano.*
> *Afirma que no ano de 2004 teve deferido o seu pleito de isenção de imposto de renda e que no ano de 2006, em 22 de junho, teve indeferido o pedido de isenção previdenciária, ao argumento de que não havia amparo legal.*
> *Sustenta que a Lei nº 10.559/2002 ampara o seu pedido, na medida em que impede o desconto de contribuição previdenciária dos proventos recebidos por anistiados políticos.*
> *Requer a concessão de medida liminar para o fim de suspender os descontos, com sua confirmação ao final.*
> *A inicial veio acompanhada pelos documentos de fls. 13/36.*
> *Notificada, a autoridade apontada como coatora trouxe informações e documentos de fls. 42/73.*
> *O pedido de liminar foi indeferido às fls. 74.*
> *O Ministério Público oficiou pela concessão da ordem (fls. 80/85)".*

Acrescento que o d. Juiz sentenciante denegou a segurança e revogou a liminar concedida, por entender que o impetrante não possui direito líquido e certo a amparar sua pretensão. (fls. 90-93).

Irresignado, o impetrante interpôs Apelação Cível, argumentando que o ato da Administração que indeferiu o pedido de isenção da contribuição previdenciária deve ser reformado. Fundamentado nas disposições constantes do art. 9º da Lei n. 10.559/02,

afirmou que a isenção de contribuição previdenciária se aplica a todas as verbas de anistia, indistintamente. Salientou, ainda, que, mesmo que a anistia tenha sido concedida na vigência da Emenda Constitucional n. 26/85, não pode ser tolhido o seu direito à isenção, uma vez que assegurado a todos os anistiados. Pleiteou, por fim, a reforma da sentença para declarar integralmente procedente o pedido inicial (fls. 109-117).

Preparo regular à fl. 118.

O Distrito Federal apresentou contra-razões, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 122-127).

A d. Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação (fls. 133-140).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nídia Corrêa Lima (Relatora) - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consoante relatado, cuida-se de Apelação Cível interposta por HAMILTON RIBEIRO DE FREITAS, contra a r. sentença prolatada às fls. 90-93, pelo MM. Juiz de Direito da Primeira Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, que denegou a segurança e revogou a liminar concedida.

Na petição inicial do Mandado de Segurança, o ora apelante, com fundamento na Lei nº 10.559/2002, pleiteou a suspensão de descontos relativos à contribuição previdenciária, uma vez que foi anistiado por decisão da Comissão Geral de Anistia do Distrito Federal, e reintegrado ao Serviço Público em 29 de abril de 1988, por ter sido exonerado do cargo de agente de polícia civil por motivação política.

O d. Magistrado sentenciante denegou a segurança por entender que o impetrante, mesmo sendo anistiado político, não possui direito à isenção da contribuição previdenciária.

Em suas razões recursais, sustentou o apelante que o ato da Administração que indeferiu o pedido de isenção da contribuição previdenciária deve ser reformado, porquanto a pretensão deduzida na inicial tem amparo nas disposições constantes do art. 9º da Lei n. 10.559/02, aplicável a todas as verbas de anistia, indistintamente. Salientou, ainda, que, mesmo que a anistia tenha sido concedida na vigência da Emenda Constitucional n. 26/85, não há como ser obstado o seu direito à isenção.

É o breve relato.

Passo ao exame do recurso.

Cinge-se a lide ao debate acerca do cabimento da isenção da contribuição previdenciária a anistiado político, agente de polícia reintegrado ao Serviço Público e posteriormente aposentado.

Nada obstante tenha o d. Magistrado sentenciante concluído pela ausência de amparo legal, a justificar a concessão da isenção pleiteada, não é isso que se extrai da Lei n. 10.559/02, que disciplina expressamente:

> *Art. 9º Os valores pagos por anistia não poderão ser objeto de contribuição ao INSS, a caixas de assistência ou fundos de pensão ou previdência, nem objeto de ressarcimento por estes de suas responsabilidades estatutárias.*
> *Parágrafo único. Os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos do Imposto de Renda.*

Face à clara regulamentação, não há como restringir a concessão do benefício ao apelante, que possui direito líquido e certo à isenção da contribuição previdenciária.

Já decidiu esta Egrégia Corte de Justiça, *verbis*:

> *"REMESSA OFICIAL. ANISTIADO POLÍTICO. ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ARTIGO 9º DA LEI N.º 10.559/2002. É direito líquido e certo do anistiado político a isenção de contribuição previdenciária sobre os seus proventos, conforme dispõe o artigo 9º da Lei n.º 10.559/02". (TJDF, Remessa de Ofício 20060110560577, Relator NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Cível, julgado em 03/09/2008, DJ 08/09/2008, p. 51, grifou-se);*
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIADO POLÍTICO. EC 26/85. ISENÇÃO FISCAL CONCEDIDA PELA LEI Nº. 10.559/2002. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 1 - Mostram-se indevidos os descontos a título de imposto de renda e contribuição previdenciária incidentes sobre a remuneração percebida pelos anistiados políticos, situação em que se encontra o impetrante. 2 - Recurso provido". (TJDF, Apelação Cível 20060110526075, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 30/05/2007, DJ 19/06/2007, p. 156, grifou-se).*

Pacífico é o entendimento perante a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> *"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO PERCEBIDA POR SUCESSOR DE MILITAR ANISTIADO POLÍTICO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.599/2002. ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ANISTIADOS POLÍTICOS PELA LEI N. 6.683/79 E EMENDA CONSTITUCIONAL 26/85. MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA. COMANDANTES DAS FORÇAS ARMADAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. A Primeira Seção deste Sodalício tem assegurado aos anistiados políticos a não-incidência do imposto de renda e de contribuição previdenciária, nos termos da Lei 10.559/2002 (Precedentes: MS 10554/DF, DJ de 21.11.2005; MS 9591-DF, DJ de 28.02.2005; MS 9636-DF, DJ de 13.12.2004; e MS 9543/DF, DJ de 13.09.2004). (...)". (STJ, MS 12.293/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2007, DJ 27/08/2007, p. 175, grifou-se).*

Nesse sentido, o fato de a anistia do apelante ter sido concedida na vigência da Emenda Constitucional n. 26/85 não impede o deferimento do benefício ao impetrado.

Ao tempo em que a Lei 10.559/02 previu a possibilidade de mudança de regime, a partir de requerimento do interessado ao Ministro da Justiça (arts. 10 e 11), ela autorizou a concessão de seus benefícios antes mesmo de se operar a substituição pelo regime de prestação mensal, permanente e continuada. Nos termos do art. 19, segundo o qual *"O pagamento de aposentadoria ou pensão excepcional relativa aos já anistiados políticos, que vem sendo efetuado pelo INSS e demais entidades públicas, bem como por empresas, mediante convênio com o referido instituto, será mantido, sem solução de continuidade, até a sua substituição pelo regime de prestação mensal, permanente e continuada, instituído por esta Lei, obedecido o que determina o art. 11".*

Vejam-se, com o mesmo entendimento, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO DE PENSÃO MILITAR. ISENÇÃO. LEI 10.559/2002 E DECRETO 4.897/2003. I - A isenção do imposto de renda e da contribuição de pensão militar concedida pela Lei 10.559/2002, regulamentada pelo Decreto 4.897/2003, abrange também aqueles anistiados políticos que tiveram sua anistia concedida na vigência de leis anteriores, mesmo que o pedido de substituição do regime de anistia pelo novo instituído, ainda*

não tenha sido objeto de análise pelo Ministério da Justiça, conforme disposição legal. II -"...Se, relativamente à isenção do imposto de renda, não se faz diferença entre os anistiados que requererem e os que não requereram a "substituição" de que trata o art. 19 da Lei 10.599/02, não há nenhuma razão lógica ou jurídica para estabelecer tal distinção quando se interpreta o benefício da isenção da contribuição previdenciária..." (MS nº 9.543/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJ de 28/08/2004, p. 164). III - Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado". (STJ, MS 9.587/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2005, DJ 26/09/2005, p. 163, grifou-se);

"TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ANISTIADOS POLÍTICOS - IMPOSTO DE RENDA - ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI N. 10.599/2002 - ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ANISTIADOS POLÍTICOS PELA LEI N. 6.683/79 E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/85 - ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO - AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. (...). 2. A Primeira Seção desta Corte tem se pronunciado favoravelmente ao pleito da impetrante de assegurar aos anistiados políticos e pensionistas a não-incidência do imposto de renda e de contribuição previdenciária aos seus proventos, nos termos da Lei n. 10.559/2002. 3. O art. 19 da referida norma, regulamentado pelo Decreto n. 4.897/2003, estendeu o benefício da isenção do imposto de renda aos anistiados políticos cuja anistia fora concedida com base na Lei n. 6.683/79 e EC n. 26/85. Também o art. 9º da referida norma prevê que os valores pagos aos anistiados não poderão ser objeto de contribuição ao INSS. 4. O alcance da isenção do imposto de renda aos pagamentos aos anistiados de que trata o artigo 19 da Lei ocorre mesmo antes de que tenha se operado a substituição referida no dispositivo. 5. Não cabe ao STJ examinar na via especial, sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, tarefa reservada ao Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração rejeitados". (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 888.844/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJ 20/02/2008, p. 132).

No mesmo sentido, já posicionou esta Egrégia Turma. Confira-se:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA* EX-OFFICIO. *CONSTITUCIONAL. ANISTIA. LEI N.º 10.552/2003. APOSENTADORIA. ESTADO DE EXCEÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A Lei n.º 10.552/2003 traz expressa previsão no sentido de serem os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos isentos do pagamento de contribuição previdenciária e de imposto de renda. 2. Estando amparado o autor pelo instituto da anistia, o benefício deve ser-lhe concedido em sua totalidade, a incidir nos valores recebidos a título de aposentadoria, mesmo que ainda não tenha se operado sua substituição pelo regime de prestação mensal, permanente e continuada, previsto no art. 19 da Lei n.º 10.559/2002. 3. Recuso voluntário e remessa* ex-officio *conhecidos e NÃO PROVIDOS. Sentença mantida". (TJDF, Apelação Cível 20060111327212, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 14/05/2008, DJ 30/05/2008, p. 82, grifou-se).*

Outrossim, o fato de o Decreto n. 4.897, de 25 de novembro de 2003, ter regulamentado apenas a isenção do imposto de renda aos anistiados políticos, previsto na Lei n. 10.559/02, não impede que o mesmo tratamento jurídico seja dispensado à contribuição previdenciária.

Como se manifestou o Ministério Público, em parecer exarado pela i. Procuradora de Justiça, Drª Terezinha Florenzano, "*embora o Decreto nº 4.897/2003 não tenha se referido à isenção da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos pagos aos anistiados, não há porque dar a essa isenção, prevista no* caput *do art. 9º da Lei n. 10.559/2002, um tratamento jurídico diferente do que foi reconhecido à isenção referida no parágrafo único daquele artigo, pois onde existe a mesma razão da lei, cabe também a mesma disposição* (ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio)" (fl. 137).

Esse é o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

> *"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.599/2002. ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ANISTIADOS POLÍTICOS PELA LEI N. 6.683/79 E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/85. 1. A C. Primeira Seção deste Sodalício tem assegurado aos anistiados políticos a não-incidência do Imposto de Renda e de contribuição previdenciária, nos termos da*

Lei 10.559/2002. (Precedentes: MS 9636-DF, Relatora Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.2004; MS 9591-DF, Relator Min. Castro Meira, DJ de 28.02.2005; MS 9543, Relator Min. Teori Zavascki, DJ de 13.09.2004). 2. Isto porque a jurisprudência tem como fundamento o fato de que: "Nos termos do Decreto nº 4.897/2003, os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos de imposto de renda, inclusive o montante pago aos declarados anistiados antes da Lei nº 10.559/2002 que ainda não foram submetidos à "substituição de regime" prevista no artigo 19 do referido diploma legal. Quanto à isenção referente à contribuição previdenciária, apesar do Decreto nº 4.897/2003 ter silenciado sobre o assunto, esta foi expressamente prevista no artigo 9º da Lei nº 10.559/2002, devendo-lhe ser dado o mesmo tratamento jurídico que o atribuído à isenção do imposto de renda pelo Decreto nº 4.897/2003." (MS 9636-DF, Relatora Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.2004). 3. Ademais, "Embora o Decreto 4.897/2003 não tenha se referido à isenção da contribuição previdenciária incidente sobre a pensão militar, não há porque dar a essa isenção, prevista no caput do art. 9º da Lei 10.559/2002, um tratamento jurídico diferente do que foi reconhecido como devido à isenção referida no parágrafo único daquele artigo. Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. *Se, relativamente à isenção do imposto de renda, não se faz diferença entre os anistiados que requererem e os que não requereram a "substituição" de que trata o art. 19 da Lei 10.599/02, não há nenhuma razão lógica ou jurídica para estabelecer tal distinção quando se interpreta o benefício da isenção da contribuição previdenciária". (MS 9543/DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 13.09.2004). 4. Ordem concedida". (STJ, MS 10.637/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 137, grifou-se).*

Na mesma linha, veja-se julgado deste Egrégio Tribunal:

"CONSTITUCIONAL, PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - REMESSA OFICIAL - ANISTIADO POLÍTICO - LEI N. 10.559/2002 - SERVIDOR DO DISTRITO FEDERAL - APLICABILIDADE - ISENÇÃO DE PAGAMENTO EM CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - DECRETO N. 4.897/2003 - NÃO INCIDÊNCIA DA EC 41/2003. 1. A Lei n. 10.559/2002, em

> *seu artigo 9º, dispôs que os valores pagos a anistiado político não poderão ser objeto de contribuição ao INSS, de modo que, não obstante falte a devida regulamentação da matéria no Decreto n. 4.897/2003, deva-se dar tratamento jurídico igual ao concedido ao imposto de renda para isentá-los também da cobrança para a Previdência Social. 2. O art. 21, inc. XIV, da Constituição Federal prevê, expressamente, que a Polícia Civil, Militar e o Corpo de Bombeiros Militar são mantidos e organizados pela União, sendo possível a aplicação da Lei n. 10.559/2002 no presente caso em face do Apelado ser servidor da Polícia Civil do Distrito Federal. 3. Não há que se falar em aplicação dos dispositivos constitucionais colacionados à Carta de 1988 pela Emenda n. 41, de 2003, ante a impossibilidade de incidir quaisquer tipos de descontos, por não ter a verba indenizatória sujeição às regras feitas para custear a Previdência Social somado ao fato de incidir, na espécie, o instituto da isenção tributária. 4. Apelação e Remessa Oficial não providas". (TJDF, Apelação Cível 20060111249229, Relator MARIA BEATRIZ PARRILHA, 4ª Turma Cível, julgado em 28/04/2008, DJ 02/06/2008, p. 114, grifou-se).*

Por fim, não há como prevalecer o argumento do Distrito Federal, em contrarazões, de que a concessão de isenção da contribuição previdenciária violaria a Emenda Constitucional n. 41/2003. Conforme bem sustentou o i. Des. Relator Humberto Adjuto Ulhôa, nos autos do Proc. 2006.01.1.132721-2, julgado em 14/05/2008, DJ 30/05/2008, *verbis*:

> *"Como se pode verificar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a anistia é concedida àqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares (art. 8º). Assim, não obstante a EC n.º 41/03 determinar que também os inativos devam pagar contribuição previdenciária, a ausência de menção expressa à situação excepcional dos anistiados políticos obsta que aos mesmos sejam aplicadas suas disposições".*

Vê-se, pois, que todos os argumentos pelo não cabimento da isenção, apostos na sentença, já foram amplamente rebatidos por essa Egrégia Corte de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Considerando, portanto, que o pedido contido na exordial possui expressa previsão legal e, preenchendo o apelante/impetrante os requisitos necessários à isenção pleiteada, não há razão para a não concessão da segurança.

Ante o exposto, **CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO PARA DAR-LHE PROVIMENTO** e declarar que os proventos do impetrante são isentos do recolhimento da contribuição previdenciária.

Custas *ex lege*.

Sem honorários, nos termos das Súmulas 105 do colendo Superior Tribunal de Justiça e 512 do colendo Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Revisor) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de apelação interposta por HAMILTON RIBEIRO DE FREITAS contra a r. sentença que denegou a segurança e revogou a liminar concedida, com o seguinte entendimento, *in verbis*:

> *"Assim não há regulamentação do 'caput' do art. 9º, o que impede a extensão de isenção de contribuição previdenciária às aposentadorias excepcionais. Somente estão isentos aqueles que percebem valores disciplinados pela Lei, isto é, valores pagos a título de indenização.*
> *[...]*
> *Os valores percebidos pelo impetrante a título de aposentadoria, diante da ausência do caráter indenizatório, estão sujeitos à regra instituída pela emenda Constitucional nº 41/03, havendo a incidência da contribuição previdenciária."*

Inconformado, o apelante argumenta que a isenção de contribuição previdenciária se aplica a todas as verbas de anistia, indistintamente.

Diz também que não pode ser tolhido do direito à isenção assegurado a todos os anistiados, mesmo que a anistia tenha sido concedida na vigência da Emenda Constitucional n. 26/85.

Pois bem, o fundamento do pleito inaugural é a negativa da Administração Pública de conceder a isenção de contribuição previdenciária ao impetrante, na condição de anistiado político.

Contudo, a isenção do pagamento da contribuição previdenciária tem previsão expressa na Lei n. 10.559/02:

> *"Art. 9º Os valores pagos por anistia não poderão ser objeto de contribuição ao INSS, a caixas de assistência ou fundos de pensão ou*

> *previdência, nem objeto de ressarcimento por estes de suas responsabilidades estatutárias.*
> *Parágrafo único. Os valores a titulo de indenização a anistiados políticos são isentos do Imposto de Renda."*

Muito embora o Decreto n. 4.897/2003, que regulamenta o dispositivo, não tenha se referido à isenção de contribuição previdenciária incidente sobre os proventos pagos aos anistiados, mas tão-somente ao imposto de renda, não há porque dar a essa isenção tratamento jurídico diferente, "***pois onde existe a mesma razão da lei, cabe também a mesma disposição*** (ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio)" (fl. 137).

Como se pode verificar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a anistia é concedida àqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares (art. 8º). Assim, não obstante a EC n.º 41/03 determinar que também os inativos devam pagar contribuição previdenciária, a ausência de menção expressa à situação excepcional dos anistiados políticos obsta que aos mesmos sejam aplicadas suas disposições.

Sobre a questão, já decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça e este e. Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *"TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ANISTIADOS POLÍTICOS - IMPOSTO DE RENDA - ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI N. 10.599/2002 - ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ANISTIADOS POLÍTICOS PELA LEI N. 6.683/79 E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/85 - ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO. 1.* ***A Primeira Seção desta Corte tem se posicionado no sentido de assegurar aos anistiados políticos e pensionistas a não-incidência do imposto de renda e de contribuição previdenciária aos seus proventos, nos termos da Lei n. 10.559/2002.*** *2. O art. 19 da referida norma, regulamentado pelo Decreto n. 4.897/2003, estendeu o benefício da isenção do imposto de renda aos anistiados políticos cuja anistia fora concedida com base na Lei n. 6.683/79 e EC 26/85. Também o art. 9º da referida norma prevê que os valores pagos aos anistiados não poderão ser objeto de contribuição ao INSS. Agravo regimental improvido."* ***(STJ, AgRg no REsp 888.844/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 15.08.2007 p. 263)***

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA. PENSÃO MILITAR. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.599/2002.1. ***O Imposto de Renda e a Contribuição Previdenciária não incidem sobre os proventos dos anistiados políticos, nos termos da Lei 10.559/2002****. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: MS 9636-DF, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 13.12.2004; MS 9591-DF, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 28.02.2005 e MS 9543-DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 13.09.2004. 2. Sob esse enfoque, sobreleva notar, a jurisprudência tem como fundamento o fato de que: 'Nos termos do Decreto nº 4.897/2003, os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos de imposto de renda, inclusive o montante pago aos declarados anistiados antes da Lei nº 10.559/2002 que ainda não foram submetidos à 'substituição de regime' prevista no artigo 19 do referido diploma legal.' (MS 9636-DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.2004).3. A contribuição para pensão militar, prevista na Lei 3.765/60, com as alterações promovidas pela Medida Provisória 2131/2000, é assente que: '****Os anistiados políticos, mesmo que não tenham sido submetidos à 'mudança de regime' do art. 19 da Lei nº 10.559/2002, têm direito à isenção de imposto de renda, nos termos do Decreto 4.897/2003. - Há que ser concedida, igualmente, a isenção da contribuição previdenciária incidente sobre a pensão militar prevista no 'caput' do art. 9º da Lei 10.559/2002, embora o Decreto 4.897/2003 a ela não tenha se referido, aplicando-se tratamento jurídico igualitário àquela prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo (imposto de renda)'*** *(MS 9577-DF, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 30.05.2005).4. Ademais, consoante cediço, aplica-se o regime isencional às pensões, como na hipótese sub judice (MS 10.115/DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 17.10.2005).5. Agravo regimental desprovido."* **(STJ, AgRg no MS 11.264/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13.09.2006, DJ 25.09.2006 p. 202***)*

"MANDADO DE SEGURANÇA - MAGISTRADO APOSENTADO - ANISTIA POLÍTICA - SUSPENSÃO DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO DE RENDA, CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL OU OUTRO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA - LEI 10.559/2002 - PRE-

LIMINARES REJEITADAS. [...] 03. A pretensão buscada nesta via mandamental é apenas a imediata suspensão de todo e qualquer desconto na sua folha de pagamento a título de imposto de renda, de contribuição de seguridade social ou qualquer outro de natureza previdenciária, conforme lhe garante a lei, posto que o Tribunal de Justiça é o seu órgão pagador. 04. O Impetrante é amparado pelo instituto da anistia política e como tal, ***deve dela se beneficiar em sua plenitude****, como agora, com as introduções da Lei 10/559/2002, não precisando buscar na comissão específica do Ministério da Justiça qualquer reconhecimento de direito que a própria lei, a que lhe reintegrou o cargo e a atual, que inova em benefícios, lhe garante. 05. Segurança concedida. Unânime."* **(20060020020033MSG, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, Conselho Especial, julgado em 12/09/2006, DJ 09/11/2006 p. 111)**

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. AUTORIDADE COATORA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DESACOLHIMENTO. ANISTIADOS POLÍTICOS PELA LEI N. 6.683/79 E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/85. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. ALCANCE. DECRETO Nº 4.897/2003. [...] Conforme jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça, o Decreto 4897/03, que regulamenta o Parágrafo único do Art. 9º da Lei 10559/02, determina que, a partir de 29 de agosto de 2002, os efeitos da isenção do imposto de renda concedida pelo art. 1º da citada Lei, alcançam também os pagamentos de aposentadoria e de pensão aos anistiados políticos, mesmo antes de que se tenha operado a substituição ali referida. Segurança concedida." **(20050020117194MSG, Relator MARIO MACHADO, Conselho Especial, julgado em 23/05/2006, DJ 31/07/2006 p. 140)**

Deve, pois, ser reconhecido o direito líquido e certo do impetrante, ainda que não tenha ele solicitado a substituição de regime jurídico, em consonância com a jurisprudência destacada.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para declarar a isenção de contribuição previdenciária nos proventos do impetrante.

Custas *ex lege*. Sem honorários (Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

É como voto.

Des. João Mariosi (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Dar provimento ao recurso. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011129587-4

Apelantes - Lauro de Nadai da Silva e outros
Apelado - Maurício Morales Castillo Olmedo
Relator - Des. Romeu Gonzaga Neiva
Quinta Turma Cível

EMENTA

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - INCIDENTE DE FALSIDADE - UMA SENTENÇA - PRINCÍPIO DA UNICIDADE RECURSAL - TERCEIROS PREJUDICADOS - EXCLUSÃO - CO-RÉU - OPORTUNIDADE - MANIFESTAÇÃO - PROVAS JUNTADAS - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - OBSERVÂNCIA - DOCUMENTOS - DEPOIMENTOS - COMPROVAÇÃO - FRAUDE - DANO MORAL - DESCARACTERIZAÇÃO.

01. Não se conhece de Apelação interposta pelos terceiros prejudicados, pois deixaram transcorrer, *in albis*, o prazo para recorrer da r. sentença que não reconheceu seu direito de intervenção.

02. Não tendo sido comprovado que o co-réu participou da promessa de compra e venda, deve ser excluído do feito.

03. Tendo sido oportunizada, à parte, chance de impugnar as provas carreadas aos autos, não há que se falar em cerceamento de defesa.

04. Não tendo nenhuma das partes comprovado, satisfatoriamente, suas alegações, há de ser mantido o entendimento esposado pelo D. Julgador *a quo*, que, analisando as provas documentais apresentadas e os depoimentos prestados, entendeu ter o requerente sido vítima de um golpe por parte dos requeridos.

05. A jurisprudência desse Tribunal vem entendendo que a simples inexecução contratual não gera, por si só, direito à indenização por danos morais.

06. NÃO SE CONHECEU DO RECURSO interposto por Antão Araújo da Silva e Célia de Nadai Sardenberg, por carência da ação; EXTINGUIU-SE O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO quanto ao co-réu Lauro Oliveira de Nadai da Silva; REJEITOU-SE A PRELIMINAR de cerceamento de defesa e

DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO à Apelação de Lauro de Nadai da Silva. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romeu Gonzaga Neiva - Relator, Haydevalda Sampaio - Revisora, Esdras Neves - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Haydevalda Sampaio, em proferir a seguinte decisão: não conhecer do 1º recurso. Dar provimento ao recurso de Lauro Oliveira de Nadai da Silva. Dar parcial provimento ao recurso de Lauro de Nadai da Silva, nos termos do voto do Relator. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença, que a seguir transcrevo:

> *"MAURÍCIO MORALES CASTILLO OLMEDO ajuizou ação de obrigação de fazer c/c indenização por perdas e danos materiais e dano moral contra LAURO DE NADAE DA SILVA e seu filho LAURO OLIVEIRA DE NADAE DA SILVA pelos fatos a seguir descritos:*
> *Afirma que no dia 13 de setembro de 2004, os réus venderam uma fração de um lote localizado no SMPW, quadra 15, conjunto 09, lote 01 onde residem.*
> *Os vendedores detinham uma procuração que conferia amplos poderes para realizar a venda, que se encontrava em nome de Antão Araújo da Silva, pai e avô dos réus.*
> *O valor estabelecido para venda foi de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) a ser pago parceladamente, na forma descrita na inicial.*
> *Em meados de novembro de 2004, os requeridos já haviam recebido R$ 90.000,00 (noventa mil reais) e deveriam apresentar a escritura pública para transferência do imóvel.*
> *Exigiram o depósito de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que foi feito. Mais uma vez exigiram novo depósito R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo novamente realizado.*
> *Afirma o autor que vendeu um apartamento em águas claras para pagar o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Teve que alugar um apartamento.*

Requer a indenização por danos materiais e morais e, ainda, o direito de ocupar imediatamente o terreno sub-judice.
Contestação apresentada, fls. 72/75 afirma o 1º autor que o documento juntado é falso. Admite que a venda dos direitos sobre o imóvel foi realizada única e exclusivamente pelo 1º requerido, sem a participação do 2º requerido.
Afirma que o único valor recebido foi de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), depositados em sua conta.
O 2º réu contestou, fls. 81/ 88. Apresente as mesmas alegações do 1º réu.
Réplica apresentada.
Realizada audiência de conciliação, seguida de instrução e julgamento."

O MM Juiz julgou procedente, em parte, o pedido inicial, para condenar os réus ao pagamento de danos morais no valor de R$ 10.000,00, corrigidos; condenar os réus ao pagamento de danos materiais, que serão objeto de liquidação do julgado; declarar a existência do contrato de promessa de compra e venda conforme especificado, no valor de R$ 100.000,00; condenar o réu Lauro de Nadai da Silva à obrigação de fazer, conforme descrito; determinar a lavratura de escritura pública. Extinto o processo de Incidente de Falsidade n. 65742-2/2007, por perda do objeto. Condenado aos honorários no patamar de 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Apelam Antão Araújo da Silva e Célia de Nadai Sardenberg, afirmando que o processo deve ser extinto, por infringir os preceitos legais relativos ao chamamento ao processo dos apelantes, na qualidade de litisconsortes passivos necessários. Tecem considerações acerca do terreno "vendido"; do direito: o litisconsórcio passivo necessário, desrespeito às normas do condomínio e do direito de propriedade. Acrescentam que a sentença ignorou o fato que, durante o processo de inventário, os co-herdeiros são condôminos dos bens do espólio e que, após o formal de partilha, eles se transformaram em condôminos do bem indiviso, deixando a condição de herdeiros e assumindo a condição de proprietários.

Requerem a nulidade do processo pela inobservância das normas que disciplinam o litisconsórcio necessário; alternativamente, seja declarada a inépcia, haja vista que os fatos alegados não foram comprovados; ainda, o provimento do recurso, reformando-se a r. sentença.

Igualmente, apela Lauro de Nadai da Silva, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa; no mérito, que o apelado teve conhecimento e sabia das dificuldades inerentes de uma Ação de Inventário; que constou no recibo que a venda realizada pelo apelante foi de direitos de uma fração a ser futuramente aprovada pelo

GDF. Discorre sobre depósitos bancários; venda de direitos; imprudência e ingenuidade; escritura; danos morais; danos materiais.

Requer o provimento das preliminares ou a procedência do recurso.

Apela, também, Lauro Oliveira de Nadai da Silva, sustentando, prefacialmente, preliminar de cerceamento de defesa; no mérito, afirma que houve quebra de sigilo bancário, bem como que não participou do negócio realizado.

Pugna pelo acolhimento da preliminar para anular a r. sentença, com a determinação de sua intimação para requerer as provas que achar de direito em sua defesa, ou a procedência do recurso para anular o r. *decisum*.

Nos autos de nº 2007.01.1.065742-2 (Incidente de Falsidade), apela Lauro de Nadai da Silva, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa. No mérito, tece considerações acerca do suposto pagamento, do documento e do laudo.

Requer a procedência da preliminar, anulando-se a sentença para determinar uma decisão ao requerido às fls. 56/57, prosseguindo-se a ação Incidente de Falsidade com decisão de mérito; no mérito, o provimento do recurso, anulando-se a sentença.

Preparo regular de todos os recursos.

Contra-razões de Maurício Morales Castillo Olmedo, afirmando não ter sido reconhecido o direito de intervenção a Antão Araújo da Silva e Célia de Nadai Sardenberg para apelar. Requer seja mantida a r. sentença.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Trata-se de Apelações interpostas contra a r. sentença, prolatada nos autos de Ação de Obrigação de Fazer e de Incidente de Falsidade.

O MM. Juiz julgou procedente, em parte, o pedido inicial, para condenar os réus ao pagamento de danos morais no valor de R$ 10.000,00, corrigidos; condenar os réus ao pagamento de danos materiais, que serão objeto de liquidação do julgado; declarar a existência do contrato de promessa de compra e venda conforme especificado, no valor de R$ 100.000,00; condenar o réu Lauro de Nadai da Silva à obrigação de fazer, conforme descrito; determinar a lavratura de escritura pública. Extinto o processo de Incidente de Falsidade n. 65742-2/2007, por perda do objeto. Condenado aos honorários no patamar de 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Passo à análise dos recursos.

APELAÇÃO AVIADA POR ANTÃO ARAÚJO DA SILVA E CÉLIA DE NADAI SARDENBERG

Apelam, afirmando que o processo deve ser extinto, por infringir os preceitos legais relativos ao chamamento ao processo dos apelantes, na qualidade de litisconsortes passivos necessários. Tecem considerações acerca do terreno "vendido"; do direito: o litisconsórcio passivo necessário; do direito: desrespeito às normas do condomínio e do direito de propriedade.

Os recorrentes ajuizaram Ação de Intervenção de Terceiros no dia 11.07.2008, visando à proteção do bem já partilhado em inventário.

O MM. Juiz, entendendo que os direitos de vizinhança não são passíveis de defesa pela via eleita, julgou os autores carecedores do direito à ação e extinguiu o feito sem resolução do mérito, tendo a r. sentença transitado em julgado sem que os requerentes se manifestassem (fls. 259/260).

Assim, não podem os mesmos valer-se de Apelação Cível como terceiros prejudicados, pois, além de não terem seu direito de intervenção reconhecido, deixaram transcorrer, *in albis*, o prazo para recorrer da r. sentença supracitada, estando, pois, a matéria coberta pelo manto da coisa julgada.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DO RECURSO interposto por Antão Araújo da Silva e Célia de Nadai Sardenberg, por carência da ação.

APELAÇÃO INTERPOSTA POR LAURO OLIVEIRA DE NADAI DA SILVA

Apela, também, Lauro Oliveira de Nadai da Silva, sustentando, prefacialmente, preliminar de cerceamento de defesa; no mérito, afirma que houve quebra de sigilo bancário, bem como que não participou do negócio realizado.

Tenho que não restou comprovado que o ora apelante participou do negócio entabulado, sendo irrelevante o fato de ter recebido parte do pagamento do imóvel em sua conta-corrente. Ademais, no recibo acostado aos autos (fl. 25), consta somente o nome de seu pai, Lauro de Nadai da Silva, como vendedor do bem.

Feitas essas considerações, EXTINGO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO quanto ao co-réu Lauro Oliveira de Nadai da Silva.

APELAÇÃO INTERPOSTA POR LAURO DE NADAI DA SILVA

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Lauro de Nadai da Silva alega, preliminarmente, cerceamento de defesa; no mérito, que o apelado teve conhecimento e sabia das dificuldades inerentes de uma Ação de Inventário; que constou no recibo que a venda realizada pelo apelante foi de direitos de uma fração a ser futuramente aprovada pelo GDF. Discorre sobre depósitos

bancários; venda de direitos; imprudência e ingenuidade; escritura; danos morais; danos materiais.

Preliminar

No tocante à preliminar de cerceamento de defesa, razão não assiste ao recorrente, pois teve oportunidade de impugnar as provas carreadas aos autos, tanto que, no que concerne ao recibo juntado pelo autor, apresentou parecer documentoscópico (fls. 73/89, autos nº 1-65742-2).

Sendo assim, REJEITO A PRELIMINAR de cerceamento de defesa.

Mérito

Para o deslinde da causa, transcrevo parte da r. sentença, *verbis*:

> "*(...)*
> *A prova oral produzida em audiência foi amplamente favorável ao autor. Assim, também, os extratos bancários juntados, fls. 31/32.*
> *Nota-se que o autor agiu com extrema imprudência e ingenuidade quando deixou de exigir um contrato formal como prova da promessa de compra e venda, assim também as certidões negativas do imóvel e todos os demais procedimentos que, de regra, são adotados na compra de imóveis. Para o autor bastou, pura e simplesmente, a palavra dos réus e um simples recibo (cópia) com firma reconhecida pelo vendedor, fls. 25 e uma cópia de um projeto de parcelamento da área.*
> *O recibo de fls. 25, apesar de falta de apuro técnico, especificou o valor do preço, com a data de pagamento.*
> *O autor, com excessiva confiança na palavra empenhada pelos réus, cumpriu com o pagamento do sinal e das parcelas seguintes, perfazendo o total pago de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Considero que o pagamento restou comprovado.*
> *Confirma o 1º réu ter recebido o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).*
> *A contestação apresentada pelos réus, apesar de negar o fato e atribuir a pecha de falsidade ao recibo, não apresenta a versão alternativa destes fatos, que fosse verossímil, para elidir a narrativa da inicial.*
> *O depoimento pessoal do autor, fls. 51, (incidente de falsidade) é bastante elucidativo e convincente. Repita-se, embora tenha agido com boa-fé e principalmente inexperiência, colhe-se que a narrativa dos fatos*

segue uma sequência lógica e factível. Ao contrário, o depoimento dos réu é evasivos e até contraditório.

O cerne da questão está na prova de que o valor de R$ 70.000,00 (sententa mil) fora efetivamente pago. Nesse sentido, o depoimento o gerente do Banco do Brasil, Nilton Cangussu é inatacável, eis que, juntamente com a análise do extrato, comprova a retirada do dinheiro do banco, fls. 53. Recorda-se, claramente, o gerente dos saques feitos com finalidade de comprar o terreno no Parque Way. Os extratos bancários confirmam a alegação do gerente, cujo somatório totalizam o valor supramencionado, fls. 32.

O autor sacou o dinheiro no banco e levou-o em mãos, sendo escoltado por dois seguranças que viram ele na posse de um pacote de dinheiro. Estes dois seguranças depuseram em juízo, fls. 54 e 55, ambos, atestaram com firmeza e clareza sobre os fatos.

Comprovou, ainda, pelos extratos juntados, fls. 33, o saque das duas parcelas de R$ 5.000,00.

Caberia aos réus juntarem seus extratos bancários para elidirem a prova produzida pelo autor, ou, em contrapartida, apresentarem contra-prova oral.

Os réus pai e filho agiram conjuntamente na venda do imóvel. As provas documentais e orais são altamente convincentes, fortes no sentido de se admitir que o autor fora vítima de um golpe, de que lhe resultou no prejuízo consignado na inicial.

Quanto aos danos materiais, verifico que o valor apresentado pelo autor é demasiado, considerando que o autor somente residiria no imóvel, após a construção de sua casa, o que demandaria tempo para ser construída. Os danos materiais deverão ser objeto de liquidação de sentença.

Embora o autor pretenda o cumprimento da obrigação de fazer, com a confirmação da tutela antecipada, nota-se que o imóvel encontra-se em nome do pai dos réus.

Verifica-se que foi proferida sentença nos autos 2003.01.1.003630-0 da Vara de Órfãos e Sucessões que reconheceu ao réu LAURO DE NADAI DA SILVA a fração ideal de 25% (vinte e cinco por cento) do referido imóvel.

No tocante ao dano moral, tenho que deva ser fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), uma vez que a atuação dos réus foi apta a desencadear consequências que abalaram profundamente o psique do autor, ferindo-lhe os direitos personalíssimos descritos no art. 11 e seguintes do CCB.

DISPOSITIVO
DIANTE DO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido inicial, nos seguintes termos:
a) CONDENAR os réus ao pagamento de danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) corrigidos e acrescidos de juros de mora a partir da publicação desta sentença.
b) CONDENAR os réus ao pagamento de danos materiais que serão objeto de liquidação do julgado.
c) DECLARAR a existência do contrato de promessa de compra e venda em relação a fração ideal do terreno, tal como descrito na inicial e no recibo, juntado às fls. 25; DECLARAR como efetuado o pagamento de parte do preço, no valor de R$ 100.000 (cem mil reais), conforme prova produzida, nos termos da fundamentação.
d) CONDENAR o réu LAURO DE NADAI DA SILVA à obrigação de fazer, consistente na cessão/transferência dos direitos que lhe foram assegurados na condição de herdeiro necessário, relativos à fração ideal da propriedade descrita.
e) DETERMINAR ao réu a lavratura da escritura pública competente para transferência do imóvel para o autor, no prazo de 30 dias da publicação desta sentença, sob pena de multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso.
Ultrapassado o prazo do item "e" sem o cumprimento da ordem, após intimação pessoal, sem prejuízo da multa, atribuo a presente sentença, com base no art. 466, A, B, C, força de escritura, título translativo do direito, que poderá ser averbada, por mandado deste juízo, dirigido ao Cartório de Registro de Imóveis competente para operar a transcrição do bem imóvel sub judice.
Confirmo a tutela antecipada de imissão da posse do imóvel, o autor deverá complementar, se restar saldo a pagar, o valor integral do preço, corrigido monetariamente, sem juros, tal como descrito no recibo de fls. 25.
Extingo o processo de incidente de falsidade n. 65742-2/2007, por perda do objeto, conforme fundamentação acima exarada. (...)" (fls. 175/178).

Os réus não negam a existência do negócio, mas se insurgem no tocante ao *quantum* recebido pelo autor. Como nenhuma das partes comprovou, satisfatoriamente, suas alegações, coaduno com o entendimento esposado pelo D. Julgador *a quo*, que, analisando as provas documentais apresentadas e os depoimentos prestados, entendeu ter o requerente sido vítima de um golpe por parte dos requeridos.

No tocante aos danos materiais sofridos por Maurício, tenho que não restaram provados.

Alega o apelado que precisou alugar um imóvel, pois teve que vender seu apartamento localizado em Águas Claras para saldar parte da dívida. No entanto, no contrato de locação acostado às fls. 36/39, consta como locatário o Sr. Francisco Castillo Olmedo, pai do recorrido.

Quanto ao pedido de devolução dos valores repassados aos apelantes, tenho que não merece prosperar, pois já foi imitido na posse do imóvel, objeto do presente litígio. Sendo assim, excluo os danos materiais da condenação imposta.

No que concerne aos danos morais, merece reforma a r. sentença.

A jurisprudência desse Tribunal vem entendendo que a simples inexecução contratual não gera, por si só, direito à indenização por danos morais, senão vejamos:

> *"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. PESSOA FÍSICA EMPRESÁRIA QUE DEMANDA EM NOME PRÓPRIO E SOB A DESIGNAÇÃO DE FIRMA INDIVIDUAL. UNICIDADE DE PERSONALIDADE. PERDAS E DANOS. VÍCIO REDIBITÓRIO. AUSÊNCIA DA QUALIDADE DE DESTINATÁRIO FINAL DO PRODUTO. INAPLICABILIDADE DO CDC. ARTIGO 445, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. REJEIÇÃO DA QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO RELATIVA À DECADÊNCIA DO DIREITO DOS AUTORES. COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS, DA CONDUTA CULPOSA E DO LIAME DE CAUSALIDADE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS PROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA.*
> *(...)*
> *4 - Os dissabores experimentados em virtude do descumprimento de cláusulas contratuais não têm o condão de render ensejo à reparação por dano moral. (...)". (Rel. Des. Ângelo Passareli, APC 20030710034243, 4ª Turma Cível, publicado no DJU em 04.10.2007, p. 112).*

> *"CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO. INDEFERIMENTO DE OITIVA TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. DANO MORAL. DESCABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.*

> *(...)*
> *2 - Consoante precedentes do STJ, o mero descumprimento contratual não acarreta indenização por danos morais, uma vez que os aborrecimentos advindos do inadimplemento do contrato constituem natural reação a incômodos que decorrem da vida em sociedade. (...)". (Rel. Des. Otávio Augusto, APC 20050110019505, 6ª Turma Cível, publicado no DJU em 13.09.2007, p. 129).*

Logo, como a parte autora não comprovou nenhum constrangimento de ordem moral à sua imagem, não há que se falar em indenização por danos morais.

No que tange à multa aplicada por dia de atraso na lavratura da escritura pública, tenho que não merece prosperar. Isso porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer o que a lei não determina.

Sendo assim, atribuo à r. sentença, após seu trânsito em julgado, força de escritura, título translativo do direito, que poderá ser averbada, por mandado do juízo *a quo*, dirigido ao Cartório de Registro de Imóveis competente, para operar a transcrição do bem imóvel *sub judice*.

Com base no exposto, NÃO CONHEÇO DO RECURSO interposto por Antão Araújo da Silva e Célia de Nadai Sardenberg, por carência da ação; EXTINGO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO quanto ao co-réu Lauro Oliveira de Nadai da Silva; REJEITO A PRELIMINAR de cerceamento de defesa e DOU PARCIAL PROVIMENTO à Apelação de Lauro de Nadai da Silva, para excluir da condenação o pagamento de danos morais e materiais, bem como para excluir o pagamento da multa diária aplicada, nos termos acima.

É como voto.

Desa. Haydevalda Sampaio (Revisora) - Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos ajuizada por **MAURÍCIO MORALES CASTILLO OLMEDA** em desfavor de **LAURO DE NADAI DA SILVA** e **LAURO OLIVEIRA DE NADAI DA SILVA**, pleiteando expedição de notificação para que seja penhorado o imóvel situado no SMPW, Quadra 15, Conjunto 09, Lote 01, a fim de garantir o pagamento da pleiteada indenização por danos materiais. Alternativamente, requer seja autorizado a ocupar imediatamente o imóvel, bem como que seja transferida a propriedade, deduzindo-se da indenização por danos materiais o valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais). Postula, ainda, indenização por danos morais, a ser arbitrado em dez vezes sobre o valor dos danos materiais.

O MM. Juiz, em uma única sentença, apreciou os processos, tendo julgado parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial para condenar os Réus ao pagamento de danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos

e acrescidos de juros de mora a partir da publicação da sentença, assim como ao pagamento de danos materiais que serão objeto de liquidação do julgado. Declarou a existência do contrato de promessa de compra e venda em relação à fração ideal do terreno, considerando como efetuado o pagamento de parte do preço, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Condenou, ainda, o primeiro Réu à obrigação de fazer, consistente na cessão/transferência dos direitos que lhe foram assegurados na condição de herdeiro necessário, determinando a lavratura de escritura pública competente para transferência do imóvel para o Autor, no prazo de 30 (trinta) dias da publicação da sentença, sob pena de multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso. Confirmou a tutela antecipada de imissão de posse do imóvel.

Em relação ao incidente de falsidade, o extinguiu sem julgamento do mérito, por perda de objeto.

Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, mais custas.

Três recursos de apelação foram interpostos.

O primeiro por Antão Araújo da Silva e Célia de Nadai Sardenberg. Postulam o ingresso no feito como terceiros prejudicados, vez que são proprietários de parte do terreno descrito na inicial.

Ocorre que a ação de intervenção foi extinta, sem julgamento de mérito, tendo o sentenciante consignado que "*os opoentes não tem a pretensão de reivindicar a coisa litigiosa sobre a qual se controvertem os réus, ao contrário, admitem que o Sr. Lauro de Nadai possui 25% (vinte e cinco por cento) da propriedade, como herdeiro necessário. O objeto, portanto, da causa principal está preservado*" (fl. 259).

Conforme Certidão de fl. 260, a referida sentença transitou em julgado.

Rejeitada a possibilidade de ingresso no presente feito, os Apelantes não possuem legitimidade para recorrer.

Assim, não conheço do recurso interposto pelos primeiros Apelantes.

Conheço, entretanto, dos demais recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Alega o segundo Apelante, preliminarmente, cerceamento de defesa, por ter o sentenciante julgado prejudicada a prova pericial requerida, assim como por não ter sido cumprida a ordem judicial de apresentação da procuração mencionada pelo Autor na inicial. No mérito, assevera que as partes celebraram compra e venda de direito a lote em condomínio, nos termos do recibo de fl. 25, sem nenhuma cláusula de multa, sendo improcedente o pedido de reparação de danos. Reconhece apenas o recebimento do valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Diz ter cumprido todas as cláusulas constantes no documento de fl. 25, não havendo que se falar em indenização por dano moral.

O segundo Apelante, de igual forma, interpôs recurso de apelação nos autos do incidente de falsidade em apenso, suscitando preliminar de cerceamento de defesa, ao argumento de que o sentenciante não deveria ter julgado prejudicada a prova documental, mas sim a excluído dos autos. No mérito, alega que o documento de fl. 05 não constitui prova do pagamento de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), eis que duvidosa sua autenticidade. Assevera que por ser documento fotocopiado e não se prestar à realização de perícia, não pode ser valorado pelo magistrado.

Relativamente ao recurso relativo ao incidente de falsidade, importante tecer algumas considerações.

No presente caso, prolatada uma única sentença, cabível um único recurso atinente a todos os feitos. Ocorre que a parte, inobservando a norma processual, interpôs dois recursos referentes aos feitos, o que não se mostra correto.

Esta Egrégia Turma já decidiu que "*prolatada sentença única para os dois feitos, em homenagem ao princípio da singularidade processual, cabível apenas um recurso*" (APC 20060111183194, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJ 04-12-2008, pág. 106).

Subscritas as apelações, como na presente oportunidade, pelo mesmo advogado, dever-se-ia conhecer apenas dos fundamentos de uma delas. Todavia, para evitar prejuízo à parte, por equívoco, aconselhável que se examine, em uma única decisão, as apelações.

Preliminarmente, foram suscitadas questões relativas ao cerceamento de defesa, por ter o sentenciante julgado prejudicada a prova pericial requerida, posto que o documento de fl. 30 deveria ter sido excluído dos autos, assim como não cumprida a ordem judicial de apresentação da procuração mencionada pelo Autor na inicial.

Sem razão o Apelante.

O conteúdo probatório coligido aos autos é suficiente para verificar a presença ou não das supostas irregularidades e abusividades no negócio firmado entre as partes, não havendo necessidade de produzir prova pericial.

Além disso, o Magistrado é o destinatário final da prova, a fim de que possa formar seu convencimento sobre as questões submetidas ao seu crivo, cabendo-lhe indeferir diligências inúteis ou protelatórias, a teor do que dispõe o artigo 130, do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar que o sentenciante consignou, em suas razões de decidir, que "*a validade do recibo como prova, portanto, será objeto do livre convencimento deste juízo, aplicando-se o princípio da persuasão racional em matéria de prova. Os elementos de convencimento serão sopesados e explicitados levando-se em conta principalmente a prova oral produzida*".

Rejeito a preliminar.

Passo ao exame do mérito.

Compulsando os autos, constata-se que as partes firmaram uma cessão de direitos referentes a uma fração do terreno localizado no SMPW, Quadra 15, Conjunto 09, Lote 01, por eles denominada de "lote A", a ser aprovada futuramente pelo Governo do Distrito Federal, pelo valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), na forma descrita no recibo de fl. 25.

O terreno descrito consta na ação de inventário e partilha dos bens deixados por falecimento de Hermenegilda de Nadai da Silva, conforme sentença de fls. 165/169, proferida pelo Juízo da Primeira Vara de Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária de Brasília, a qual estabeleceu que 50% (cinquenta por cento) do imóvel caberia ao viúvo Antão Araújo da Silva, e 25% (vinte e cinco por cento) a cada um dos herdeiros, Lauro de Nadai da Silva e Célia de Nadai Sardenberg.

No que se refere à cessão de direitos hereditários, estabelece o artigo 1.793, do Código Civil, que "*o direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública*".

Verifica-se que o documento de fl. 25 não está revestido das formalidades exigidas pela lei, eis que se trata de documento particular, apenas com firma reconhecida em cartório.

Sendo a cessão de direitos hereditários contrato solene a depender de escritura pública, a ausência de tal formalidade invalida o negócio jurídico entabulado entre as partes, nos termos do disposto nos incisos IV e V, do artigo 166, do Código Civil:

> *"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:*
> *(...)*
> *IV - não revestir a forma prescrita em lei;*
> *V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;"*

Em decorrência dessa nulidade, o Apelado deve ter restituído os valores pagos, de forma a evitar o enriquecimento sem causa.

Restou incontroverso nos autos o pagamento de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Quanto ao valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), tenho que também restou comprovado seu pagamento, com base nos extratos de fls. 31/32, bem como nos depoimentos testemunhais às fls. 53/55, dos autos em apenso. Dessa forma, o valor total a ser restituído ao Apelado é de R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigido monetariamente e acrescido de juros legais, desde o efetivo desembolso.

Cabe ao Apelado, ainda, o levantamento da caução depositada em juízo (fl. 104), no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Relativamente aos pedidos indenizatórios, o que se observa dos autos são apenas consequências típicas de um negócio mal sucedido, as quais tiveram decisivamente a participação das partes para a concretização desses infortúnios.

É que, no momento do ajuste, o Apelado não se cercou das mínimas garantias de quem realiza um negócio de cessão de direitos sobre bem imóvel, contribuindo, de certa forma, para todo o imbróglio formado desde então. Desse modo, ao confiar excessivamente na palavra empenhada pelo segundo Apelante, assumiu o risco de experimentar os aborrecimentos daí resultantes, tal como aconteceu.

Ainda que o Apelante tenha agido de forma dolosa, certo é que houve a colaboração do Apelado, ao atuar com negligência, descuidando-se de verificar se havia irregularidades na negociação. Se não se cercou dessa precaução, assumiu o risco de sofrer as consequências até então noticiadas.

Por essa razão, entendo descabida a pretensão de indenização por danos materiais, eis que é cediço que, para a reparação de dano material, faz-se necessária a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta indevida de terceiro e o prejuízo patrimonial que foi efetivamente suportado pelo requerente.

De igual forma, não há que se falar em indenização por danos morais. A propósito, sobre a inexistência de dano moral, quando há a decretação de nulidade do negócio, por haver a parte contribuído para a ocorrência dos infortúnios advindos do insucesso da avença, trago à colação, aresto proferido por esta Egrégia Corte de Justiça:

> *"DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DOLO DO VENDEDOR. COMPROVAÇÃO. NULIDADE QUE SE IMPÕE. NEGÓCIO. OBJETO. CREDIBILIDADE DUVIDOSA. NEGLIGÊNCIA DO COMPRADOR. EXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.*
> *1. Existente negócio jurídico realizado de forma fraudulenta, com dolo do contratado, comparece iniludível a necessidade de decretação de nulidade do contrato ajustado entre as partes.*
> *2. Se a parte que se diz lesada contribui de forma decisiva para o infortúnio experimentado, por certo que não há que se falar em indenização por danos morais.*
> *3. Recursos desprovidos." (APC 20020110876316, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Mário-Zam Belmiro, DJ 05-06-2007, pág. 138).*

No que pertine à multa imposta, mostra-se incabível, por ausência de previsão legal.

O terceiro Apelante, preliminarmente, também afirma que seu direito de defesa foi cerceado, uma vez que não foi intimado de nenhum ato processual referente ao incidente de falsidade. No mérito, assevera que houve quebra ilegal do seu sigilo bancário. Alega não ter participação na venda, eis que o herdeiro é seu genitor, ora segundo Apelante.

Argumenta que seu direito de defesa foi cerceado, uma vez que não foi intimado de nenhum ato processual referente ao incidente de falsidade.

Entretanto, a ação de incidente de falsidade foi ajuizada por Lauro de Nadai da Silva em desfavor de Maurício Morales Castillo Olmeda, respectivamente, segundo Apelante e Apelado. Dessa forma, não havia necessidade de que o terceiro Apelante fosse intimado dos atos processuais realizados naquele feito.

Quanto à quebra do sigilo bancário não restou comprovada nos autos.

Por mais que se examine os autos, entretanto, não se constata a participação de Lauro Oliveira de Nadai da Silva na transação noticiada nos autos, razão pela qual deve ser excluído do feito, extinguindo-se o processo em relação à sua pessoa.

Ante o exposto, considerando que o negócio jurídico entabulado entre as partes não se reveste da forma prescrita em lei, dou parcial provimento ao recurso interposto por Lauro de Nadai da Silva, para excluir da condenação os danos morais e materiais, bem como a multa diária aplicada. Como houve sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com os honorários de seus respectivos advogados e com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais). Por outro lado, dou provimento ao recurso interposto por Lauro Oliveira de Nadai da Silva, para excluí-lo do feito. Em consequência, condeno o Autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 700,00 (setecentos reais).

É como voto.

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

DECISÃO

Não conhecer do 1º recurso. Dar provimento ao recurso de Lauro Oliveira de Nadai da Silva. Dar parcial provimento ao recurso de Lauro de Nadai da Silva, nos termos do voto do Relator. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011018059-7

Apelante - Mariângela Carvalho Ribeiro
Apelado - Distrito Federal
Relatora - Desa. Haydevalda Sampaio
Quinta Turma Cível

EMENTA

PROFESSORA APOSENTADA DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO DISTRITO FEDERAL - PROVENTOS DE APOSENTADORIA - BANCO DE BRASÍLIA - ALTERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - IMPOSSIBILIDADE.
1 - Havendo consonância entre o artigo 3º da Lei Distrital nº 3.205/03 e a Lei Orgânica do Distrito Federal, não pode o administrador atender solicitações específicas de servidor público aposentado, de forma a violar a norma vigente.
2 - Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Haydevalda Sampaio - Relatora, Lecir Manoel da Luz - Revisor, Dácio Vieira - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romeu Gonzaga Neiva em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2008.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação ordinária proposta por **MARIÂNGELA CARVALHO RIBEIRO** em desfavor do **DISTRITO FEDERAL**, haja vista ter sido indeferido seu pedido administrativo de alteração de instituição bancária para fins de recebimento de proventos de aposentadoria. Diz que a decisão fere o direito à livre concorrência, assim como princípios constitucionais relativos à Administração Pública.

O sentenciante julgou improcedente o pedido deduzido na inicial, ao fundamento de que cabe ao Poder Público agir em conformidade com os ditames da lei, em obediência ao princípio de legalidade. Condenou a Autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), observado o disposto no artigo 12, da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, apelou a Autora. Insurge-se contra a r. sentença, repisando argumentos da peça inicial. Alega que demonstrou não residir em Brasília e que, no local em que reside, não há agências ou caixas eletrônicos do Banco de Brasília - BRB. Invoca princípios constitucionais para embasar sua pretensão. Pede o provimento do recurso para reformar a r. sentença.

Contra-razões às fls. 94/96, pugnando pela manutenção do *decisum*.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Haydevalda Sampaio (Relatora) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **MARIÂNGELA CARVALHO RIBEIRO**, inconformada com a r. sentença de fls. 78/82, nos autos da ação ordinária proposta em desfavor do **DISTRITO FEDERAL**, que julgou improcedente o pedido deduzido na inicial. Custas processuais e honorários advocatícios pela Autora, estes fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), observado o disposto no artigo 12, da Lei nº 1.060/50.

Nas razões recursais, a Apelante alega que a decisão fere o direito à livre concorrência e o Código de Defesa do Consumidor. Afirma que demonstrou não residir em Brasília e que, no local em que reside, não há agências ou caixas eletrônicos do Banco de Brasília - BRB. Invoca princípios constitucionais para embasar sua pretensão.

Razão não lhe assiste.

Da análise dos autos, verifica-se que a Apelante é professora aposentada da rede pública de ensino do Distrito Federal. Conforme documento de fl. 16, requereu a alteração da conta corrente cadastrada para recebimento de seus proventos de aposentadoria, do Banco de Brasília - BRB para o Banco do Brasil S/A, não logrando êxito.

A Lei Distrital nº 3.205/03, em seu artigo 3º, preceitua:

> *"Art. 3º. Os pagamentos das remunerações, de qualquer natureza, devidas pelo Distrito Federal aos servidores da administração direta, aos servidores das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, aos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, bem como aos empregados das demais entidades em que o Distrito Federal, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, serão efetuados pelo Banco de Brasília S/A - BRB".*

O Egrégio Conselho Especial desta Corte de Justiça, questionado sobre a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal, assim decidiu:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA LEI DISTRITAL 3.205, DE 09 DE OUTUBRO DE 2003. COLIDÊNCIA COM A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. VÍCIO MATERIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUPERVENIENTE ALTERAÇÃO DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.*
> *Perde o objeto a ação declaratória de inconstitucionalidade em face de alteração de um dos dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal que serviam de parâmetro de aferição da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado." (ADI 20050020049124, Conselho Especial, Rel. Des. Natanael Caetano, DJ 03-11-2008, pág. 64).*

Cumpre ressaltar que a alteração superveniente ocorreu por força da Emenda à Lei Orgânica nº 51/08, que fez constar na Lei Orgânica do Distrito Federal redação com o mesmo teor do artigo 3º, da Lei Distrital nº 3.205/03.

Sendo assim, não declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal, verifica-se que o Apelado limitou-se a aplicar a legislação distrital em vigor, ao indeferir o pedido administrativo da Apelante, em consonância com o princípio da legalidade.

A propósito, com muita propriedade, salientou o sentenciante, cujas razões de decidir transcrevo e adoto:

> *"Em que pese as fundamentações expostas pela demandante e o fato de que o Banco do Brasil, eventualmente, possa melhor atender suas necessidades pessoais, os atos da Administração Pública encontram-se estritamente vinculados às normas legais. Não cabe ao Administrador desincumbir-se de suas atribuições legais para atender as solicitações específicas de servidor público aposentado.*
> *(...)*
> *Em suma, a Administração Pública, ao indeferir o requerimento para que os proventos de aposentadoria da demandante fossem depositados em banco diverso, pautou-se pelo pleno atendimento às normas que regem a matéria."*

Nesse mesmo sentido, esta Egrégia Corte de Justiça já decidiu: *"Os atos praticados pelo Administrador Público estão vinculados à ordem legal, sob pena deles serem*

considerados nulos, defeituosos, eivados de ilegalidades. Dessa forma, o motivo, a forma e a finalidade dos atos sempre devem respaldar-se no princípio da legalidade, para então sim, em não havendo óbice legal, serem considerados legítimos." (RMO 20070110882483, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Flávio Rostirola, DJ 28-10-2008, pág. 59).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho incólume a r. sentença.

É como voto.

Des. Lecir Manoel da Luz (Revisor) - Presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de apelação cível interposta por MARIÂNGELA CARVALHO RIBEIRO, impugnando a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Segunda Vara de Fazenda Pública, que julgou improcedente o pedido que os depósitos mensais do valor de sua aposentadoria não fossem efetuados em conta corrente do BRB, solicitando que esses fossem realizados no Banco do Brasil S.A.

Em suas razões, a apelante insiste nos argumentos expostos na petição inicial de que é inadmissível, face ao Código de Defesa do Consumidor, a imposição de um prestador de serviço.

Nesse passo, afirma que a concessão dessa benesse ao BRB fere o princípio da impessoalidade, da moralidade, e da razoabilidade, que devem nortear os atos administrativos.

Finalmente, requer o provimento do recurso, reformando a r. sentença monocrática para julgar-se procedente o pedido inicial.

Com efeito, razão não assiste ao recorrente.

Verdadeiramente, a imposição da instituição bancária para o pagamento dos proventos de aposentadoria a servidor público da Administração Pública encontra amparo na legislação vigente.

Nesse passo, verifico que a r. sentença bem apreciou a questão, senão vejamos:

> *"Uma vez submetido a ditames do ordenamento, em atendimento ao princípio da legalidade, somente cabe ao Poder Público agir em conformidade com a lei. No caso concreto, a lei Distrital nº 3.205/2003 estabelece:*
> *Art. 3º Os pagamentos das remunerações, de qualquer natureza, devidas pelo Distrito Federal aos servidores da administração direta, aos servidores das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público agir em conformidade com a lei. No caso concreto, a Lei Distrital nº 3.205/2003 estabelece:*

Parágrafo único. As disposições do caput *se aplicam inclusive para os pagamentos dos servidores cujas remunerações sejam custeadas por recursos oriundos de repasses feitos pela União.*
Outrossim, toda a receita que compõe o Tesouro do Distrito Federal deverá, obrigatoriamente, ser movimentada pelo banco oficial, no caso o Banco de Brasília S.A. Nesse sentido, ressalte-se o teor dão enunciado da Lei Orgânica do DF, in verbis*:*
Art. 144. A arrecadação de todas e quaisquer receitas de competência do Distrito Federal far-se-á na forma disciplinada pelo Poder Executivo, devendo seu produto ser obrigatoriamente recolhido ao Banco de Brasília S.A., à conta do Tesouro do Distrito Federal."

Frente às razões supra, nego provimento ao recurso.
É como voto.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011122085-2

Apelante - A.A. de S.
Apelada - D.M.A. de S.
Relatora - Desa. Carmelita Brasil
Segunda Turma Cível

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. SAQUES REALIZADOS EM CONTA CONJUNTA DO TIPO E/OU PELO CÔNJUGE VIRAGO. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO. AUTONOMIA E LIVRE MOVIMENTAÇÃO DA CONTA CORRENTE. IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO.

Ao contratar a conta corrente conjunta na modalidade fragmentária solidária (E/OU), o autor autorizou a movimentação da quantia depositada pela segunda titular, ora recorrida, sem qualquer necessidade de anuência, ainda que os valores disponíveis tivessem origem unicamente nos rendimentos do autor.

A solidariedade das contas conjuntas, na modalidade em que foi contratada pelas partes, é ativa, e cada um dos correntistas pode movimentá-la livremente, não havendo justa causa para a reparação pleiteada.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Carmelita Brasil - Relatora, Waldir Leôncio Júnior - Revisor, Teófilo Caetano - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Carmelita Brasil, em proferir a seguinte decisão: negar provimento, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de março de 2009.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório da ilustrada sentença proferida às fls. 164/170, que transcrevo, *in verbis*:

"Cuida-se de ação de indenização proposta por A.A. de S. em desfavor de D.M.A. de S., partes devidamente qualificadas nos autos.
Alega o autor ser casado com a ré pelo regime de separação total de bens desde 10/6/1991, vez que ainda se acha em curso processo de separação judicial litigiosa (Processo nº 67189-0/2007, 3ª Vara de Família de Brasília/DF).
Diz que, a partir de 2004, perdeu a sua mobilidade e teve de se locomover por cadeira de rodas. Daí em diante, toda a sua movimentação financeira teria passado a ser realizada pela ré, com quem mantinha conta conjunta no Banco Itaú S/A (Agência 4454, Conta nº 00013-6).
Ocorre que, segundo o autor, a ré teria realizado desvios de valores sem a autorização do autor, o que alcançaria o montante de R$202.700,00 (duzentos e dois mil e setecentos reais), cuja restituição se pleiteia.
Ressalta que, a despeito da natureza conjunta da conta bancária aludida, a ré nunca lhe aportou quaisquer recursos.
Diz ainda que, no período entre 2004 e 2007, a conta corrente recebeu depósitos que, em parte, se referem a herança recebida pelo autor, por ocasião do falecimento de seu irmão T.A. de A., que corresponderiam ao montante de R$361.715,16 (trezentos e sessenta e um mil e setecentos e quinze reais).
Inicial instruída com os documentos de fls. 6/54.
A resposta da ré, sob a forma de contestação, veio às fls. 60/68. Sustenta a demandada, em preliminar, que o autor está acometido de depressão grave, demência mental, mal de Alzheimer, e, por conseguinte, tem comprometido o seu estado cognitivo. Assim, conclui que a narrativa constante da exordial não poderia ter sido realizada pelo autor. Logo, cuidando-se de ação de caráter personalíssimo, impor-se-ia a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do Artigo 267, inciso VI, do CPC.
No mérito, alega que o autor estava lúcido quando das movimentações bancárias realizadas e da emissão dos cheques pela ré. Diz que conversava com o autor sobre as aplicações, sendo que esse ainda lhe teria nomeado administradora dos fundos investidos no Banco Itaú.
Afirma que exerceu tal função até março/abril de 2007, quando foi substituída pelo filho do autor, A.A. de S.J.. Diz que, se houvesse qualquer desacordo com o autor, à época, esse bem poderia ter cancelado a conta conjunta, o que não aconteceu, revelando-se a confiança que tinha na ré.

A contestação foi instruída com os documentos de fls. 70/77.
Réplica às fls. 80/81.
Alegações finais da ré às fls. 150/153 e do autor às fls. 159/161."

Acrescento que o pedido foi julgado improcedente, extinguindo-se o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Fundamentou-se, a r. sentença, na solidariedade ativa dos titulares da conta corrente na gestão dos recursos nela depositados, não havendo falar-se em reparação de danos materiais em razão de saques efetuados por um dos correntistas.

Deixou assentado, o MM. Juízo sentenciante, que sendo a conta corrente conjunta do tipo disjuntiva (conta conjunta E/OU), significa que ambos os co-titulares poderiam atuar de forma ampla, individualizada e autônoma, sem qualquer necessidade de anuência um do outro.

Em razão da sucumbência experimentada, o autor foi condenado a arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$500,00 (quinhentos reais), com base na regra do art. 20, §4º do CPC.

Irresignado, o autor interpôs apelação às fls. 176/182 sustentando que resta comprovado nos autos que a ré, abusando do seu direito, e abandonando a boa fé objetiva e a probidade no cumprimento de seu dever conjugal, desviou recursos exclusivos do Apelante para aquisição de veículo e suplemento de caixa de suas empresas, violando, assim, as normas dos artigos 186, 187, 927, 1.566 e 422, todos do Código Civil.

Assevera que o desvio de recursos da conta bancária foi realizado com abuso de confiança, não se desincumbindo, a ré, do ônus da impugnação específica no que tange à propriedade exclusiva do autor sobre os valores depositados na conta corrente.

Aduz, o apelante, que a condenação da ré ao pagamento da quantia especificada na exordial é medida que se impõe, sob pena de autorizar-se o enriquecimento sem causa da recorrida.

Esclarece que a presente demanda tem como objetivo a reparação civil dos danos materiais causados pela ré ao autor, e não a prestação de contas relativas à movimentação da conta corrente conjunta.

Afirma que a contratação da conta conjunta se deu em razão da perda de mobilidade, para facilitar a administração dos recursos do autor, o qual se trata de pessoa idosa e com saúde delicada, não havendo falar-se em qualquer tipo de co-propriedade ou comunhão entre as partes, motivo pelo qual é devido o pleiteado ressarcimento.

Colaciona precedente jurisprudencial que entende abonador da tese sustentada.

Repisa a tese de ocorrência de enriquecimento sem causa, ressaltando que não foi demonstrada a utilização dos recursos sacados pela ré em benefício do casal.

Sustenta, o recorrente, que a responsabilidade solidária, em se tratando de contas correntes conjuntas, vincula os correntistas apenas perante o estabelecimento bancário, sendo que entre os co-proprietários, deve prevalecer a regra dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Deduz ilações sobre o abuso de direito e sobre o princípio da boa-fé objetiva, asseverando que o titular de direito deve observar o uso de suas prerrogativas par que não se desvie e resulte em objetos ilícitos e indesejáveis dentro do contexto social.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a r. sentença guerreada, e o pedido julgado procedente para condenar a ré a reparar o dano material causado ao autor em virtude dos saques efetuados na conta conjunta do casal.

Em contra-razões apresentadas às fls. 197/203, a apelada requer a manutenção da r. sentença vergastada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Preparo comprovado (fl. 182).

É o relatório.

VOTOS

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

Cuida-se de apelação interposta por A.A. de S. objetivando a reforma da r. sentença que, nos autos da ação de reparação de danos materiais ajuizada em face de D.M.A. de S., julgou improcedente o pedido, e condenou o autor ao pagamento dos consectários da sucumbência.

O tema central do apelo gravita em torno da verificação da legalidade dos saques efetuados pela ré na conta conjunta contratada pelo casal junto ao Banco Itaú, no período compreendido entre 04.06.2004 e 02.04.2007, cujos valores remontavam à época em que formulada a inicial, R$ 202.700,00 (duzentos e dois mil e setecentos reais).

Segundo a tese sufragada no apelo, ainda que se trate de conta corrente conjunta, é incontroverso que os valores nela depositados pertenciam única e exclusivamente ao autor, sendo que a opção de autorizar a movimentação financeira de ambos os litigantes se deu em razão da dificuldade de se locomover, que se abateu sobre o autor a partir do ano de 2001.

A documentação acostada aos autos revela que a conta corrente conjunta contratada pelos demandantes se deu na modalidade E/OU, na qual, segundo cláusula nº 12, alínea "a" do contrato cuja cópia encontra-se colacionada às fls. 132/147, a movimentação poderia ser feita individualmente, ficando cada um dos clientes titulares solidariamente responsável pelas obrigações dela decorrentes.

Para o Desembargador Arnaldo Rizzardo, as contas conjuntas são aquelas que "*estão em nome de duas ou mais pessoas, às quais compete a livre movimentação. Todavia, a autorização para os saques e depósitos varia. De acordo com o estipulado, ou exige-se a assinatura de todos os titulares, ou de qualquer um indistintamente, ou de pessoas especificadas.*"[1]

Na lição de J. A. Penalva Santos, o contrato de conta corrente bancária "*é aquele em virtude do qual o banco se obriga a receber os valores que lhe são remetidos pelo correntista ou por terceiro, bem como a cumprir ordens de pagamento do cliente até o limite de dinheiro nela depositado ou do crédito que se haja estipulado*"[2].
Sobre as espécies de conta corrente conjunta, o autor descreve:

> *1 - Conta conjunta simples ("e"): os dois correntistas movimentam a conta em conjunto, salvo estipulação em contrário. Por essa estipulação podem os correntistas convencionar a movimentação da conta por todos, por alguns, sem mencionar qual deles, ou por um só dos correntistas.*
> *2 - Conta conjunta fragmentária ("ou"): cada correntista conjunto pode movimentar individualmente a conta: o correntista pode sacar até certo limite, acima do qual é necessário o consentimento do outro correntista; ou sem limite, até encerrá-la.*
> *3 - Conta conjunta fragmentária, solidária, em que cada correntista pode utilizar todo o saldo, ao movimentar a conta corrente ("e/ou"): tem esse tipo de conta uma característica especial, que é a solidariedade, disciplinada nos arts. 264 e 285 do CC, com solidariedade ativa (pela qual cada credor pode exigir toda a dívida) e ao mesmo tempo passivo, em que o banco se libera pelo pagamento a um só credor, esgotando a conta (art. 269 do CC). Também pela solidariedade passiva tem o banco o direito de receber de qualquer dos correntistas as comissões pelos serviços prestados.*

Verifica-se, portanto, que ao contratar a conta corrente conjunta na modalidade fragmentária solidária (E/OU), o autor autorizou a movimentação da quantia depositada pela segunda titular, ora recorrida, sem qualquer necessidade de anuência, ainda que os valores disponíveis tivessem origem unicamente nos rendimentos do autor.

A solidariedade das contas conjuntas, na modalidade em que foi contratada pelas partes, é ativa, e cada um dos correntistas pode movimentá-la

livremente. A questão dos valores terem sido revertidos, em tese, em proveito exclusivo da ré, não faz presumir que houve enriquecimento sem causa como quer fazer crer o autor.

A autorização expressa do apelante registrada no contrato de abertura de conta conjunta, para que a esposa efetuasse qualquer operação na conta corrente, diante de sua dificuldade de locomoção, revela que havia acordo entre eles para a destinação de qualquer valor sacado, independentemente de sua origem ou do regime de bens escolhido quando da celebração do casamento.

A tese sustentada pelo autor, segundo a qual a ausência de comprovação quanto à destinação em benefício da entidade familiar dos valores sacados, resultou em enriquecimento sem causa, não merece prosperar, uma vez que é própria da natureza da conta conjunta *fragmentária solidária,* a livre movimentação dos recursos, sem a necessidade de prestação de contas.

O precedente jurisprudencial colacionado pelo autor no bojo da peça recursal não se amolda ao caso em comento, haja vista se tratar de caso em que houve saque da conta conjunta por um dos cônjuges após a separação.

Na mesma esteira, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, o qual se resume em um limitador do princípio da autonomia da vontade, não resulta automaticamente na condenação da ré à devolução de valores os quais possuía autorização expressa para movimentar livremente.

Tal como asseverado pelo d. magistrado sentenciante *"não se pode acolher o pedido formulado pelo autor, porquanto fere o princípio da boa-fé objetiva e da vedação do comportamento contraditório tolerar que, após ter autorizado ou consentido que a ré gerisse com iguais poderes e de forma independente e autônoma a conta-corrente conjunta, venha o autor em juízo pretender a anulação dos atos praticados pela ré e consentidos pelo autor."*

Com efeito, a contratação de conta corrente conjunta do tipo E/OU, bem como a inexistência de impeditivo para a realização de saques, obstam o acolhimento do pleito reparatório.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, mantendo incólume a r. sentença hostilizada.

É como voto.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Revisor) - Eminente Presidente, nas anotações que fiz por ocasião da revisão, também entendi que a respeitável sentença não merece reparos. Assim, acompanho a eminente Desembargadora Relatora, conheço e nego provimento ao recurso.

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

DECISÃO

Negar provimento, unânime.

Notas

[1] *Rizzardo, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. Editora Revista dos Tribunais. 4ª edição. São Paulo. 1999.*

[2] *Penalva, Joaquim Antônio de Vizeu. Os contratos mercantis à luz do Código Civil. Malheiros. São Paulo. 2006.*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011135114-0

Apelante - Distrito Federal
Apelado - Ernesto Gomes Caruso
Relator - Des. Dácio Vieira
Quinta Turma Cível

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EXECUÇÃO DE DÍVIDA INEXISTENTE - CULPA EVIDENCIADA - FIXAÇÃO DO DANO MORAL - RAZOABILIDADE.
- O CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DE CITAÇÃO PARA EXECUÇÃO DE DÍVIDA PAGA CONSTITUI, POR SI SÓ, CAUSA BASTANTE PARA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
- O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVE SE PAUTAR PELO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE, OBSERVADAS A POSIÇÃO SOCIAL E A CAPACIDADE ECONÔMICA DAS PARTES ENVOLVIDAS, SOB PENA DE PROPICIAR O ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DO OFENDIDO OU O ESTÍMULO À PRÁTICA DE NOVA CONDUTA IRREGULAR POR PARTE DO OFENSOR.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Dácio Vieira - Relator, Romeu Gonzaga Neiva - Revisor, Haydevalda Sampaio - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romeu Gonzaga Neiva, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Dar parcial provimento unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte o constante da sentença de fls. 132/136, que agora leio, *verbis*:

"ERNESTO GOMES CARUSO, qualificado na inicial, ingressou com ação de conhecimento pelo rito comum ordinário em face do DISTRITO FEDERAL, no escopo de obter condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe equivalente a 60 (sessenta) salários mínimos. Em abono à formulação em apreço, o autor afirma que aos 13.03.2001 o réu, indevidamente, ajuizou Ação de Execução Fiscal contra sua pessoa, por suposta existência de débito de IPVA pertinente ao ano de 1996, no valor de R$ 398,39 (trezentos e noventa e oito reais e trinta e nove centavos), pertinente ao veículo de placa BS 9859. Reconhece que já foi proprietário do veículo, mas no ano de 1992 mudou-se para a cidade do Rio de Janeiro, onde o veículo foi licenciado e obteve nova placa. Discorre sobre a surpresa e constrangimento que passou quando soube do ajuizamento de Ação de Execução Fiscal contra sua pessoa, mormente pelo fato de ocupar o cargo de Coronel do Exército. Diz que foi procurado pelo Chefe de Portaria do condomínio onde reside, o qual lhe informou sobre a presença de Oficial de Justiça à sua procura e no escopo de executar a cobrança de uma dívida e no intento de providenciar penhora de bens de sua propriedade. E ainda, que outras diligências foram feitas em local diverso de sua residência, tornando pública a "pecha de mau pagador" imposta injustamente. Que no endereço primitivo residem outros militares, o que o colocou em situação ainda mais constrangedora. Noticia o reconhecimento do erro por parte do réu após oposta exceção de pré-executividade nos autos daquele processo. Discorre sobre o conceito de dano moral e ilicitude da conduta do réu. Alude ao artigo 22, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 186, do Código Civil. Carreia farta jurisprudência e roga pela procedência do pedido. Petição inicial e documentos que a acompanham constituem fls. 16/93. Emenda à petição inicial quanto ao pedido e valor da causa, nos termos de fl. 99. Citado regularmente, o DISTRITO FEDERAL ofertou contestação e documentos de fls. 107/116. Diz que a inscrição não foi indevida, pois o autor não comunicou à Secretaria de Fazenda do Distrito Federal a transferência do veículo para outra unidade federada. Que mesmo tendo procurado o DETRAN/RJ, tal medida não se revelou suficiente, pois, em 1992 os DETRANs não possuíam sistema integrado, fazendo com que o veículo permanecesse no cadastro da Secretaria da Fazenda. Atribui ao autor a culpa exclusiva pela inscrição indevida, rompendo assim o nexo de causalidade. Alude a orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Impugna o montante

> *postulado o finaliza deduzindo pela improcedência do pedido. Réplica às fls. 120/126. Instados a especificarem suas provas, as partes nada postularam."*

Acrescento que o juiz sentenciante julgou procedente os pedidos do autor para condenar o réu ao pagamento da quantia de R$ 8.000,00(oito mil reais), a título de indenização por danos morais, custas e honorários advocatícios, fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Irresignado, apela o Distrito Federal, às fls. 139/150 ao argumento de que "*ao contrário do que consignado na sentença, o deferimento da transferência do veículo junto ao DETRAN do Rio de Janeiro NÃO pressupões a inexistência desse mesmo cadastro no DETRAN*", bem como que "*a simples presença de um oficial de justiça na procura de alguém não denota a impressão de ser essa pessoa um mau pagador*"ressaltando que, "*a circunstância de o autor ter respondido a uma execução fiscal não enseja a caracterização de danos morais, até porque o Distrito Federal, ao propor a execução, atuou no exercício regular de um direito, pouco importando o desfecho da ação*". Alega outrossim, "*que afigura-se exarcebado o valor deferido de R$ 8.000,00(oito mil anos)*." Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Dácio Vieira (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos, bem como da remessa oficial.

Trata-se de ação indenizatória por danos morais, ajuizada por Ernesto Gomes Caruso contra o Distrito Federal, decorrente do ajuizamento de execução fiscal para cobrança de imposto inexistente.

O pleito do autor foi acolhido, com esta fundamentação (fls. 132/137), *verbis*:

> *"O autor atribui ao réu os danos morais que alega ter sofrido em razão de inscrição indevida de seu nome em dívida ativa, pertinente a débito de IPVA, exercício 1996, transferido para o Estado do Rio de Janeiro desde o ano de 1992. Em contrapartida, o réu realça culpa exclusiva do autor, haja vista ausência de comunicação quanto à transferência à Secretaria de Fazenda. Nesse contexto, conquanto não se resuma a demanda a matéria unicamente de direito, comporta julgamento antecipado, pois o acervo probatório carreado mostra-se suficiente a amparar a convicção desta magistrada, aliado à satisfação das partes com o mesmo, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Pro-*

cesso Civil. O tema não comporta maiores delongas, pois a moldura fática restou confessada pelo DISTRITO FEDERAL ao afirmar que "... em momento algum, o autor comunicou à Secretaria de Fazenda do Distrito Federal a transferência de seu veículo a outra Unidade Federada, tampouco o fez ao DETRAN distrital... É certo que, no mesmo ano da transferência, procurou o DETRAN do Rio de Janeiro. Porém, essa medida não se revelou suficiente, porquanto, à época da transferência - 1992 , os DETRANS do Brasil não possuíam sistema integrado... Isso fez com que o veículo do Autor continuasse a constar no cadastro da Secretaria de Fazenda, o que deu ensejo, por conseguinte à cobrança de IPVA, dada a aparente existência de fato gerador.", fl. 109. Ora, de todo pertinente realçar que, indiscutivelmente, o simples pedido e consequente deferimento da transferência do cadastro do veículo junto ao Detran/RJ, isto em 1992, pressupõe a inexistência desse mesmo cadastro no Detran/DF, não mais subsistindo qualquer razão para lançamento e inscrição de dívida de IPVA pertinente ao exercício de 1996. Portanto, não se cogita, como quer entender o réu, na obrigação do autor quanto à comunicação de transferência junto à Secretaria de Fazenda. Também é incontroverso que a omissão do Poder Público em providenciar a baixa rendeu ensejo à suposta situação de inadimplência do autor e consequente ajuizamento de ação de execução, conforme se denota de fl. 119. Até que se poderia admitir como transtorno comum, como quer entender o réu, acaso providenciada a correção a tempo de evitar consequência maior, como no caso vertente. Contudo, a inexistência do débito só foi reconhecida depois de ajuizada ação de execução. A despeito da inexistência de inclusão do nome do autor no SERASA, não há dúvidas de que a conduta do réu causou ao demandante evidentes danos, com desgastes de ordem emocional, tempo e diligências a fim de resolver a situação. A isso se agrega inevitável abalo ao patrimônio moral emergente da inscrição do débito em dívida ativa, mormente por se tratar de pessoa ocupante do cargo de Coronel do Exército. Sobreleva aqui realçar que antes de expedida a carta precatória, o mandado de citação foi endereçado à antiga residência do autor nesta capital federal e, lá, o Sr. Meirinho recebeu informação de que o mesmo ali não mais residia. Logo, indiscutivelmente, o fato veio a conhecimento de terceiros, presume-se a ofensa à sua dignidade. O dano moral deve pautar-se no princípio da lógica do razoável, reputando-se como dano moral a dor, o vexame, sofrimento e humilhação que fugindo à normalidade, interfira intensamente no

comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada (APC 8.215/95, 2ª Câmara Cível do TJRJ). Efetivamente é o que se verifica no caso vertente, posto que impôs ao autor verdadeira maratona no escopo de ver seu nome excluído do cadastro fiscal, chegando inclusive a nomear advogado, o qual manejou objeção de não executividade, resultando no cancelamento do débito, fls. 40/44 e 66/68. De outra parte, a indenização a título de danos morais não deve constituir em condenável e repudiado enriquecimento sem causa da vítima, em equivocada concepção. Deve-se guardar certa razoabilidade entre o dano causado e a finalidade pedagógica inserida na medida, não como mera punição. Bem é verdade que a ilicitude em seara cível não se reveste da mesma natureza da criminal, aqui abarcando conceito mais elástico, comportando a hipótese de erro ou falha incorridos por agentes administrativos, a exemplo do sucedido. Assim, deve ser tomado por referencial não o montante, mas a ofensa à dignidade produzida. Por isso, e tendo em consideração a patente ocupada pelo autor, fazendo com que o acontecido tenha maior repercussão, tenho por prudente fixar o quantum *indenizatório em R$ 8.000,00 (oito mil reais). Ante o exposto, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido para condenar o réu a pagar ao autor a importância arbitrada em R$ 8.000,00 (oito mil reais), a título de indenização por danos morais, com incidência de juros legais no percentual de 1% (um por cento) e atualização monetária, a contar da data desta sentença."*

Em que pese a argumentação desenvolvida pelo recorrente nesta fase recursal, a meu ver, não merece reforma a decisão recorrida.

Restou demonstrado nos autos que a inclusão do nome do autor na dívida ativa decorreu claramente, da incúria da Fazenda Pública, pois, através de execução fiscal, procedeu à cobrança de valores indevidos, não se certificando acerca da real existência do débito, nem tampouco, quanto aos dados cadastrais do veículo o que veio a ocasionar ao autor os constrangimentos descritos na exordial.

Sem razão, dessarte, o DISTRITO FEDERAL, quando pretende eximir-se do dever de indenizar os danos morais experimentados pelo autor, em razão do ajuizamento de execução fiscal tendo por objeto dívida inexistente.

Como se vê, em que pesem os aspectos salientados na decisão monocrática quanto à ocorrência do dano moral, presentes mostram-se, *in casu*, os requisitos

ensejadores da responsabilidade civil do Estado, bastando considerar que o autor já havia transferido o veículo para o DETRAN/RJ, tanto é assim que, o Distrito Federal formulou pedido de desistência do processo de execução fiscal. Entretanto, o reconhecimento tardio do réu, fez com que o autor se submetesse a vexames, constrangimentos, gerando para o Distrito Federal, pelo inusitado proceder, a obrigação de indenizá-lo, como forma de amenizar a humilhação imposta, uma situação vexatória, ultrajante, de todo desmerecida.

É inegável que o ajuizamento de execução fiscal causa prejuízos de ordem moral àquele que, mesmo tendo cumprido devidamente sua obrigação, tem o seu nome inscrito na dívida ativa, por falhas administrativas.

Registre-se que quanto ao tema a provecta Corte Superior de Justiça assim entendeu, *verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 83/STJ. INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada em desfavor da União, com fulcro nos artigos 37, § 6º da CF, em face da indevida inscrição do nome do autor na dívida ativa, em cujo bojo restou reconhecida a conduta indevida da Administração Tributária, insindicável nesta Corte (Súmula 07/STJ).2. O ajuizamento indevido de execução fiscal poderá justificar o pedido de ressarcimento de danos morais, quando ficar provado ter ocorrido abalo moral. Precedentes: REsp 773.470/PR, DJ 02.03.2007; 3.(...). 4. Inequívoca a responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional e à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, bem como escorreita a imputação dos danos morais, nos termos assentados pela Corte de origem, verbis: (...) Verificado que contra o autor foi movida ação de execução fiscal para a cobrança do crédito tributário correspondente, em razão da indevida inscrição do seu nome em Dívida ativa, não há como desconsiderar a participação da União no dano causado ao demandante. No caso presente, o autor sofreu não só constrangimento, mas indignação e revolta ante o fato de ter sido processado por inscrição indevida de débito na Dívida ativa. Entendendo-se que ficou caracterizada a responsabilidade civil da União pelos danos morais causados ao autor, há de se verificar como pode ser compensado pelo fato (REsp 904.330/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008)*

Ainda neste sentido:

> *REsp 773.470/PR, DJ 02.03.2007, REsp 974.719/SC, DJ 05.11.2007; REsp 103.4434/MA, DJ 04.06.2008.*

Portanto, a meu ver, restaram suficientemente provados nos autos, de forma evidente, os elementos configuradores da responsabilidade civil objetiva, a saber: "*a materialidade em face ao dano causado, a conduta culposa do preposto da ré e a demonstração do nexo de causalidade*" *(APC nº 47228/97, Reg. do Ac. nº 114.775, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Dácio Vieira, DJU 23/06/99, pág. 63)*.

A propósito, trago à colação o entendimento pretoriano, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, acerca da matéria:

> *"(...) A teoria do risco administrativo requer apenas a prova do dano e o nexo causal para ensejar à administração a obrigação de reparar o dano." (Resp 184.076-RN, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 01/02/99, pág. 127)*

De inteira pertinência, ainda, o aresto proveniente de julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação:

> ***"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO (...). CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, § 6º.*** *I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público (...), responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e ação administrativa". (RE 178806/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30/06/1995, pág. 20485)*

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, 1999, págs. 811/812 e 817, preleciona, *verbis*:

> *"Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.*
> *(...)*

> *É verdade que em muitos casos a conduta estatal geradora do dano não haverá sido legítima, mas, pelo contrário, ilegítima. Sem embargo, não haverá razão, ainda aqui, para variar as condições de engajamento da responsabilidade estatal. Deveras, se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, a fortiori deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão injurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante.* ***Relevante é a perda da situação juridicamente protegida.*** *" - g.n.*

De outro lado, quanto à quantia estipulada para o dano moral, a meu ver, mostra-se excessivo o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) definido no *decisum* para a indenização, pois "*na fixação do* **quantum** *correspondente ao dano moral, decorrente de registro indevido em órgão de proteção ao crédito, negativando o nome do ofendido, o julgador deve pautar-se atento ao princípio da razoabilidade, em face da natureza compensatória, satisfativa - não de equivalência - da indenização" (APC 25065-6/98, Reg. do Ac. 151872, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Dácio Vieira, DJU 04/04/2002, pág. 38)*.

Anoto ainda, quanto à fixação do valor da verba indenizatória por danos morais, a orientação emanada da Corte Superior de Justiça:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO IRREGULAR. SPC E SERASA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VALOR RAZOÁVEL. CASO CONCRETO. (...). I - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte empresarial das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato." (REsp 245727/SE, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05/06/2000, pág. 174)*.

Assim, atento ao princípio da razoabilidade, importa reduzir o *quantum* fixado, estabelecendo-o no patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Cumpre levar em conta, em face da pretensão do autor, que o dano moral traz implícito o caráter nitidamente satisfatório para a parte ofendida, em razão do inusitado procedimento da Fazenda Pública que veio a causar-lhe aflição, angústia, constrangimento, trazendo desequilíbrio em seu bem estar, como consta do *decisum*, não ocorrendo, assim, a hipótese de um mero dissabor (fls.132/137).

Diante do exposto,dou parcial provimento ao recurso, tão-somente para reduzir o valor da indenização para o patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantendo íntegra a sentença guerreada.

É como voto.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Revisor) - Cabível e tempestivo conheço do recurso.

Como visto do relatório, insurge-se o Distrito Federal contra a r. sentença que julgou procedente pedido de indenização, condenando-o ao pagamento de danos morais, fixados em R$ 8.000,00 e ônus da sucumbência.

O Recorrente, sob o argumento de que o ajuizamento da execução fiscal não enseja caracterização de danos morais, bem como de que os fatos narrados, igualmente não se mostram hábeis a causar danos indenizáveis, postula a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, ou, alternativamente, a redução do valor fixado pelo juízo singular.

De se ressaltar, inicialmente, que a hipótese enquadra-se na responsabilidade objetiva, uma vez que a conduta do Estado foi comissiva, ou seja, efetuou a cobrança de um tributo que não era devido por meio de ajuizamento de execução fiscal.

Assim, não há dúvida que o indevido ajuizamento de execução fiscal causou transtorno na vida do executado, que, além do constrangimento, sofreu transtorno e dissabor, quando se viu obrigado a contratar advogado para formular sua defesa.

Resta, pois, a análise do valor fixado pela sentença hostilizada que, a meu ver, está a merecer reparos.

Sobre o tema, tenho afirmado reiteradamente que o valor não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório. Também, nesse sentido, julgados da Superior Corte de Justiça. Confira-se:

> *"O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e*

pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso." (STJ - RESP nº 173.366/SP - 4ª Turma, Rel. Min. Sávio Figueiredo Teixeira - DJU 3/5/1999)

No caso dos autos, tenho que o valor foi arbitrado de forma excessiva, porque fora dos parâmetros adotados por esta egrégia Turma Julgadora.

Pelo exposto, e de acordo com precedentes de minha relatoria em casos análogos, dou parcial provimento ao recurso para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantendo, quanto ao mais, a doutra sentença impugnada.

É como voto.

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Dar parcial provimento unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011029884-9

Apelantes - M.A.S. e outra
Apelado - Não há
Relatora - Desa. Vera Andrighi
Primeira Turma Cível

EMENTA

AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE REGIME DE BENS. CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. NÃO-APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE 2002.

I - Os autores contraíram matrimônio sob a égide do Código Civil de 1916, quando convencionaram o regime de comunhão de bens. Postulam a modificação para o regime de separação de bens, motivados pelo fato de que, surgida prole em comum, os filhos do varão de casamento anterior não devem ser beneficiados pelas economias e patrimônio constituídos pela atual cônjuge-virago.

II - O ato jurídico perfeito (casamento) se consolida de acordo com a regra vigente (CC/16) ao tempo de sua constituição, segundo a qual, o regime de bens era imutável. O art. 1.639, § 2º, do CC/02, portanto, somente se aplica aos casamentos realizados sob a égide desse Código.

III - O art. 2.039 do CC/02 é expresso quanto à subsistência do regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916.

IV - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi - Relatora, Lécio Resende - Revisor e Natanael Caetano - Vogal, sob a presidência da Desembargadora Vera Andrighi, em conhecer e improver, maioria, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 5 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da r. sentença (fls. 84/6), o qual transcrevo, *in verbis*:

> *"M.A.S. e M.A.M.S.S. ajuizaram pedido, visando à alteração do regime de bens sob o qual celebrado o casamento de comunhão parcial de bens para separação total de bens.*
> *Alegaram que, no momento da celebração do casamento, não possuíam filhos, mas que agora têm prole comum e não se mostra justo que os filhos do varão, anteriores ao casamento, sejam beneficiados com as economias e o patrimônio constituído pelo cônjuge virago.*
> *Ademais, as rendas de cada cônjuge são bastante semelhantes e os bens vêm sendo adquiridos individualmente." (fl. 84)*

A r. sentença julgou improcedente o pedido e condenou os autores ao pagamento das custas processuais (fl. 86).

Os autores interpuseram apelação (fls. 90/104), na qual afirmam que a r. sentença violou o art. 5º, inc. XXXV, da CF e o art. 1.639, § 2º, do CC/02.

Asseveram que, embora tenham contraído o matrimônio sob o regime da comunhão parcial de bens, cada um vem constituindo seu patrimônio individualmente. Dessa forma, entendem não ser justo que os filhos advindos do primeiro matrimônio do cônjuge-varão sejam beneficiados com as economias e o patrimônio constituído pelo cônjuge-virago. No mesmo sentido, afirmam não ser justo que o cônjuge-varão "*prejudicasse a legítima de seus filhos advindos do primeiro matrimônio, investindo em bens adquiridos com as economias e o patrimônio constituído pelo cônjuge virago*" (fl. 93).

Assim, defendem que o patrimônio estabelecido na vigência do casamento deve ser individualizado, para evitar prejuízos à legítima. Pleiteiam, ainda, a alteração do regime inicial de comunhão parcial de bens para o de separação total, uma vez que, alegam, tal medida não trará prejuízo a terceiros, uma vez que não possuem dívidas em comum e não estão sofrendo qualquer restrição sobre seus bens. Afirmam, ainda, que os bens adquiridos na vigência do casamento serão partilhados igualmente. Fundamentam a sua pretensão no art. 1.639, § 2º do CC/02.

Pugnam, ao final, pelo conhecimento e provimento da apelação para reformar a r. sentença e julgar procedente o pedido a fim de que seja alterado o regime de casamento de comunhão parcial de bens para o de separação de bens.

Preparo (fl. 105).

O parecer ministerial (fls. 110/5) da Exma. Promotora de Justiça Suzana de Toledo Barros oficia pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Vera Andrighi (Presidente e Relatora) - Conheço da apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Os autores contraíram matrimônio sob a égide do Código Civil de 1916 e convencionaram o regime de comunhão parcial de bens, o qual caracteriza-se como ato jurídico perfeito, regido por lei que, à época estabelecia a imutabilidade do regime adotado.

O CC/02, respeitando o ato jurídico perfeito, disciplinou, no art. 2.039, que, aos casamentos celebrados sob a vigência do CC/16, o regime de bens é o por ele estabelecido. Portanto, o direito criado pelo novo Código, art. 1.639, § 2º, somente se aplica aos casamentos realizados após 11/01/2003.

A razão para essa limitação, além de proteger a vontade declarada pelas partes quanto ao regime legal que disciplinou a constituição do ato, é a necessidade de segurança jurídica às relações constituídas ao longo do casamento e aos terceiros que são atingidos com suas alterações supervenientes.

Além do mais, como assentou a i. Juíza, ainda que fosse possível a modificação, os motivos expostos não se mostram o bastante para a alteração do regime.

Assim, com a licença da Exma. Juíza Fernanda Dias Xavier transcrevo os fundamentos da r. sentença para adotá-los como razões de decidir, *in verbis:*

> *"(...)*
> *Ao meu ver, afirmando o legislador que o regime de bens dos casamentos anteriores ao novo Código é aquele por ele estabelecido, o alcance do artigo 1.639, parágrafo 2º, está limitado aos enlaces posteriores à sua vigência.*
> *(...).*
> *Ainda que assim não fosse, considero que as razões esposadas não se mostram suficientes para autorizar a alteração pretendida.*
> *A inicial afirma que as partes optaram pelo regime da comunhão parcial de bens de comum acordo, presumindo-se que soubessem de suas consequências e do fato de que qualquer bem adquirido na constância do casamento, seja em nome de um ou de outro cônjuge, haveria de ser partilhado, desde que ausentes as exceções do artigo 1.659, do Código Civil.*
> *Já naquele momento qualquer patrimônio adquirido haveria de ser partilhado com os filhos do varão do primeiro casamento, em caso de seu falecimento, e, desde aquele momento, as economias do marido também ajudariam a formar o patrimônio comum, beneficiando a mulher.*

Com o advento do filho comum, o casal decidiu então que tal situação não mais atende aos anseios das partes, pois "não seria justo que os filhos advindos do primeiro matrimônio do cônjuge varão sejam beneficiados com as economias e o patrimônio construído pelo cônjuge virago".
Em verdade, o que parece ocorrer é uma tentativa de tratamento desigual aos filhos do primeiro casamento, em relação ao filho comum do casal, principalmente em face do fato de que a mulher aufere rendimentos cerca de 30% superiores aos do varão.
Cumpre observar que a única diferença da situação atual para aquela que existia quando houve o matrimônio é o advento de filho do casal e que esse parece ser o fato determinante do pedido:
(...).
A mudança de regime não pode ser utilizada para excluir ou prejudicar a vocação hereditária, nem para fazer diferença entre filhos, o que certamente ocorreria no presente caso.
Por outro lado, entendo que a modificação de regime, como sentença constitutiva de nova relação jurídica, produz efeitos apenas ex nunc, razão pela qual não teria o condão de alterar a propriedade dos bens anteriores à ela, os quais, em caso de eventual partilha ou sucessão, deverão ser analisados à luz do regime que existia quando adquiridos.
Por uma ou por todas as razões, julgo improcedente o pedido." (fls. 86/6)

Isso posto, conheço da apelação e nego provimento, mantendo a r. sentença.

É o voto.

Des. Lécio Resende (Revisor) - Eminente Presidente, raramente divergimos. Em geral, costumamos pensar do mesmo modo, mas aqui devo uma explicação para a divergência.

Quando se editou a Emenda Constitucional n.º 09 de 1977, que introduziu o divórcio no Brasil, a ela seguiu-se a Lei 6.515/77, no mês de dezembro subsequente. O art. 40 desta lei dizia, expressamente, que o divórcio só seria permitido para os casos em que os casados, separados de fato, estivessem separados de fato nos cinco anos anteriores à data da Emenda Constitucional, então, promulgada.

Passei a entender, como Juiz de Família, que a lei tem como uma das suas características essenciais a generalidade, e se projeta para o futuro. Comecei a me indagar se estariam protegidos pela Lei do Divórcio apenas os casais separados de fato

pelo período que a lei estipulava, isto é, cinco anos anteriores à data da Emenda, que era de junho. E passei a considerar que em todo e qualquer caso, demonstrada a existência da separação de fato, com lapso igual ou superior a cinco anos, todos tinham o direito de pleitear o divórcio direto, e de ser concedido o divórcio direto nesses casos. Essa posição acabou por prevalecer.

Tenho a honra de ter no meu currículo a primeira sentença no Brasil que reconheceu o filho adulterino "*a patre*", porque havia aquela antiga classificação de filhos adulterinos e incestuosos dentro da genérica denominação de filhos ilegítimos. Então, sob a égide da Lei do Divórcio, declarei a paternidade de um filho chamado, até então, de adulterino.

Pois bem, a jurisprudência se consolidou, depois, nesse sentido, entendendo que a Lei do Divórcio veio para ficar, modificava o "*status familiae*" do Brasil, abolia a simplista separação judicial que mantinha o vínculo conjugal e estabelecia, de uma vez por todas, o chamado divórcio a vínculo.

Veja V. Ex.ª, eminente Presidente, é isso que pondero: de 1977 para cá, as leis foram mudando e a própria Constituição - embora fraudada, e de nenhum valor, porque a fraude tudo corrompe, insisto sempre nisso - manteve, entretanto, o casamento, mas reconheceu a existência da união estável e mandou que a lei estimulasse a conversão dessa união em casamento.

Recentemente, todavia, uma lei federal retirou do Judiciário, lamentavelmente, a competência exclusiva para proceder às separações e ao próprio divórcio, atribuindo essa responsabilidade aos nossos Notários.

Então, o próprio casamento não subsiste mais no Brasil, a não ser por uma vontade férrea de quem se casa, e vontade férrea maior ainda na manutenção do vínculo, porque diante da Lei do Divórcio todo casamento está potencialmente sob risco - todo casamento, sem exceção. Veja V. Ex.ª., que o próprio casamento é dissolúvel por completo e, hoje, por ato meramente notarial. É claro, não estou excluindo a nobreza do ato notarial -, e até lembro que em muitos países como na França, por exemplo, os atos notariais se iniciam com a expressão "fulano de tal, notário público, em nome da República Francesa certifica ou faz isso ou aquilo", o que mostra a nobreza dessa atividade importantíssima do Brasil -, mas o certo é que essa matéria acabou por ser retirada da competência do Poder Judiciário. Já se prenuncia que as causas versando o usucapião serão resolvidas também por notários públicos, que determinarão aos seus colegas registradores o complemento do ato que vão passar a poder celebrar.

Ora, a quem interessa a declaração de regime de bens? Entendo que apenas a quem se casa. É evidente que temos que ter cuidado na aferição da prova produzida para verificação: averiguar se a mudança de regime afeta a vida de terceiros, estranhos ao casamento. Se a resposta a essa questão for negativa, considero que se o casamento, que é a instituição maior, é dissolúvel, os regimes podem ser alterados segundo a

vontade, porque, no casamento, o elemento volitivo é de fundamental importância, é imprescindível até. Se no ato da celebração, qualquer dos contraentes responde "não" à autoridade oficiante, a ata vai ser simplesmente cancelada e a celebração não se dará.

Vivi uma experiência muito interessante em meu Estado: pelo menos dois colegas ao examinar a profissão declarada pelo contraente - era comum no interior aparecer lavrador, agricultor - começavam a perguntar quanto a pessoa ganhava em plena cerimônia. E quando diziam em torno de um salário mínimo, eles diziam: "então o senhor é louco de se casar, pois como é que o senhor vai manter essa mulher com esse rendimento?". E muitos desistiam do casamento por influência dessas considerações.

Não chego ao absurdo ou à posição definitiva de considerar o casamento mero contrato. Mas o certo é que, do ponto de vista exclusivamente da Lei Civil, o casamento, hoje, está reduzido a um contrato, e a regra geral permite a resolução de qualquer contrato.

Considero, portanto, uma questão menor, embora de relevante importância, a manutenção ou não do regime de bens escolhido. Há países em que não se deve sequer declarar qual regime de bens. No Reino Unido, por exemplo, se o súdito inglês declara que o regime será o da comunhão universal, ele perde, no ato do casamento, 90% do patrimônio em favor da Coroa Britânica. Então, os casamentos, em geral, são celebrados sem a declaração de regime de bens a ser instituído.

Não é o nosso caso, mas apenas mostro com isso que a minha preocupação é atender a vontade manifestada, desde que ela não viole direito de terceiros, e, no caso em julgamento, não verifiquei isso.

Por isso que estou ousando divergir de V. Ex.ª apenas na questão do entendimento. Quero dizer que não é da minha vontade divergir de Vossa Excelência. Mas, considero a possibilidade de as partes obterem o divórcio, e celebrarem novo casamento sob regime de bens diverso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por M.A.S. e M.A.M.S. pretendendo a reforma da r. sentença de fls. 84/86 proferida pela MMª Juíza de Direito da Terceira Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília que, nos autos da Ação de Modificação de Regime de Bens, julgou improcedente o pedido dos autores.

Pretendem os recorrentes seja dado provimento ao recurso para reformar a r. sentença, alterando-se o regime de bens da comunhão parcial para a separação total de bens.

Sustentam os apelantes que a interpretação dada ao artigo 2.039 do Código Civil de 2002 pela MMª Juíza *a quo* está equivocada e contrária às pretensões do legislador, assim como da jurisprudência pátria. Afirmam que o regime adotado por

ocasião do matrimônio não mais supre às suas expectativas e crenças, sendo os motivos trazidos aos autos suficientes a autorizar a modificação do regime de bens.

A meu ver, razão assiste aos apelantes.

A MMª Juíza de Direito sentenciante, ao indeferir o pedido dos autores, trouxe como um de seus fundamentos o entendimento de que "o artigo 2.039, do Código Civil é claro ao dispor que 'o regime de bens dos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido", bem como que "(...) afirmando o legislador que o regime de bens dos casamentos anteriores ao novo Código é aquele por ele estabelecido, o alcance do artigo 1.639, parágrafo 2º, está limitado aos enlaces posteriores à sua vigência".

Nesse ponto, apesar da divergência jurisprudencial e doutrinária acerca do tema, filio-me à tese que dá interpretação menos restritiva à matéria, vislumbrando a possibilidade de modificação do regime de bens para os casamentos celebrados antes do Código Civil de 2002.

Tenho que o artigo 2.039 do Código atual não quis excluir de seu regime os casamentos celebrados sob a égide do Código de 1916, mas apenas dizer que, em vista das alterações ocorridas entre um Código e outro, ficaria mantida a inalterabilidade do regime de bens de quem se casou sob a égide daquele Código.

O Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, ao proferir voto no julgamento do REsp nº 868.404, de julho de 2007, bem esclareceu a questão que aqui transcrevo por sua clareza:

> *"Sr. presidente, quando participamos do julgamento do precedente, Recurso Especial n. 730.546/MG, meu entendimento foi de que quando o dispositivo diz que ficam mantidos os regimes de bens já celebrados, é o regime de bens dentro da disciplina do antigo Código. Como há variações entre o regime de bens do novo Código Civil em relação ao Código Civil antigo, o que o novo Código Civil garantiu foi que fica mantida a inalterabilidade do regime de bens de quem se casou sob a égide do Código anterior.*
>
> *Então, quem se casou com comunhão parcial de bens, foi aquele tipo de comunhão parcial do antigo Código e não do novo. Porém, nada obsta que, efetivamente, as partes, de comum acordo, queiram alterar seu regime de bens, desde que assim possam fazer em função de idade, etc."*

Entendimento contrário estaria privilegiando a injustiça de se admitir a modificação do regime de bens de pessoas que se uniram matrimonialmente um dia

após a vigência da lei, negando-se o mesmo direito aos casais que tenham se unido um dia antes.

Nesse sentido, vem se firmando a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa dos seguintes julgados:

> *Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade.*
> *- A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido.*
> *- Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida.*
> *- Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico.*
> *- Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal.*
> *- Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.*
> *Recurso especial não conhecido.*
> *(REsp 821.807/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.10.2006, DJ 13.11.2006 p. 261)*

> *RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME MATRIMONIAL DE BENS. MODIFICAÇÃO. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CONJUGAÇÃO DO ART. 1.639, § 2º, COM*

O ART. 2.039, AMBOS DO NOVEL DIPLOMA. CABIMENTO EM TESE DA ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS.
INADMISSIBILIDADE QUE JÁ RESTOU AFASTADA. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. ALTERAÇÃO SUBORDINADA À PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 1.639, § 2º, DO CC/2002. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APRECIAÇÃO DO PEDIDO.
RECURSO ESPECIAL CONHECIDO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA, ADMITIDA A MUDANÇA DE REGIME, COM A REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM.
(REsp 868404/SC, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 519)

Toda lei vem ao mundo para vigorar enquanto não seja modificada ou revogada por outra, conforme o princípio da permanência a que alude o § 2º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Toda lei, por seu turno, ao entrar em vigor, projeta-se para o futuro, com as características que lhe são inerentes, isto é, a generalidade, a impessoalidade e a abstração. Recuso-me a admitir a ampliação dos limites de intervenção do Estado em relações tipicamente privadas. Não me parece correto afirmar-se a inalterabilidade de regime de bens estabelecidos sob a égide de um corpo de leis civis posterior, que admitiu a modificação, atendendo às aspirações das pessoas dos cônjuges e às exigências da estabilidade do casamento, desde que, como no caso dos autos, a alteração não seja causa eficiente de prejuízo de terceiros.

Ocorre que estamos diante de direitos patrimoniais de caráter privado, na órbita de disponibilidade das pessoas. O patrimônio é das partes e não do Estado. Evidentemente, se o Código possibilita que as partes, antes do casamento, escolham o regime de bens, o advento do casamento viria como um diminuidor dos direito dos cônjuges, se não se permitisse a troca do regime de bens no curso do casamento.

Por tais razões, entendo deva ser reforma a r. sentença nesse ponto.

Ultrapassada a questão da possibilidade de modificação do regime de bens para os casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, passo à analise dos motivos apresentados pelos apelantes.

Disciplinando a alteração do regime de bens o artigo 1.639, § 2º do Código Civil de 2002 dispõe que:

> *"É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros".*

No presente caso, as partes trouxeram como motivo para alteração do regime de bens os seguintes fatos: - que, apesar de terem contraído matrimônio sob o regime da comunhão parcial de bens, tal regime não mais se adéqua à sua realidade; - cada cônjuge vem construindo seu patrimônio individualmente, somente compartilhando as despesas comuns do casal, tais como a manutenção do lar e educação do filho nascido dessa união; - em função do primeiro autor ser divorciado e possuir cinco filhos do primeiro casamento, entendem não ser justo que os filhos advindos dessa primeira união sejam beneficiados com as economias e o patrimônio construído pelo cônjuge virago, devendo o patrimônio construído na vigência do casamento ser individualizado, para evitar prejuízos à legítima; - a homologação do presente pedido não trará prejuízos a terceiros, haja vista que o casal não possui dívidas em comum, como também não estão sofrendo qualquer restrição sobre seus bens; - o patrimônio adquirido na vigência do casamento será partilhado igualmente entre os cônjuges.

A ilustre magistrada, ao decidir, entendeu que as razões apresentadas pelos autores não seriam suficientes a permitir a alteração pretendida, assinalando que tal modificação parecia ocorrer como tentativa de tratamento desigual aos filhos do primeiro casamento, em relação ao filho comum do casal, principalmente em face do fato de que a mulher aufere rendimentos cerca de 30% superiores aos do varão, e que a mudança não poderia ser utilizada para excluir ou prejudicar a vocação hereditária, nem para fazer diferença entre os filhos, o que certamente ocorreria no presente caso.

Apesar dos fundamentos apresentados pela MMª Juíza sentenciante, tenho que é direito das partes dispor de seus bens da melhor forma que lhes aprouver, servindo as razões apresentadas como motivos suficientes a permitir a alteração do regime de bens.

O ilustre Procurador de Justiça, em seu Parecer de fls.111/115, bem discorreu sobre o tema:

> "in casu, *a nobre magistrada entendeu que a justificativa não é relevante, afirmando que a única mudança fática na relação do casal foi o nascimento do filho e entendeu, ainda, que o pedido revela "tentativa de tratamento desigual dos filhos do primeiro casamento, em relação ao filho comum do casal".*
>
> *Primeiramente, nem a CF, nem qualquer outra lei, determina a igualdade de tratamento entre filhos próprios e de terceiros. A esposa não é obrigada a manter os filhos exclusivos do marido, ou tampouco de garantir-lhes futura herança. Ademais, se isso é um problema na*

relação conjugal, é legítimo que se passe a adotar a separação total de bens.

No campo da alteração do regime, os interesses patrimoniais não podem ser encarados como manifestações escusas. Pelo contrário, não estão em pauta direitos indisponíveis; a discussão se atém, ao contrário, a bens, a valores materiais. Assim, tanto a atitude da esposa de resguardar o patrimônio do único filho, quanto o do marido que concorda com a alteração, (seja por entender que o resultado prático do regime é injusto, ou mesmo, simplesmente, para evitar desgastes no relacionamento), são relevantes, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se na questão íntima.
O casamento e a família, como pilares da nossa sociedade, são valores caros à ordem jurídica. Por isso, em princípio e conforme a direção da nova lei, não há razões para que o judiciário induza as partes à separação judicial, a fim de que o cônjuge insatisfeito com o regime de bens possa manter íntegro seu patrimônio, se se pode alcançar o mesmo objetivo com simples medida de jurisdição voluntária."

Nesse sentido é a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

CIVIL - PROCESSO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS - § 2º, ART. 1.639, CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE - SENTENÇA REFORMADA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
1. Nos termos do artigo 1.639, §2, do Código Civil, "é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros." Quanto ao regime de bens, vigora em regra geral, o Princípio da Autonomia da Vontade. Assim, por questão de razoabilidade e justiça, e em virtude da ausência de qualquer prejuízo aos cônjuges ou a terceiro, permite-se a alteração do regime de bens, para o eleito pelo casal. Precedentes.
2. A juntada de certidões negativas de distribuição nas Justiças Comum, Federal e Trabalhista, bem como dos órgãos de proteção ao crédito, reduzem a possibilidade de danos a terceiros, que em todas as hipóteses terão seus direitos preservados por imposição legal.
3. A improcedência do pedido alicerçada no entendimento de que a motivação apresentada pelos interessados não é relevante representa

> *desarrazoada e temerária interpretação restritiva, pois não encontra justificativa na lei ou nas peculiaridades do caso concreto.*
> *4. Recurso conhecido e provido.*
> *(20070111211018APC, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 23/07/2008, DJ 01/08/2008 p. 39)*

Com relação aos efeitos a serem dados à presente decisão, tenho que devem retroagir à época do casamento, passando o regime da separação total de bens a regular todos os bens do casal, inclusive aqueles adquiridos antes da alteração.

Essa parece ser a decisão que mais se aproxima da vontade do legislador, pois este apenas ressalvou os direitos de terceiros, que, no presente caso, já se encontram devidamente resguardos. Entendimento contrário criaria uma restrição que a Lei não previu.

O art. 1.639, § 1º do Código Civil estabelece que: "O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento". Assim, não pode haver em um mesmo casamento dois regimes, impondo-se a partilha dos bens adquiridos até então.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. POSSIBILIDADE. EFEITOS EX TUNC. DIREITOS DE TERCEIROS PROTEGIDOS.*
> *1. Admite-se a alteração do regime de bens, conforme dispõe o artigo 1.639, § 2º do Código Civil, ainda que o casamento tenha sido celebrado na vigência do Código Civil revogado.*
> *2. A motivação de ordem econômica é idônea para justificar a alteração do regime de bens do casal, cuja mudança pode alcançar o patrimônio havido antes do ato homologatório.*
> *3. A juntada de certidões negativas de distribuição nas Justiças Comum, Federal e Trabalhista, bem como dos órgãos de proteção ao crédito, reduzem a possibilidade de danos a terceiros, que em todas as hipóteses terão seus direitos preservados por imposição legal.*
> *4. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.*
> *(20070110154154APC, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, julgado em 05/03/2008, DJ 17/03/2008 p. 116)*

Com essas considerações, dou provimento ao recurso de Apelação, para reformar a r. sentença, deferindo o pedido de alteração do regime de bens pleiteado

pelos Apelantes para o regime de separação total de bens, alteração esta que deve ser averbada junto ao Cartório de Registro Civil onde foi realizado o casamento.

O patrimônio comum existente fica doravante individualizado e constitui quinhão particular de cada um dos cônjuges conforme estabelecido às fls. 09/10 dos autos, procedendo-se à averbação na forma requerida pelos autores no pedido de fl. 11.

A presente decisão não é oponível a terceiro que demonstre haver sido prejudicado patrimonialmente com a alteração desejada pelos cônjuges.

Transitada em julgado a presente decisão, expeçam-se os mandados de averbação aos respectivos Cartórios de Registro Civil e de Registro de Imóveis.

É como voto.

Desa. Vera Andrighi (Presidente e Relatora) - Mantenho meu entendimento pois, parece-me que nos casamentos realizados sob a égide do Código de 1916, poderá terceiro vir a ser surpreendido pela modificação do regime de bens, embora tenha certeza de que não poderia ser feita, porquanto no Código de 1916 era imutável. A retroatividade da norma somente é admitida quando vier expressa na lei.

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

Desa. Vera Andrighi (Presidente e Relatora) - Pois não.

Des. Lécio Resende (Revisor) - O mesmo se dava com o art. 40 da Lei do Divórcio. Interpretado literalmente, só seria possível divorciarem-se no Brasil os casais separados de fato, cinco anos anteriores à emenda de junho de 1977. Mas, como ficaria a situação dos que se separassem de fato depois da vigência da lei, e depois da emenda? Não poderiam, então, divorciar-se. Agora, a lei é genérica e o estatuto civil mudou por completo esse panorama atendendo às mudanças dos costumes.

Costumo dizer, eminente Presidente, que não há direito novo nem velho: o Direito é sempre o mesmo. O Direito não muda, o que mudam são as leis, ao influxo da mudança dos costumes.

Desa. Vera Andrighi (Presidente e Relatora) - A nosso ver, essa modificação trazida pelo Código de 2002, dentro da minha simplista visão e quem sabe limitada, não há razões para o Código de 2002 admitir tal modificação. Acho perigosa, passível de causar danos a terceiros, embora o código ressalve expressamente os direitos desses.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhora Presidente, vou pedir vênia ao eminente Revisor para acompanhar o voto de V. Ex.ª.

Penso que o regime de bens do casamento é imutável nas hipóteses em que ocorreu o casamento sob a égide do Código de 1916, até porque seria uma decisão absolutamente *contra legem.* O nosso Código Civil atual já diz que o regime seria imutável para aqueles que se casassem anteriormente ou na vigência do Código de 1916. Alterar isso seria decidir-se *contra legem*.

Por isso é que peço vênia ao eminente Revisor, mas acompanho o voto de V. Ex.ª.

DECISÃO

Conhecida e improvida. Maioria.

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA *EX OFFICIO* Nº 2008015015834-9

Apelantes - DFTRANS/DF - Transporte Urbano do Distrito Federal e outros
Apelado - José do Egito da Cunha Carvalho
Relator - Des. Jair Soares
Sexta Turma Cível

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. APREENSÃO DE VEÍCULO.
1 - Quem realiza transporte remunerado de passageiros, sem que disponha de permissão ou autorização, sujeita-se, além do pagamento de multa, à apreensão do veículo, caso em que, para liberação, necessário o pagamento prévio das multas, conforme exige o § 7º, do art. 28, da Lei Distrital 239/92, com a redação da Lei Distrital 953/95.
2 - Referidas leis, editadas pelo Distrito Federal dentro da competência que lhe confere o art. 30, V, da CF, não são inconstitucionais.
3 - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Jair Soares - Relator, Otávio Augusto - Revisor, José Divino de Oliveira - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador José Divino de Oliveira em proferir a seguinte decisão: deu-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2008.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por JOSÉ DO EGITO DA CUNHA CARVALHO em razão da apreensão de seu veículo e da aplicação de multa pelo transporte irregular de passageiros.

A sentença concedeu a ordem e determinou a liberação do veículo e o cancelamento dos autos de infração.

Daí a apelação, na qual se sustenta, em síntese, que o Distrito Federal, ao legislar sobre o tema, não invadiu a competência privativa da União. E que o transporte

remunerado sem permissão ou autorização constitui fraude ao sistema de transporte público local. Por fim, alega-se que a autuação goza de presunção de legitimidade, não podendo ser desconstituída, portanto, sem contraprova suficiente.

Desnecessário o preparo. Contra-razões apresentadas (fls. 274/77).

A douta Procuradoria de Justiça se manifestou pelo parcial provimento, apenas para manter as multas aplicadas pela autoridade administrativa (fls. 281/88).

VOTOS

Des. Jair Soares (Relator) - O apelado, sem que dispusesse de permissão ou autorização, realizava transporte remunerado de passageiros.

Violou, pois, o art. 28, da Lei Distrital 239/92, com redação dada pela Lei Distrital n. 953/95.

E, assim, sujeito, além de multa, apreensão do veículo utilizado no transporte, caso em que, para liberação, deve pagar previamente as multas, conforme exige o § 7º, do art. 28, da referida L. 239/92, com a redação da Lei 953/95.

A respeito do tema, tem-se:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. MULTA DE TRÂNSITO. APREENSÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO SEM PAGAMENTO DAS DESPESAS ADMINISTRATIVAS. IMPOSSIBILIDADE.*
> *1. É legítima a apreensão do veículo flagrado realizando transporte de passageiros sem a devida autorização, porquanto tal conduta está prevista no art. 231, inciso VIII, do Código Brasileiro de Trânsito, bem como na Legislação Distrital que cuida da matéria, por força de competência atribuída constitucionalmente.*
> *2. Concretizado o ato restritivo, a liberação do veículo somente pode ocorrer depois do pagamento dos encargos. 3. Recurso desprovido." (20080020055921AGI, Relator MÁRIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 02/07/2008, DJ 14/07/2008 p. 95).*

Não bastasse a previsão na Lei Distrital 239/92, o Código de Trânsito Brasileiro, estabelece que "usar veículo para fazer transporte remunerado de pessoas, quando não licenciado para esse fim, caracteriza infração de trânsito, salvo nos casos de força maior ou quando dispõe o condutor de permissão da autoridade competente" (CTB, art. 231, VIII).

A multa e a apreensão de veículo, impostas pelo DFTRANS, decorrem da infração cometida pelo apelado no exercício de transporte coletivo de passageiros, de forma remunerada, sem prévia concessão, permissão ou autorização do Poder Público.

Dispõe esse órgão de competência para tanto. Com efeito, ao Distrito Federal, a quem são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (CF, art. 32, § 10), compete organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo (CF, art. 30, V).

Ao organizar os serviços de transporte público de interesse local, instituindo normas disciplinares a respeito, a exemplo do Código Disciplinar Unificado, o Distrito Federal o faz no exercício de competência que lhe confere a Constituição Federal (art. 30, V), não invadindo a competência privativa da União Federal, de que trata o art. 22, XI, restrita a trânsito e transporte.

E a competência - conferida aos Municípios e, por conseguinte ao Distrito Federal - é para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo (CF, art. 30, V), o que é, pois, diverso da competência legislativa do art. 22, XI, da CF.

Nesse sentido decidiu esta Corte:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS - APREENSÃO DO VEÍCULO - LEI N.º 239/92 - CONSTITUCIONALIDADE - PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. É constitucional a Lei Distrital n.º 239/92 que dispõe sobre os mecanismos de gerenciamento do sistema de transporte público do Distrito Federal, matéria afeta à competência dos Municípios, nos termos do art. 30, V, da Constituição Federal.*
>
> *2. A sanção imposta pelo art. 28, § 7º, da Lei Distrital n.º 239/92 não se confunde com as estabelecidas pelo Código de Trânsito Brasileiro, pois, enquanto esta lei federal normatiza o trânsito e transporte no âmbito Nacional, aquela lei local disciplina o transporte público coletivo no DF e define a forma de atuação do poder de polícia da Administração na fiscalização daquele serviço público, a fim de preservar a sua qualidade e a segurança da coletividade.*
>
> *3. Não há qualquer ilegalidade na apreensão de veículo flagrado realizando transporte irregular de passageiros; ao contrário, a atuação dos órgãos e agentes públicos do Distrito Federal constitui medida*

preventiva e repressiva no sentido de salvaguarda dos interesses da coletividade, especialmente a segurança dos usuários do sistema público de transporte.
4. Recurso do impetrante não conhecido. Apelação do Ministério Público improvida." (20040110289778APC, Relator JOSÉ DE AQUINO PERPÉTUO, 4ª Turma Cível, julgado em 21/05/2008, DJ 30/06/2008 p. 52);

"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. DFTRANS/DF. LEI DISTRITAL n° 953/95 (CÓDIGO DISCIPLINAR UNIFICADO DO STPC/DF). COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ART. 30, V DA CF/88. INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE VISLUMBRA. NOTIFICAÇÃO DA AUTUAÇÃO. DESNECESSIDADE. PROCEDIMENTO DIVERSO DO INSTITUÍDO PELO CTB. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE RECURSOS CONTRA A AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.
A edição da Lei Distrital nº 239/92, posteriormente alterada pela Lei nº 953/95, bem como a do Decreto Distrital n° 19.236/98, constitui exercício da competência constitucional relativa à organização do serviço de transporte coletivo de passageiros no âmbito do Distrito Federal (art. 30, inc. V, da CF), razão porque não invade a competência legislativa privativa da União a que alude o artigo 22, XI da CF/88.
(...)". (20060110142785APC, Relatora Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, julgado em 02/05/2007, DJ 21/06/2007 p. 92).

Além disso, ao regulamentar o transporte coletivo de passageiros, o Distrito Federal atua no exercício do poder de polícia.

Ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro que, além dos atos normativos em geral, o Estado se utiliza para o exercício do poder de polícia dos "atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei" (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 18ª edição, f. 113).

A propósito do tema:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE. CLANDESTINIDADE. APREENSÃO DO VEÍCULO. PODER DE POLÍCIA. LICITUDE DA PENALIDADE.
I. A Lei Distrital 293/92 insere-se na competência do Distrito Federal para legislar sobre transporte coletivo quanto ao aspecto de sua regularidade, outorgando-lhe o correspondente poder de polícia.
II. No âmbito do Distrito Federal, a realização de transporte coletivo clandestino de passageiros constitui falta punida com a apreensão do veículo utilizado.
III. A liberação do veículo apreendido em decorrência do transporte irregular de passageiros tem como requisito inafastável o pagamento das pendências existentes junto ao sistema de trânsito.
IV. Recurso conhecido e desprovido." (20070020007717AGI, Relator JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 25/04/2007, DJ 24/05/2007 p. 98);

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO. DEPÓSITO. TRANSPORTE REMUNERADO NÃO AUTORIZADO. NECESSIDADE DE PAGAMENTO PRÉVIO DE MULTAS. DMTU/DF. DETRAN. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. *RECURSO IMPROVIDO.*
(...)
2 - Cabe ao Distrito Federal organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, o serviço público de transporte coletivo (Constituição Federal, artigos 30, inciso V e 32, § 1º), competindo-lhe o exercício correlato do poder de polícia sobre este serviço público. Assim, a apreensão em tela foi realizada de acordo com o art. 262 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997) e Lei Distrital nº 239/1992 (com a nova redação dada pela Lei nº 953/1995).
(...)". (20020020054518AGI, Relator Jeronymo de Souza, 3ª Turma Cível, julgado em 30/09/2002, DJ 23/10/2002 p. 54).

As circunstâncias em que o condutor foi autuado, bem como a quantidade de multas aplicadas (fls. 17/25), evidenciam que ele realizava transporte remunerado de passageiros.

Além do mais, gozando o ato administrativo da presunção de legitimidade, deveria o impetrante ter feito prova em sentido contrário, *i.e.*, de que não realizava transporte irregular de passageiros.

Não havendo ilegalidade no auto de infração, descabida a liberação do veículo, antes do pagamento prévio das multas e demais despesas.

A propósito, decisão do e. STJ:

> *"ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. APREENSÃO DE VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTAS E DESPESAS COM REMOÇÃO E DEPÓSITO. POSSIBILIDADE.*
> *I - Esta Corte entende ser legal condicionar a liberação do veículo apreendido à previa satisfação das multas e demais despesas de remoção e depósito, desde que as infrações tenham sido aplicadas regularmente. Precedentes: AgRg no REsp n. 981.491/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 07/02/2008; AgRg na MC n. 12.302/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 20/04/2007; REsp nº 843.972/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 07/11/2006 e REsp nº 593.458/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 22/03/2004.*
> *II - Agravo regimental improvido."*
> *(AgRg no REsp 999.788/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T, DJ de 8/5/08).*

Dou provimento e denego a segurança. Custas pelo impetrante.

Des. Otávio Augusto (Revisor) - Cuida-se de apelação cível interposta pelo DETRAN/DF E OUTROS contra sentença que, nos autos do mandado de segurança impetrado por JOSÉ DO EGITO DA CUNHA CARVALHO, concedeu a segurança para liberar o veículo do autor sem o pagamento das taxas de depósito, bem como para cancelar os autos de infração descritos na peça exordial. Na mesma assentada, o nobre magistrado declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 28, § 1º, §2º e §7º, da Lei Distrital nº 953/95, que amparou a aplicação da multa e a apreensão do veículo, ao argumento de que compete privativamente à União - e não ao Distrito Federal - legislar sobre trânsito e transporte.

Inconformados, sustentam os réus que inexiste direito líquido e certo do impetrante a ser amparado pela via mandamental, uma vez que não houve comprovação de que o transporte efetuado era a título gratuito.

Aduzem que, diante da presunção de veracidade e legitimidade inerentes aos atos administrativos, incumbia ao impetrante a prova do fato constitutivo do seu direito.

Apontam a constitucionalidade da Lei Distrital nº 953/95, visto que tal regramento apenas disciplina o transporte coletivo de passageiros, sem desbordar dos limites do poder regulamentar conferido ao DF.

Ponderam a licitude da exigência de prévio pagamento das multas a fim de liberar o veículo apreendido.

Pugnam, finalmente, pela total reforma da sentença com a consequente denegação da segurança.

Conhece-se do presente recurso voluntário e da remessa oficial, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Crê-se que assiste razão aos recorrentes.

Ao contrário do que entendeu o nobre magistrado *a quo,* a Lei Distrital nº 239/92, alterada pela Lei nº 953/95, ao regulamentar o sistema de transporte público coletivo do DF, não extrapolou sua competência. Agiu tão-somente dentro da competência legislativa que lhe era reservada pelo art. 30, V, interpretado conjuntamente com o art. 32, §1º, ambos da Constituição Federal, que dispõem:

> *"Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios."*
>
> *"Art. 30. Compete aos Municípios:*
> *V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;"*

Nesse mesmo sentido, caminha a jurisprudência deste Tribunal consoante se pode inferir dos seguintes arestos:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO. INFRAÇÃO. DISTRITO FEDERAL. COMPETÊNCIA. SERVIÇO PÚBLICO DE INTERESSE LOCAL. ARTIGO 30, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCIDÊNCIA.*
> *1. Se o auto de infração refere-se a descumprimento de contrato administrativo firmado entre o permissionário (ou concessionário) de*

serviço público de interesse local (transporte coletivo) e a Administração, não há, ao argumento de que se trata de matéria de trânsito e transporte privativas da União Federal (art. 22, XI, CF/88), que se falar em inconstitucionalidade das leis locais que instituíram normas disciplinares a respeito (ex vi do art. 30, V, da CF/88).
2. Inaplicável ao procedimento referente à imposição de multas advindas de infrações contratuais correspondente a serviço de transporte coletivo local a regra contida no artigo 281, II, do Código de Trânsito Brasileiro, porquanto tal circunstância encontra tratamento específico nas leis distritais de regência (239/92 e 953/95) e Decretos locais (17.161/96 e 21.215/00).
3. Recurso conhecido e desprovido."
(20060110360128APC, Relator MÁRIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 18/07/2007, DJ 20/09/2007 p. 98).

"REMESSA DE OFÍCIO - CONHECIMENTO - APELAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO - EXISTÊNCIA - CUMPRIMENTO DO ARTIGO 514, II, DO CPC - PRELIMINAR REJEITADA - TRANSPORTE DE PASSAGEIROS - CONTROLE DISTRITAL - LEGALIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DISTRITAL 953, DE 13 DE NOVEMBRO DE 1995 - DESCUMPRIMENTO DA LEI - CONSEQUÊNCIAS - DIREITO FUNDAMENTAL - LIMITES - SEGURANÇA DENEGADA - SUCUMBÊNCIA DESCABIDA.
1) Em se tratando de sentença proferida contra o Poder Público, que se sujeita à confirmação do segundo grau, por força do artigo 475, I, do CPC, deve a remessa ser conhecida.
2) Exigindo o artigo 514, II, do CPC, que do recurso conste fundamentação, o que permitirá que saiba o órgão revisor os motivos de entender o recorrente estar equivocada, ou nula, a decisão atacada, se conhece da apelação se ela atende este requisito.
3) Nos termos dos artigos 30, inciso V, e 32, § 1º. da Constituição da República Federativa do Brasil, tem o Distrito Federal competência para organizar os serviços públicos de interesse local, estando, dentre eles, o de transporte de passageiros, coletivo ou individual, o que afasta qualquer vício de inconstitucionalidade da Lei Distrital 953, de 13 de novembro de 1995.
4) Mesmo se tendo direito constitucionalmente garantido ao trabalho (art.5º, XIII, da CF), não se pode, em seu nome, pretender-se que o

seu exercício se dê com inobservâncias de normas legais, uma vez que não existe, mesmo em se tratando de direito fundamentais, aqueles que podem ser tidos como ilimitados.
5) Constatado o desrespeito à lei, com transporte irregular de passageiros, correta é a atitude da autoridade administrativa de apreender o veículo, emitir auto de infração e impedir licenciamento até quitação do débito.
6) Descabe a imposição do vencido nos ônus da sucumbência, quando de tratar de Mandado de Segurança, nos exatos termos do artigo XXXIV, "a", da Constituição Federal, e nas Súmulas 512 e 105 do STF e STJ."
(20050111157356APC, Relator LUCIANO VASCONCELLOS, 3ª Turma Cível, julgado em 13/06/2007, DJ 07/08/2007 p. 98).

Assim, enquanto válida e eficaz, a Lei Distrital referida deve ser aplicada.

No aspecto, não restou demonstrado de forma indene de dúvidas o direito líquido e certo do impetrante apto a autorizar a concessão da segurança pleiteada, na medida em que o autor foi autuado diversas vezes pelo cometimento da prática de transporte irregular de passageiros e, pela reiteração dessa conduta (10 multas), bem como pelos locais em que o condutor foi autuado (quase toda a cidade de Taguatinga e uma em Ceilândia), não logrou êxito em elidir a presunção de veracidade e legitimidade ínsita aos atos administrativos ora combatidos.

Destaque-se, por oportuno, que o caso ora em comento diverge daqueles em que se reconhece a inaplicabilidade das sanções previstas na Lei Distrital nº 239/92 aos veículos de passeio, que, por sua condição, não possuem as características exigíveis para fraudar a operação de transporte coletivo, fazendo-se passar por permissionário do STPA/DF.

Diversamente, no caso em espécie, o autor possui um microônibus Sprinter, marca/modelo Mercedez Benz 310D, placa CPR 2975, o que possibilita perfeitamente a fraude ao serviço de transporte público e, consequentemente, a aplicação das cominações previstas no art. 28 da referida lei.

Desse modo, competia ao impetrante demonstrar *initio litis* que o veículo não se destinava a transporte irregular de passageiros, efetuado de forma onerosa e sem autorização legal. Contudo, assim não procedeu.

Ressalte-se que a circunstância do veículo ser ou não utilizado para transporte de familiares e amigos, tal como sustentado pelo impetrante, requer dilação probatória, o que não se coaduna com a via mandamental eleita.

Por derradeiro, não há que se falar em ilegalidade na exigência de prévio pagamento das multas com vistas a liberar o veículo apreendido, visto que decorrente

expressamente das normas que regem à espécie (art. 262, §2º, do CTB e art. 28, §7º, da Lei Distrital nº 239/92, alterada pela Lei nº 953/95), *verbis*:

> *"Art. 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN.*
> *§ 2º A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.*
> *Art. 28 - Constitui fraude a prestação de serviço, público ou privado, de transporte coletivo de passageiros, de forma remunerada sem prévia concessão, permissão ou autorização do Governo do Distrito Federal, ou registro na Secretaria de Transportes, através do Departamento Metropolitano de Transportes Urbanos-DMTU, observados os conceitos, diretrizes e normas específicas do Poder Público, nos termos da legislação federal ou distrital em especial nos termos dos Códigos de Transito, Tributário, de Proteção ao Consumidor e Trabalhista.*
> *§ 7º - Os veículos apreendidos só poderão ser liberados após o pagamento das multas, preços públicos e demais encargos devidos ao Departamento Metropolitano de Transportes Urbanos-DMTU e Departamento de Trânsito do Distrito Federal - DETRAN/DF."*

A respeito, confira-se o seguinte aresto dessa egrégia Corte de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR NÃO DEFERIDA. VEÍCULO REMOVIDO PARA DEPÓSITO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LIBERAÇÃO DO AUTOMÓVEL. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA MULTA E ENCARGOS DECORRENTES DA REMOÇÃO.*
> *1.* Fumus boni juris *e* periculum in mora *não comprovados. A pretensão deduzida no agravo de instrumento se confunde com a do mandado de segurança, onde se discute a legalidade da autuação administrativa e remoção do veículo para o depósito do DETRAN/DF.*
> *2. Apreendido e removido para o depósito do DETRAN/DF o veículo utilizado pelo agravante para realizar transporte irregular de passa-*

geiros, a liberação do automóvel se condiciona ao prévio pagamento da multa e encargos decorrentes da remoção, uma vez que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade.
3. Agravo de instrumento não provido."
(20070020084369AGI, Relator SOUZA E ÁVILA, 6ª Turma Cível, julgado em 26/09/2007, DJ 13/11/2007, p. 140).

Afigura-se, portanto, perfeitamente legítima a liberação do automóvel condicionada ao prévio pagamento da multa e encargos decorrentes da apreensão.

À vista do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E AO RECURSO VOLUNTÁRIO para reformar a sentença e denegar a segurança. Custas pelo impetrante.

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

DECISÃO

Deu-se provimento. Unânime.

APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE Nº 2007013007992-4

Apelante - M.P.D.F.T.
Apelados - E.P.M. e outros
Relator - Des. Lecir Manoel da Luz
Quinta Turma Cível

EMENTA

DIREITO CIVIL - ADOÇÃO - SENTENÇA QUE CONCEDE O PEDIDO DOS REQUERENTES E EXTINGUE O PODER FAMILIAR DA GENITORA - APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - AVALIAÇÃO DAS CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE PERMANÊNCIA COM A FAMÍLIA BIOLÓGICA. RECURSO IMPROVIDO.

1 - Na audiência realizada na Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, a genitora das crianças foi devidamente alertada sobre os efeitos do instituto da adoção, manifestando naquele momento a sua anuência, observando-se, por conseguinte, todos os seus consectários.

2 - Apesar do órgão ministerial fazer menção ao princípio da filiação integral, ao asseverar que não se pode retirar das crianças o direito à verdade biológica, com maior razão deve prevalecer à hipótese a supremacia dos interesses das menores, eis que plenamente adaptadas ao lar para onde foram levadas com apenas quatro dias de vida e, atualmente, recém completados 01 (hum) ano de idade.

3 - Em sendo concedida a adoção, a extinção do poder familiar é medida a ser observada, conforme disposto no artigo 1.635, inciso IV, do Código Civil.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Lecir Manoel da Luz - Relator, Dácio Vieira - Vogal, Haydevalda Sampaio - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romeu Gonzaga Neiva em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls.71/74, que a seguir leio e transcrevo, *verbis:*

> "**E. P. de M.** *(sic) e* **R. C. de M.** *(sic), devidamente qualificados nos autos, requerem lhes seja concedida a* **ADOÇÃO** *das gêmeas* **M. T. R.** *e* **M. L. R.,** *nascidas aos 16 de setembro de 2007, filhas de A. M. R. da S., alegando, em síntese, que possuem a guarda fática da criança desde os primeiros dias de vida, lhes tendo sido entregue pela própria genitora, por não possuir condições financeiras nem psicológicas para manter consigo as infantes.*
> *A inicial de fls. 02/05 veio instruída com os documentos de fls. 06/21.*
> *Apensos a estes autos os autos de Inscrição para Adoção n. 8197-9/06.*
> *Deferida a guarda provisória aos postulantes, por meio da decisão de fls. 25, procedeu-se à oitiva da genitora, em Juízo, manifestando sua concordância em que as filhas fossem adotadas, isto depois de cientificada dos efeitos do instituto, fls. 26.*
> *O relatório elaborado pela Seção de Adoção encontra-se às fls. 30/36.*
> *O órgão ministerial pugnou pela realização de estudo complementar, englobando a família biológica das adotandas, fls. 38, indeferido por meio da decisão de fls. 39, objeto de Agravo de Instrumento interposto por aquele órgão, fls. 41/48.*
> *Indeferido o efeito suspensivo postulado, fls. 53/54, tornaram os autos aquele órgão para manifestação, tendo o representante do Ministério Público oficiado no feito às fls. 60/67, pela improcedência do pedido." Fl. 71.*

Acrescento que o MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal julgou procedente o pedido, concedendo aos postulantes E. P. de M. e R. C. de M. a adoção de M. T. R. e M. L. R., uma vez que estão preenchidos os requisitos insertos nos artigos 28, *caput,* 39/43 e 165/169, todos da Lei nº 8.069/90, extinguindo, em consequência, o poder familiar da genitora com relação às adotandas.

Determinou, ainda, a inscrição da sentença no Registro Civil. Competente, mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão, consignando-se os nomes dos

requerentes e de seus ascendentes como pais e avós das adotandas, que passarão a chamar-se, respectivamente, M. T. C. de M.*(sic)* e M. L. C. de M., conforme informado na inicial, após o cancelamento do registro original.

Insurge-se contra a r. sentença monocrática, o il. Representante do *Parquet* arguindo, em preliminar, a nulidade da r. sentença monocrática, nos termos do artigo 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 84 do Código de Processo Civil, ante a ausência de estudo técnico sobre a família biológica das infantes requerido por este órgão, a ser elaborado pela Seção de Adoção, a fim de que fosse evidenciado o caráter excepcional a ser observado para colocação em família substituta, conforme dispõe o artigo 19 do Estatuto Menorista. Sustenta, assim, a violação ao disposto no artigo 202 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mérito, repisa as alegações expendidas na preliminar suscitada, ao argumento de que foi deferido o pedido de adoção formulado pelos ora recorridos, sem que houvesse a avaliação das condições e possibilidades de permanência das crianças no seio da família biológica.

Sustenta, por oportuno, a importância dos cuidados dos pais e, em qualquer hipótese, em um ambiente de afeto e segurança moral e material, pois apenas em circunstância excepcionais a infante será apartada da genitora, conforme o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Salienta que a "*única informação que existe sobre os genitores é aquela prestada em audiência onde informou-se que entrega o filho para os recorridos por não ter condições socioeconômicas de cuidar da criança*". Fl. 90.

Faz menção, ainda, ao princípio constitucional da igualdade, o qual revela que a falta ou carência de recursos financeiros ou materiais, não se revela motivo bastante para a perda ou suspensão do poder familiar, eis que a família deve ser incluída em programas oficiais de auxílio, a teor do artigo 23 da Lei nº 8.069/90.

Por derradeiro, informa a necessidade do cumprimento ao princípio da filiação integral, asseverando que não se pode retirar das crianças o direito à verdade biológica, mormente em relação aos genitores, bem como o conhecimento do vínculo biológico com seus irmãos, avós, tios e primos.

Pede, assim, o provimento do recurso de apelação para, acatando a preliminar suscitada, declarar nula a r. sentença combatida, ante a afronta aos artigos 202 e 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como ao artigo 84 do Código de Processo Civil, determinando, por conseguinte, o retorno dos autos ao juízo *a quo*.

Caso ultrapassada a preliminar, pede no mérito, a reforma da r. sentença, declarando a sua insubsistência, ante a deficitária instrução processual, cassando-se o julgado e, ainda, determinando a realização do estudo psicossocial da família biológica das crianças.

Requer, ainda, seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, em face do eminente perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Contra-razões às fls. 99/106.

Em decisão de fl. 140, o il. Juiz manteve a r. sentença impugnada.

A douta Procuradoria de Justiça, em Parecer de fl. 113 da lavra do il. Procurador de Justiça Dr. Petrônio Calmon Filho, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) - Cabível e tempestivo, conheço do recurso.

Cuida-se de apelação interposta pelo il. Representante do *Parquet*, em face da r. sentença monocrática de fls. 71/74, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal que julgou procedente o pedido inicial, concedendo aos postulantes E. P. de M. e R. C. de M. a adoção de M. T. R. e M. L. R., uma vez que estão preenchidos os requisitos insertos nos artigos 28, *caput,* 39/43 e 165/169, todos da Lei nº 8.069/90, extinguindo, em consequência, o poder familiar da genitora com relação às adotandas.

Determinou, ainda, a inscrição da sentença no Registro Civil. competente, mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão, consignando-se os nomes dos requerentes e de seus ascendentes como pais e avós das adotandas, que passarão a chamar-se, respectivamente, M. T. C. de M.*(sic)* e M. L. C. de M. *(sic),* conforme informado na inicial, após o cancelamento do registro original.

Em preliminar, argui a nulidade da r. sentença monocrática, nos termos do artigo 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 84 do Código de Processo Civil, ante a ausência de estudo técnico sobre a família biológica das infantes requerido por este órgão, a ser elaborado pela Seção de Adoção, a fim de que fosse evidenciado o caráter excepcional a ser observado para colocação em família substituta, conforme dispõe o artigo 19 do Estatuto Menorista. Sustenta, assim, a violação ao disposto no artigo 202 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mérito, repisa as alegações expendidas na preliminar suscitada, ao argumento de que foi deferido o pedido de adoção formulado pelos ora recorridos, sem que houvesse a avaliação das condições e possibilidades de permanência das crianças no seio da família biológica.

Sustenta, por oportuno, a importância dos cuidados dos pais e, em qualquer hipótese, em um ambiente de afeto e segurança moral e material, pois apenas em circunstância excepcionais a infante será apartada da genitora, conforme o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Salienta que a "*única informação que existe sobre os genitores é aquela prestada em audiência onde informou-se que entrega o filho para os recorridos por não ter condições socioeconômicas de cuidar da criança*". Fl. 90.

Faz menção, ainda, ao princípio constitucional da igualdade, o qual revela que a falta ou carência de recursos financeiros ou materiais, não se revela motivo bastante para a perda ou suspensão do poder familiar, eis que a família deve ser incluída em programas oficiais de auxílio, a teor do artigo 23 da Lei nº 8.069/90.

Por derradeiro, informa a necessidade do cumprimento ao princípio da filiação integral, asseverando que não se pode retirar das crianças o direito à verdade biológica, mormente em relação aos genitores, bem como o conhecimento do vínculo biológico com seus irmãos, avós, tios e primos.

Pede, assim, o provimento do recurso de apelação para, acatando a preliminar suscitada, declarar nula a r. sentença combatida, ante a afronta aos artigos 202 e 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como ao artigo 84 do Código de Processo Civil, determinando, por conseguinte, o retorno dos autos ao juízo *a quo*.

Caso ultrapassada a preliminar, pede no mérito, a reforma da r. sentença, declarando a sua insubsistência, ante a deficitária instrução processual, cassando-se o julgado e, ainda, determinando a realização do estudo psicossocial da família biológica das crianças.

Requer, ainda, seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, em face do eminente perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Contra-razões às fls. 99/106.

Em decisão de fl. 140, o il. Juiz manteve a r. sentença impugnada.

A douta Procuradoria de Justiça, em Parecer de fl. 113 da lavra do il. Procurador de Justiça Dr. Petrônio Calmon Filho, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

Eis a suma dos fatos.

Observo, *ab initio,* que o tema trazido à baila pelo Ministério Público cinge-se, precipuamente, à questão relacionada aos vínculos biológicos, sustentando que deve ser observado o caráter excepcional de inserção de infantes em família substituta, conforme dispõe o artigo 19 do Estatuto Menorista.

Razão, porém, não assiste ao il. Representante do *Parquet.*

É importante salientar, inicialmente, que as infantes estão sob a guarda dos requerentes, ora apelados, desde os quatro dias de nascidas, conforme consta do Relatório de Adoção nº 047/08, anexado aos autos às fls. 31/36.

A seu turno, no que concerne à ausência de estudo técnico sobre a família biológica das infantes, o qual fora requerido pelo órgão ministerial, ora recorrente, verifico que no Termo de Declarações prestadas em audiência pela genitora das crianças, M. R. da S. P., se fazia presente na assentada o Representante Ministerial, ocasião em

que deveria ter questionado sobre as incertezas acerca das possibilidades de permanência das crianças no seio da família biológica.

Vale ressaltar, ainda, que na audiência realizada na Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, a genitora das crianças foi devidamente alertada sobre os efeitos do instituto da adoção, manifestando naquele momento a sua anuência, observando-se, por conseguinte, todos os seus consectários.

Confira-se:

> "*que tem certeza de que quer entregar as crianças em adoção para os requerentes; com as adotandas, possui ao todo cinco filhos; a filha mais velha mora no Piauí e os dois outros moram com a declarante;* **quando ficou grávida o pai biológico disse que não queria a criança e que era para a declarante "se virar"; nenhum parente teve condições de ajudar na criação das gêmeas;** *não quis que as filhas passassem pelo mesmo que os irmãos passaram; só tem interesse em dar as meninas se for para o casal de requerentes;* **que conhece os efeitos do instituto da adoção, principalmente no que tange ao seu caráter de irrevogabilidade, perda do poder familiar de geratriz, aos direitos sucessórios, e a lavratura de um novo registro civil das adotandas, no qual constará o nome dos requerentes e de seus ascendentes como se biológico fossem; que também tem ciência de que nem mesmo terá direito de visitar suas filhas; que sabe que mesmo se no futuro passar a ter condições financeiras de ter as filhas consigo, não mais terá direito a elas; que está decidida a entregar as filhas para fins de adoção; que concorda com o pedido formulado na inicial; que não tem qualquer intenção de contestar o pedido de adoção. O Ministério Público e a Defensoria Pública nada perguntaram.**" *Fl. 26. Grifo nosso.*

Por outro lado, apesar do órgão ministerial fazer menção ao princípio da filiação integral, ao asseverar que não se pode retirar das crianças o direito à verdade biológica, com maior razão deve prevalecer à hipótese a supremacia dos interesses das menores, eis que plenamente adaptadas ao lar para onde foram levadas com apenas quatro dias de vida e, atualmente, recém completados 01 (hum) ano de idade.

Amparando a tese, trago à colação aresto deste eg. Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"PROCESSO CIVIL - ADOÇÃO - POSSIBILIDADE - PRESENÇA DOS ELEMENTOS AUTORIZADORES. APELAÇÃO*

> *- PAI BIOLÓGICO - PERDA DO PODER FAMILIAR - NÃO PROVIMENTO.*
> *1.* **É cabível a medida excepcional de inserção de menor em família substituta, prevalecendo sua proteção integral e atendidos seus superiores interesses, quando comprovado que o adotando está plenamente inserido naquele novo contexto familiar, com os vínculos de parentalidade e filiação consolidados.**
> *2. O pai biológico não tem direito ao filho e perde o poder familiar, quando a criança é fruto de possível estupro e fora entregue pela genitora logo após o seu nascimento.*
> *3. Recurso não provido. (20040130060109APE, Relator: Desembargador J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 16/04/2008 p. 41)". Grifo nosso.*

Ademais, não há como negar o consentimento da genitora para o ato de adoção das infantes pelos ora apelados, o qual fora prestado em audiência, conforme se infere à fl. 26.

Nesse sentido já se manifestou essa eg. Corte de Justiça, *litteris*:

> **"ADOÇÃO. CONSENTIMENTO DA MÃE BIOLÓGICA NA PRESENÇA DO JUIZ, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA. SUPREMACIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA.**
> **1. O consentimento para a adoção prestado pela mãe biológica em audiência de justificação na presença do Juiz, do Ministério Público, como *custos legis*, e da Defensoria Pública atende ao disposto no parágrafo único do art. 166 do ECA, máxime se decorridos um ano e nove meses não tenha sido tomada qualquer medida para reverter o ato.**
> **2. Deve prevalecer a supremacia dos interesses da criança, adaptada ao novo lar para onde se mudou com cinco dias de vida, atualmente com quase dois anos de idade.**
> *(20060130064903APE, Relator: Desembargador FERNANDO HABIBE, 3ª Turma Cível, julgado em 23/07/2008, DJ 28/07/2008 p. 46)". Grifo nosso.*

A meu ver, assim, com acerto decidiu o il. Juiz sentenciante ao conceder aos requerentes, ora apelados, a adoção das menores M. T. R. e M. L. R.

Confira-se:

"Cuida-se de pedido de adoção em favor das infantes M. T. R. e M. L. R. (sic), ajuizado por E. P. de M. e R. C. de M. (sic).
Vê-se que a genitora, cientificada acerca das consequências do instituto, manifestou sua anuência, sendo que as crianças não tiveram paternidade reconhecida.
Referida oitiva deu-se na presença do Defensor Público, e de representante do Ministério Público, tendo ela declarado, naquela assentada, que o pai biológico, ao saber da gravidez, disse que não queria a criança e que era para a declarante "se virar", além do que, afirmou que nenhum familiar tinha condições de auxiliá-la na criação e educação das filhas, fls. 26.
Não há que se argumentar, agora, as formas lacônicas que são utilizadas nas atas de audiência, até porque ali consignado que o órgão ministerial nada perguntou, sendo aquela a oportunidade de questionar à genitora, inclusive, acerca dos motivos que a levaram a abrir mão do exercício da maternagem ou mesmo outros dados acerca do suposto pai biológico.
A realização de estudo social com a família biológica deverá ocorrer nos casos em que se depreenda qualquer fato que o justifique, ou seja, a genitora ou a família extensa demonstre, de forma clara nos autos, eventual arrependimento.
Não sendo este o caso, mostra inviável e totalmente desnecessária tal providência.
Importante frisar aqui que a equipe técnica, cuja competência encontra-se expressa no artigo 151 do ECA, está subordinada à autoridade judiciária, servindo o estudo como subsídio ao livre convencimento do Juízo.
Vê-se que, decorridos exatos dez meses da oitiva, não há nos autos qualquer notícia acerca de manifestação da genitora ou mesmo da família extensa no sentido de reaver a guarda das filhas ou mesmo exercer o direito de visitas, já estando elas prestes a completar um ano de vida.
Demonstrou a genitora, de forma livre e consciente, seu desejo perante este Juízo, pelo que não vislumbro necessária a realização do estudo complementar, requerido pelo órgão ministerial, até mesmo porque as crianças estão sendo criadas, desde os primeiros dias de vida, pelos requerentes, não havendo mais que se falar em modificação da situação, benéfica às infantes, cujos interesses devem prevalecer sobre quaisquer outros, em homenagem ao princípio basilar da proteção

integral preconizado pelo ECA.
É inegável o direito de toda criança de ser criada no seio de sua família biológica, porém é de clareza solar a falta de condições de inúmeras famílias em manter consigo a prole, não podendo crianças e adolescentes ficarem a mercê de providências a serem tomadas pelo Estado, no sentido de implementar políticas sociais que auxiliem as famílias no combate à pobreza, sendo que qualquer medida neste sentido deveria ter sido efetivada antes mesmo da gravidez e não agora, quando as crianças já existem, de fato, e clama por cuidados que a genitora, à toda evidência, não tem condições de oferecer.
Tivesse o Juízo o poder de exigir que os pais criassem e educassem os seus filhos, como afirmou a subscritora de fls. 60/67, não teríamos tantas crianças e adolescentes em abrigos, até porque este posicionamento seria tomado, à toda evidência, em relação aos pais de crianças institucionalizadas para, só então, preocupar-se com aquelas que têm todos os seus direitos preservados junto a lares substitutos.
Não se mostra crível, à toda evidência, que a representante ministerial tenha oficiado pela improcedência da ação, descuidando-se, às escâncaras, da primordial função daquela promotoria em atuar na defesa dos interesses de crianças e adolescentes, sem nem mesmo sugerir, no improvável caso de se acolher sua sugestão, qual destino seria dado às adotandas.
É que, em se julgando improcedente o pedido, a consequência natural seria a revogação da guarda provisória e o recolhimento das crianças e, diante do desinteresse da genitora em exercer a maternagem, outra opção não teria este Juízo senão determinar o abrigamento de ambas, em total descompasso com os objetivos preconizados pelo ECA.
O conjunto probatório carreado aos autos é suficiente para embasar decisão no sentido de julgar procedente o pedido, diante do evidente desinteresse e falta de condições econômicas e psicológicas da genitora em assumir os cuidados com as filhas, com as quais não manteve qualquer contato". Fls. 72/73. Grifo nosso.

Logo, escorreita a r. sentença monocrática que julgou procedente o pedido inicial dos requerentes, ora apelados, para conceder a adoção das infantes M. T. R. e M. L. R. e, por conseguinte, no que concerne ao poder familiar, a sua extinção em relação à genitora é medida a ser observada, conforme disposto no artigo 1635, inciso IV do Código Civil.

A meu sentir, assim, incabível as argumentações expendidas pela ora apelante.

Frente às razões supra, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Com o Relator.

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003011077424-6

Apelante - R.F. de C.
Apelado - S.P.
Relator - Des. João Egmont
Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEI DE IMPRENSA. EFICÁCIA DA SUSPENSÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. QUEIXA. CALÚNIA, INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. *ANIMUS NARRANDI*.

I- Segundo decidido no julgamento da ADPF-MC 130/DF, a suspensão de diversos dispositivos da Lei de Imprensa, pelo e. Supremo Tribunal Federal, *"não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal."* (ADPF-MC 130/DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, DJe 7/11/2008)

II - Para a configuração dos crimes de calúnia e injúria previstos, nos termos da Lei de Imprensa, cumpre ao autor, vítima do fato, comprovar que o réu agiu com *animus injuriandi, difamandi e caluniandi*.

III - A mera divulgação de notícias notórias e de amplo interesse público, acompanhada da ausência de sensacionalismo, por parte do acusado, configura a atipicidade da conduta, por força da presença *animus narrandi*, inerente à atividade jornalística.

IV - "Tanto a Constituição Federal (*ex vi* art. 220, § 1º) como a Lei de Imprensa (art. 27) asseguram o livre exercício da liberdade de informação, buscando, justamente, assegurar ao cidadão o direito à informação, medida indispensável para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito". (HC 62390/BA, Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 23/10/2006)

V - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Egmont - Relator, George Lopes Leite - Vogal, Sandra De Santis - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Sandra De Santis, em proferir a seguinte decisão: desprover. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de março de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta em ação penal privada proposta, em **17 de setembro de 2003**, por **R.F. de C.**, com fulcro nos art. 20, 21 e 22 da Lei 5.250/67, em face de **S.P.** e **M.F.S.**, sob a alegação de que ambos seriam responsáveis por publicações, no *Jornal do Brasil* e no *JB online Brasília*, com conteúdo de natureza calunioso, difamatório e injurioso.

De acordo com a queixa, as reportagens, transcritas na exordial, de autoria do primeiro querelado, em entrevista ao segundo, teriam sido ofensivas à honra do querelante, delegado de polícia, na medida em que o acusavam de conivência quanto à prática de violência e tortura nas dependências da Delegacia Policial do Novo Gama (GO).

Em **22 de março de 2005**, foi rejeitada a queixa-crime em relação a **M.F.S.**, sob o fundamento de não haver justa causa para ação penal (art. 44, § 1º, Lei n.º 5250/67), prosseguindo a demanda apenas quanto ao querelado **S.P.**. (fl. 137v.)

Em apenso, constam os autos da exceção de incompetência ajuizada pelo primeiro querelado (proc. nº 2003.01.1.094239-8) e da ação penal nº140/03 (com oito volumes).

Na primeira instância, a pretensão autoral foi julgada improcedente, tendo o d. Juízo *a quo*, depois de aplicar o art. 383 do CPP, para restringir a imputação acusatória ao delito de calúnia (art. 20, L. 5.250/97), decidido que "*dos textos publicados e que instruem a presente ação, denota-se não demonstrado o elemento subjetivo do crime em tela, ou seja, a intenção de imputar falsamente ao querelante fato definido como crime*". (fls. 585/596)

Na presente apelação, o querelante defende a reforma do *decisum*, alegando que as expressões utilizadas pelo apelado em suas publicações, como "violência", "Tortura e medo no Novo Gama", "Xerife do Novo Gama", seriam suficientes para demonstrar seu dolo em caluniar, extrapolando o *animus narrandi* ou *animus criticandi*. Questiona o aresto jurisprudencial destacado na r. sentença, aduzindo que o mesmo não se adéqua ao caso. Ressalta que as alegações feitas pelo querelado não foram confirmadas, já que

não foi demitido de seu cargo de delegado ou respondeu a qualquer processo disciplinar ou ação penal. Ao final, pugna pela procedência da queixa-crime, para condenar **S.P.**, pelos crimes previstos nos arts. 20, 21 e 22, c/c art. 23, inc. II, da Lei 5.250/67. (fls. 601/610)

Preparo à fl. 611.

Contra-razões apresentadas por **S.P.**, sustentando o improvimento do recurso. (fls. 639/647)

Parecer Ministerial, oficiando pela manutenção da r. sentença. (fls. 650/654)

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTOS

Des. João Egmont (Relator) - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ab initio, cumpre destacar que o presente julgamento faz-se de acordo com a decisão emanada da e. Suprema Corte, nos autos da **ADPF-MC 130/DF**, que determinou a suspensão de diversos dispositivos da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), prevendo que referida suspensão *"não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal."*

Conforme relatado, trata-se de apelação interposta em ação penal privada proposta por **R.F. de C.** em face de **S.P.** e **M.F.S.**, sob a alegação de que ambos seriam responsáveis por publicações, no *Jornal do Brasil* e no *JB online Brasília*, com conteúdo de natureza calunioso, difamatório e injurioso.

Tendo sido rejeitada a queixa-crime em relação a **M.F.S.**, sob o fundamento de não haver justa causa para ação penal (art. 44, § 1º, Lei n.º 5250/67), a demanda prosseguiu apenas quanto ao querelado **S.P.**. (fl. 137v.)

De acordo com o entendimento de primeira instância, a pretensão autoral foi julgada improcedente, tendo o d. Juízo *a quo*, depois de aplicar o art. 383 do CPP, para restringir a imputação acusatória ao delito de calúnia (art. 20, L. 5.250/97), decidido, em síntese, pela atipicidade da conduta do querelado, diante da ausência de prova do dolo. (fls. 585/596)

Na apelação, o querelante defende que as expressões e palavras utilizadas pelo apelado em suas publicações, como "*violência*", "*Tortura e medo no Novo Gama*", "*Xerife do Novo Gama*", seriam suficientes para demonstrar seu dolo em caluniar, extrapolando o *animus narrandi* ou *animus criticandi*. Ressalta, ainda, que nenhuma das alegações feitas pelo querelado foram confirmadas, já que não foi demitido de seu cargo

de delegado ou respondeu a qualquer processo disciplinar ou ação penal. Ao final, pugna pela procedência da queixa-crime, para condenar **S.P.**, pelos crimes previstos nos arts. 20, 21 e 22, c/c art. 23, inc. II, da Lei 5.250/67. (fls. 601/610).

Em que pese o esforço do apelante, tenho que a r. sentença não merece reparos, eis que proferida em consonância com as provas dos autos e com a legislação aplicável ao caso.

Na verdade, das matérias indicadas pelo autor, colacionadas das fls. 23/39, verifica-se, de forma nítida, a presença apenas do *animus narrandi*, pelo que não há que se falar em crimes contra a honra. Em todas as reportagens o que se observa é o intuito jornalístico, restrito à narrativa de fatos relatados por possível vítima de abusos ocorridos em delegacia de polícia, não transparecendo qualquer intenção de injuriar, difamar ou imputar falsamente ao autor fato definido como crime.

Com efeito, conforme ressaltado no *decisum*, para a configuração dos crimes de calúnia, difamação e injúria previstos na Lei de Imprensa, é imprescindível que as publicações veiculadas demonstrem o elemento subjetivo da conduta do réu, consistente no *animus caluniandi*, *difamandi* ou *injuriandi*.

Na reportagem do dia 22/06/2003 (Jornal do Brasil, Ed. 75), o réu restringiu sua reportagem ao relato prestado por M.S., que informou-lhe ter sido vítima de agressões praticadas por agentes policiais, no interior da delegacia, onde o réu estava de plantão. Em 25/06/2003 (Jornal do Brasil, Ed. 78), mais uma vez não houve excesso ao exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista que a notícia restringiu-se à declaração do Secretário de Segurança do Estado de Goiás, quanto ao possível afastamento do réu, em virtude dos fatos narrados na primeira reportagem. Na mesma linha, foi a publicação do dia 26/06/2003 (Jornal do Brasil, Ed. 79), onde o querelado noticia que M.S. "*voltou a acusar*" o apelante de "*conivência com as sessões de tortura ocorridas no interior da delegacia no dia 22 de março*".

Enfim, a mesma conclusão se chega da leitura das demais reportagens indicadas pelo autor, eis que em todas fica evidente que o querelado, procurado pela vítima, tinha o intuito de noticiar fatos graves ocorridos no interior de delegacia de polícia, no dia em que o apelante estava de plantão. Sendo certo, ainda, que os fatos narrados pelo réu, à época, eram notórios, tendo repercutido com tamanha importância, que, conforme informado pelo então Secretário de Segurança Pública do Estado de Goiás, em depoimento prestado nos autos, ***"todos os jornais de grande circulação em Brasília e em Goiás enfocaram a matéria em questão"***. (fls. 486/487).

Sob essa ótica, a constatação de que as matérias restringiam-se, tão somente, à divulgação de notícias de inegável interesse público (como acontece com a denúncia de tortura por policiais), acompanhada da ausência de sensacionalismo infundado, por parte do acusado, conduz à inafastável constatação da presença de simples *animus narrandi*, o que, por sua vez, torna atípica a conduta do acusado.

Segundo a doutrina de Nelson Hungria, a demonstração do *animus narrandi* exclui o dolo, na medida em que o dolo específico nos crimes contra a honra consubstancia-se:

> *"na consciência e vontade de ofender a honra alheia (reputação, dignidade ou decoro), mediante a linguagem falada, mímica ou escrita. É indispensável a vontade de injuriar ou difamar, a vontade referida ao* eventus sceleris, *que é no caso, a ofensa à honra." (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, volume VI, arts. 137 ao 154, 5 ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 53).*

Sob essa ótica, escorreito o entendimento de primeiro grau, porquanto não se afigura conduta ilícita, ensejadora de responsabilização penal, a matéria jornalística onde tão-somente são narrados fatos, com manifesto *animus narrandi*.

Com esse entendimento, destaco o seguinte aresto desta e. Corte, *verbis*:

> *"PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA-CRIME. LEI DE IMPRENSA. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO. INJÚRIA. REJEIÇÃO DA PEÇA DELATÓRIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. - Verificada a presença apenas do* animus narrandi, *não há que se falar em crimes contra a honra. - Recurso não provido. Unânime". (20050710063207APR, Relator APARECIDA FERNANDES, 2ª Turma Criminal, julgado em 04/10/2007, DJ 30/04/2008 p. 150)*

No mesmo diapasão, colhe-se o seguinte julgado do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS. *ARTS. 20 E 22, C/C ART. 23, III DA LEI DE IMPRENSA. QUEIXA. TRANCAMENTO. LIBERDADE DE IMPRENSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL. ANIMUS NARRANDI. DIREITO À INFORMAÇÃO. I - Para a configuração dos crimes de calúnia e injúria previstos na Lei de Imprensa, é indispensável que se tenha, acerca das publicações veiculadas na mídia, ao menos indícios de que o réu que as fez publicar, tenha agido imbuído de* animus injuriandi *e* caluniandi. *II - Constatada a hipótese - como no presente caso - de que se sucedeu tão somente a divulgação de notícias de inegável interesse público, ausente ainda*

> *evidência de má-fé ou sensacionalismo infundado, por parte do acusado, resta a constatação da presença de simples* animus narrandi, *inerente à atividade jornalística. III - Tanto a Constituição Federal* (ex vi *art. 220, § 1º) como a Lei de Imprensa (art. 27) asseguram o livre exercício da liberdade de informação, buscando, justamente, assegurar ao cidadão o direito à informação, medida indispensável para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.* Writ *concedido". (HC 62390 / BA, Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 23/10/2006)*

Destarte, a notoriedade dos acontecimentos veiculados, o nítido intuito narrativo e a relevância dos fatos narrados nas reportagens demonstram a atipicidade da conduta imputada ao querelado.

Forte nesses fundamentos, NEGO PROVIMENTO ao apelo, para confirmar a r. sentença, por suas próprias e jurídicas razões.

É como voto.

Des. George Lopes Leite (Vogal) - Com o Relator.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Desprover. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005011057825-5

Apelante - S.K.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. George Lopes Leite
Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA. CRIME FORMAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. REDISTRIBUIÇÃO DE AUTOS ENTRE PROMOTORIAS ESPECIALIZADAS. ANÁLISE DA DOSIMETRIA. AÇÕES E INQUÉRITOS PENAIS EM ANDAMENTO PODEM EVIDENCIAR PERSONALIDADE TENDENTE À CRIMINALIDADE. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO NÃO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. IMPOSIÇÃO QUANDO PRESENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 92, I 'A' DO CÓDIGO PENAL. PENA DE MULTA DA LEI 8.137/1990. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO EM PARÂMETRO LEGAL REVOGADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO PARCIAL DE AMBOS OS RECURSOS.

1. Nos crimes de advocacia administrativa perante a Fazenda (artigo 3º, III da Lei 8.137/1990), o elemento subjetivo na atuação como servidor público se configura com o simples patrocínio, auxílio ou ajuda na resolução do processo, não exigindo necessariamente o resultado favorável ao administrado, por se tratar de crime formal.

2. O Princípio do Promotor Natural visa evitar que uma acusação por crime seja procedida por órgão de exceção. Não o ofende a simples redistribuição interna dos autos entre promotorias criadas anteriormente com especialização no combate a determinados crimes especificados na norma interna.

3. A existência de múltiplas ações penais em curso, algumas inclusive com condenação em primeira instância, denota má índole e propensão para o crime, afetando negativamente a

personalidade do réu. Todavia, se é a única circunstância judicial desfavorável, não tem o condão de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que recomendada por outras circunstâncias judiciais igualmente ponderáveis.
4. A perda do cargo público não é efeito automático da condenação, mas ocorre nos casos em que o crime é praticado com violação do dever para com a Administração Pública se a pena corporal for superior a um ano, conforme expressa previsão do artigo 92, I, 'a", do Código Penal.
5. As penas de multa previstas na Lei 8.137/1990 são inaplicáveis desde a edição da Lei 8.177/1991, que extinguiu o indexador denominado "BTN", sem, contudo, indicar outro em substituição. Não pode o intérprete do Direito Penal usar a analogia *in malam partem* para impor esta pena acessória, sob pena de ofensa ao princípio da anterioridade da lei penal.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, George Lopes Leite - Relator, Sandra De Santis - Revisora e Edson Alfredo Smaniotto - Vogal, sob a presidência do Desembargador George Lopes Leite, em prover parcialmente ambos os recursos. Unânime, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

S.K. e T.K. foram denunciados por infringirem, respectivamente, o artigo 3º, inciso III da Lei 9.137/1990, combinado com o artigo 71 do Código Penal, e artigo 3º, inciso III combinado com o artigo 11, do mesmo diploma legal, pelos seguintes fatos: na qualidade de Auditor Fiscal da Receita Federal, o denunciado teria formulado impugnações a processos administrativos tributários e respectivos recursos voluntários em favor da empresa autuada (Via Veneto), utilizando a filha T., advogada constituída, para ocultar sua participação. Assim, incorreram ambos na conduta de patrocínio indireto de interesse privado perante a Administração Pública.

Consta, ainda, da denúncia que o réu, após regular autuação por débito tributário da Via Veneto, da qual não participou diretamente, entrou em contato com a direção da loja e se propôs a indicar profissional qualificado para prestar serviços

advocatícios à empresa, na defesa administrativo-fiscal. Ao sócio-gerente da autuada não apenas indicou a própria filha para advogar a causa como também negociou honorários para produzir as peças jurídicas junto à Administração Pública.

A denúncia foi recebida somente em relação ao denunciado S., tendo entendido o juízo da primeira instância, secundado pelo Tribunal, em sede de recurso em sentido estrito, que o regular exercício da profissão advocatícia não pode constituir ilícito penal. A sentença condenou o réu em um ano e dois meses de reclusão, substituídos por duas penas restritivas de direitos, além de vinte dias-multa calculados à base de um salário mínimo.

A defesa apela, alegando em preliminares: (1) dupla incriminação, por estar sendo processado pelos mesmos fatos na ação penal nº 2005.01.1.000629-7, em trâmite perante o mesmo Juízo da causa; (2) impossibilidade de conhecimento ou nulidade da interceptação telefônica levada a efeito com a quebra de sigilo, devido à inexistência de relatório final da diligência; (3) ofensa ao princípio do promotor natural devido à redistribuição do inquérito policial dentro dos quadros do Ministério Público; e (4), por fim, afirma a inépcia da denúncia, por não atender aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, com o relato minucioso dos fatos.

No mérito, alega que não existe prova nos autos que indique ter sido autor dos recursos administrativos apresentados, acrescentando que não está presente circunstância elementar do tipo penal referente à prática criminosa valendo-se da condição de funcionário público, pois teria apenas indicado profissional de advocacia, sem exercer qualquer tipo de influência em razão da sua condição de funcionário público.

Apela também o órgão acusador, aduzindo a inobservância dos maus antecedentes do réu na primeira fase de dosimetria; que o aumento de pena pelo crime continuado deve ser maior, haja vista que foram praticados cinco crimes, e não apenas dois; que é incabível a substituição da pena privativa de liberdade em razão dos antecedentes penais do acusado; que a sentença não atentou para a necessária condenação do réu à perda de seu cargo público; e, por fim, que a pena de multa não atendeu à determinação legal de fixação em Bônus do Tesouro Nacional, como prevê a Lei 8.137/1990.

Em contra-razões, as partes refutaram mutuamente as alegações adversativas. A Procuradoria de Justiça manifestou-se no sentido de desprovimento do recurso da defesa e provimento parcial do recurso ministerial no que toca à majoração da pena-base, maior fração de aumento de pena em razão de crime continuado e perda do cargo público.

É o relatório. À Revisão.

VOTOS

Des. George Lopes Leite (Presidente e Relator) - Conheço de ambos os recursos porque presentes seus pressupostos, contudo, apreciando-os separadamente.

Entendeu a sentença que o réu, como Auditor Fiscal da Receita Federal, teria produzido impugnações em processos administrativos tributários, inclusive os respectivos recursos em favor de empresa autuada por infração fiscal, utilizando a filha como advogada constituída para ocultar sua própria participação na defesa, incorrendo, assim, na conduta de patrocínio indireto de interesse privado perante a Administração Pública.

Do recurso de S.K.:

A alegação de litispendência foi devidamente superada pela sentença de folhas 1.462/1.463, que esclareceu que o processo 2005.01.1.000629-7 refere-se à auto de infração lavrado contra outra empresa e, portanto, possui objeto diverso, o que não enseja litispendência.

Desa. Sandra De Santis (Revisora) - Também estou afastando, Senhor Presidente.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - De acordo.

Des. George Lopes Leite (Presidente e Relator) - A preliminar atinente à impossibilidade de conhecimento da prova consistente na reprodução de trechos da interceptação telefônica, autuada sob o número 11290-7/04 não tem fundamento, vez que foi atendido à sentença, à folha 1.463, que não se fundou nessa prova. Quanto à nulidade da referida interceptação, não assiste razão à defesa, eis que a eventual quebra de sigilo durante a produção da prova não acarreta o vício, ensejando apenas a responsabilização daquele que permitiu ou fomentou o conhecimento por parte de terceiros dos dados sigilosos contidos no processo, quando cabível.

De igual forma, o princípio do Promotor Natural não foi violado nos presentes autos. O simples fato de haver redistribuição interna do inquérito policial não ofende a esse princípio, uma vez que o Ministério Público é órgão uno e indivisível. O Promotor Natural objetiva impossibilitar que o réu seja acusado por órgão de exceção criado exclusivamente para esse fim, não existindo qualquer ofensa ao referido princípio, mesmo porque a redistribuição citada teve como destinatário exatamente o órgão criado na estrutura interna da instituição para tratar da matéria especializada, sendo a denúncia assinada por todos os promotores da Promotoria da Defesa da Ordem Tributária.

Desa. Sandra De Santis (Revisora) - Estou rejeitando.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - De acordo.

Des. George Lopes Leite (Presidente e Relator) - A alegação de inépcia da denúncia se confunde com o pleito meritório de não atendimento à elementar do tipo "condição de funcionário público". Alega a defesa que a denúncia é inepta porque não descreve os fatos com precisão à medida que não define quando o agente se valeu da condição de funcionário público, enquanto a alegação meritória de improvimento afirma que deve ser absolvido o réu porque esse nunca se valeu da condição de funcionário público para supostamente defender interesses privados.

Desa. Sandra De Santis (Revisora) - Igualmente rejeito a alegação de inépcia da denúncia. Observa-se que o órgão acusador, em atendimento aos requisitos do artigo 41 do CPP, expôs com precisão os expedientes adotados pelo auditor S. em detrimento da administração da receita. Todas as circunstâncias para a configuração da conduta tipificada no art. 3º, inciso III, da Lei 8.137/90 foram descritas, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

Superadas as questões prejudiciais, passo ao mérito.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - De acordo.

Des. George Lopes Leite (Presidente e Relator) - De forma a refutar as duas alegações referentes ao elemento objetivo, e comprovar incontestavelmente a tipicidade, deve-se lembrar que o acusado apresentou-se aos autuados como Auditor Fiscal da Receita Federal e contratou pessoalmente, em nome da filha, os honorários advocatícios do serviço de advocacia administrativa a ser prestado, conforme depoimentos das testemunhas J.C. da S. e A.M. às folhas 1.294/1.305. Assim, a condição de funcionário público, ainda que não tenha exercido influência no resultado dos processos administrativos, foi condição preponderante para a prática delituosa. Ou seja, ainda que o resultado não tenha sido positivo, a empresa certamente levou em consideração a contratação de um Auditor Fiscal para a defesa de seus direitos, imaginando, com isso, obter vantagem.

Por tratar-se de crime meramente formal, em que não se exige a consumação do resultado para a condenação, essa independe do efetivo provimento dos recursos aviados pelo réu, portanto, escorreita, neste ponto, a condenação.

Resta, ainda, a alegação de negativa de autoria apresentada pela defesa técnica e pelo próprio réu no interrogatório, a qual, de igual forma, não merece provimento. Alega-se que não existem provas nos autos que refutem a alegação do réu

quando disse que não foi ele, mas sua filha, exclusivamente, responsável pelo patrocínio dos interesses da empresa Via Veneto frente à Administração Fazendária.

O depoimento da testemunha J.C. da S., administrador da autuada, denota, contudo, o conhecimento, pela empresa, da condição de funcionário público de S., além de comprovar que foi ele quem negociou os honorários e determinou o encaminhamento de procurações. Confira-se trecho do depoimento, às folhas 1.294/1.300:

> *[...]*
> *J: Conhece o Senhor S.?*
> *D: Ele teve uma vez em nosso escritório porque ele antes fez um trabalho de fiscalização e passou uma vez lá para pegar documentos e era em função da fiscalização.*
> *J: A relação que a empresa teve com ele, ou melhor que ele teve com a empresa é de fiscalização?*
> *D: Sim, no início foi, depois nós percebemos que nós tínhamos recolhido imposto..., nós tínhamos um escritório de contabilidade em Brasília que teve alteração da alíquota de dezoito por cento, vamos supor teria que pagar doze por cento pagamos dezoito. Nós comentamos com ele, "se vocês pagaram a mais tem que entrar com a ação e tentar recuperar esses valores, se vocês quiserem a gente pode até indicar uma pessoa" e foi essa a intermediação.*
> *J: Quem ele indicou?*
> *D: Não sabemos, ele trouxe a procuração dizendo que tinha uma pessoa que poderia fazer, não sabíamos quem era a pessoa que estava indicando.*
> *J: Era uma procuração em branco?*
> *D: ele trouxe o nome da pessoa, uma pessoa que ele estava indicando, conhecida dele.*
> *J: quem era essa pessoa?*
> *D: Depois nós fomos descobrir que era a filha dele...*
> *J: O acordo de ação de êxito foi feito com quem?*
> *D: Com o próprio S..*
> *J: Não era o advogado?*
> *D: Não.*
> *J: Fez o contrato de pagamento de honorários com o fiscal da Receita?*
> *D: Sim...*

A outra testemunha, A.M., também afirmou que o réu, no mínimo, realizava a intermediação dos serviços entre a empresa e a advogada contratada. Confira-se trecho de seu depoimento às folhas 1.301/1.305 dos autos:

J: Quem era a pessoa?
D: Deve ser a filha dele, eu não me ative que era filha dele, deu o nome, eu conhecia ele apenas como S. e foi ela que fez os processos para gente.
J: Quem manteve contato com ela, o senhor J.C. que saiu daqui, o S.?
D: Normalmente, o S. deve ter tido contato com ela, como eu também tive.
J: Pessoal?
D: Pessoal, apenas uma ou duas vezes, não íamos muito para Brasília.
J: A discussão a respeito dos honorários foi feito com quem?
D: No contrato que foi mandado de Brasília que ele nos mandou, era de êxito, se tivéssemos êxito ela ganharia um porcentual, não lembro qual era, tinha um porcentual...

Por fim, o relatório policial de 043/2005 SAAC/DECO (folha 17) espanca quaisquer dúvidas acerca da autoria das peças jurídico-administrativas aviadas em favor da empresa Via Veneto. Informa o documento que os arquivos contendo o teor das apelações administrativas e impugnações apresentados em nome da empresa, foram transferidos a partir dos e-mails xxxxx@uol.com.br e xxxxx@yahoo.com.br, ambos utilizados pelo acusado.

A alegação defensiva de que a advogada, por residir junto com o réu na mesma casa, poderia ter utilizado de seus e-mails por engano é infundada, pois não há nenhuma prova ou mesmo indício nesse sentido. A filha não se defendeu nos autos para fornecer sua versão, uma vez que a denúncia contra ela não foi recebida. Não há dúvida de que S.K. elaborou pessoalmente as impugnações e recursos administrativos aviados nos autos de infração 452/2001 e 454/2001 junto a Administração Fazendária, incorrendo assim no crime em que foi condenado.

Do recurso do Ministério Público:

O inconformismo do órgão ministerial cinge-se ao montante da pena aplicada, aduzindo ser necessária majoração da pena-base em razão da personalidade do réu, colacionando jurisprudência no sentido de que os inúmeros inquéritos policiais que investigam a conduta do acusado na possível reiteração de advocacia administrativa caracterizam maus antecedentes ou, ao mínimo, personalidade voltada para o crime, determinando a majoração pretendida.

De fato, os diversos inquéritos e ações penais em curso contra o réu denotam má-índole e propensão para o crime, embora não justifiquem os maus antecedentes,

justificando o aumento moderado da pena-base. Portanto, apesar da correta apreciação das demais circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, esta não deve ficar no mínimo legal.

A contrariedade referente à terceira fase de dosimetria da pena, ou seja, a causa de aumento do artigo 71 do Código Penal, não deve prosperar. É certo que o réu foi denunciado por crimes de advocacia administrativa pertinentes à produção de peças jurídicas nos autos infracionais 451/01, 452/01, 453/01, 454/01 e 455/01 da Subsecretaria da Receita do Distrito Federal. Contudo, a prova que estabelece a certeza da autoria dos recursos e impugnações (relatório SAAC/DECO de folhas 17/20) somente faz referência aos dois autos nos quais se baseou a sentença. Portanto, não se pode atribuir todos os fatos em desfavor do réu. Em nome do princípio *in dubio pro reo,* ele somente deve ser condenado pelos atos praticados relativos aos autos de infração nº 452/2001 e 454/2001. Assim, deve ser mantida a fração de aumento em um sexto da pena, na fase derradeira da dosimetria.

Também assiste razão ao acusador quando pede a condenação do réu à perda do cargo público. Ocorre que a sentença alegou a desnecessidade da medida pelo fato de o réu já ter sido demitido por iniciativa da própria Administração. Mas, relembra com propriedade o órgão ministerial, que tal decisão constitui ato administrativo que pode ser revisto, inclusive judicialmente, -não podendo afastar os efeitos da condenação penal, passíveis de gerar coisa julgada.

Ressalte-se que a determinação do artigo 92, inciso I, alínea 'a' do Código Penal não admite flexibilização da medida, estabelecendo a perda do cargo como decorrência direta da condenação de servidor público por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional. Não se trata de condenação automática, mas medida que se impõe quando atendidos esses pressupostos. No caso, a pena corporal é superior a um ano e o crime notoriamente foi praticado com flagrante violação do dever para com a Administração, pois se deu no exercício da atividade pública. Portanto, a perda do cargo deve constar da condenação.

Com relação à multa, a sentença também merece reforma, mas não no sentido pretendido pelo Ministério Público, ao pedir a fixação da multa em BTN's. Ocorre que a Lei 8.177/1991 extinguiu esse indexador, sem, contudo, estabelecer outro equivalente: apenas determinou a forma de correção daqueles índices já existentes. Assim, a condenação prevista na Lei 8.137/1990 não mais se aplica depois da expressa revogação do BTN, uma vez que não cabe a aplicação de outro índice por analogia.

Portanto, apesar de alguns julgados[1] deste Tribunal afirmar que a pena de multa da Lei 8.137/1990 deve ser aplicada analogicamente, com a substituição dos BTN's, julgo ser incabível sua substituição por outro instituto, por analogia. Naquele caso, como neste, o delito ocorreu após a vigência da Lei 8.177/1991, que extinguiu

o BTN. Assim ficou expresso o precedente: "afasta-se ainda a pena de multa, eis que, quando do evento, não mais vigorava o BTN, não se permitindo sua substituição pelo salário mínimo[2]".

No voto, valeu-se o Relator da doutrina que trago novamente à baila:

> *[...] Outro aspecto que merece abordagem é o fato de a Lei n. 8.137, de 27.12.90, estabelecer a pena de multa em BTN - Bônus do Tesouro Nacional.*
> *Ocorre que o BTN foi extinto pela Lei n. 8.177, de 1.3.91, sendo certo que nenhum outro título, obrigação ou referencial o substituiu, sabido que a Taxa Referencial - TR - criada concomitantemente àquela extinção - traduz apenas fator de correção setorizado, calculado com base na média da remuneração mensal das aplicações financeiras.*
> *Ou seja, não é título, bônus ou obrigação, mas apenas índice de correção...*
> *Ora, se a lei aplicável é aquela vigente no momento em que praticado o fato delituoso, deve-se convir que, se nesse momento o BTN, estabelecido como unidade de valor, para estabelecer o* quantum *da multa, já estava extinto, deve-se entender que o preceito ou norma legal que fixou a multa está revogado, sendo, pois, inaplicável.*
> *E revogado justamente pela Lei que determinou a extinção daquela unidade.*
> *Desse modo, não cabe substituir o preceito (revogado) por qualquer outro, mesmo que a título de analogia, integração analógica ou quejandas outras, eis que ofensivas ao princípio da anterioridade da lei como acima exposto.*[3]

Portanto, forte no precedente e considerando a amplitude objetiva da apelação criminal, em contraposição a não-impugnação direta da pena de multa, entendo que esta deva ser afastada.

Passo, então, à nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a personalidade voltada para o crime se apresenta como única circunstância desfavorável ao acusado, determinando o aumento moderado da pena-base, que fixo em um ano e três meses de reclusão. Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes, seguindo-se imediatamente a terceira fase. Aqui se entende que a majoração decorrente do crime continuado (artigo 71 do Código Penal) deve ser mantida em um sexto, resultando na pena definitiva de um ano, cinco meses e quinze dias de reclusão. A pena de multa deve ser excluída da condenação pelos motivos acima aclarados.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser mantida, pois apesar da personalidade negativa, o réu é tecnicamente primário e não tem antecedentes penais. A substituição da pena atende aos requisitos do artigo 44, inclusive seu inciso III, sendo suficiente para a repressão e prevenção do crime.

Condeno, ainda, o acusado na perda do cargo público, conforme disposto ao artigo 92, inciso I, alínea 'a' do Código Penal.

Posto isto, dou parcial provimento a ambos os recursos, para em favor do réu suprimir a pena pecuniária e em favor do Ministério Público para elevar a pena base e declara a perda do cargo público como efeito da condenação.

Desa. Sandra De Santis (Revisora) - As provas demonstram o acerto do decreto condenatório. Trazem à luz o patrocínio de interesse privado perante a Administração Fazendária pelo réu S., funcionário da Secretaria da Fazenda do DF, que, animado pela especial condição, atuou na defesa de interesses da empresa VIA VENETO ROUPAS LTDA.

A versão defensiva em juízo (fls. 1204/1207), no sentido de que S. não tinha conhecimento do auto de infração lavrado contra a aludida empresa, simplesmente não encontra apoio nos depoimentos testemunhais. Sem suporte também o álibi de que as relações mantidas com a gerência tinham origem em circunstâncias alheias ao fato de ser funcionário da Administração Fazendária e que desconhecia o patrocínio de causas judiciais da VIA VENETO pela filha T.K..

Merece destaque trechos do depoimento de J.C. da S., gerente administrativo da empresa autuada (fls. 1294/1300). Questionado acerca da relação mantida entre a VIA VENETO e a pessoa de S., a testemunha respondeu que este já havia atuado como Auditor Fiscal e que, em data posterior, solicitado pela gerência a prestar orientações por conta de imposto recolhido em excesso, prontificou-se a indicar profissional que a apoiasse juridicamente. Incumbiu-se de entregar-lhe o instrumento do mandato e estipular os honorários pelo serviço prestado, além do envio das peças de impugnação via malote. Confira:

> *" (...) Ele teve uma vez em nosso escritório porque ele antes fez um trabalho de fiscalização e passou uma vez lá para pegar documentos e era em função da fiscalização. (...) depois nós percebemos que nós tínhamos recolhido imposto ..., nós tínhamos um escritório de contabilidade em Brasília que teve alteração da alíquota de dezoito por cento, vamos supor teria que pagar doze por cento pagamos dezoito. Nós comentamos com ele, 'se vocês pagaram a mais tem que entrar com ação e tentar recuperar esses valores, se vocês quiserem a gente pode até indicar uma pessoa' e foi essa a intermediação. (...) ele trouxe*

> *a procuração dizendo que tinha uma pessoa que poderia fazer, não sabíamos quem era a pessoa que estava indicando. (...) Ele trouxe o nome da pessoa, uma pessoa que ele estava indicando, conhecida dele. (...) Depois que nós fomos descobrir que era filha dele. (...) caso ganhássemos a ação tínhamos que pagar para o advogado que estava indicado. (...)".*

Idêntico o conteúdo do depoimento do sócio-gerente da empresa, A.M. (fls. 1301/1305). De igual sorte afirmou conhecer S. por ocasião de anterior fiscalização nas dependências da VIA VENETO.

O Relatório da Divisão Especial de Repressão ao Crime Organizado - DECO (fls. 114/121) noticia o intercâmbio de correspondência eletrônica entre S. e *xxxxx@yahoo.com.br*, endereço que, consoante apurado, fora criado pelo réu para despistar a equipe de investigações. Curiosamente, os documentos encontrados evidenciam a existência de recursos voluntários referentes aos autos de infração nº 452/2001 e 454/2001, lavrados em detrimento da empresa VIA VENETO. A ausência de prova em contrário, que seria ônus da apelante e do teor dos e-mails, tudo demonstra que o próprio S. foi o responsável pela elaboração de todas as impugnações e recursos voluntários.

À vista desse contexto, contemplo que S.K., em conduta totalmente incompatível com as funções públicas, valeu-se do cargo auditor tributário para patrocinar interesses privados perante a Administração Fazendária. Nada a prover sobre a questão.

Passo ao exame do recurso do Ministério Público.

A MMª. Juíza condenou o réu pela prática de 02 condutas delituosas: elaboração de impugnações e defesas voluntárias aos autos de infração 452/2001 e 454/2001. Para cada crime aplicou a pena mínima prevista - 01 ano de reclusão -, além de 10 dias-multa. Estabilizou a reprimenda em 01 ano e 02 meses de reclusão, por força da continuidade delitiva, com fração de aumento em 1/6. A pena de multa foi fixada em 20 dias-multa, como resultado do somatório. Por fim, substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Dentre os pontos da irresignação, tem-se a análise das circunstâncias do artigo 59 do CP e a substituição da pena privativa de liberdade.

A pena-base de 01 ano para cada delito deve sofrer revisão. À exceção da personalidade trazida a conhecer pelas anotações na folha penal (fls. 123/135), as demais circunstâncias judiciais que permearam cada uma das condutas reconhecidas no *decisum* militam em prol do réu.

Com isso, tenho por fixar as penas-base em 01 ano e 03 meses de reclusão e nesse montante concretizá-las, à míngua de agravantes e atenuantes ou, ainda, causas de aumento ou diminuição de pena.

É expressivo o número de inquéritos e ações penais a que responde. Embora hábeis a demonstrar a má índole do agente, não há reflexo na substituição de pena. Em face do princípio da não-culpabilidade, tais registros não podem ser considerados maus antecedentes. As consequências do crime, reclamadas no apelo, não são exigidas pelo inciso III do artigo 44 do CP e, por isso, também não repercutem na adoção da medida. O fato de ter sido afastado do serviço público indica que não haverá como reiterar nas condutas. Assim, confirmo a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, porque presentes os requisitos do dispositivo legal.

Melhor sorte não está reservada ao apelo quanto à adoção de fração maior para o recrudescimento da pena, em face da continuidade delitiva. Correta a fundamentação monocrática, mormente nos embargos de declaração, *verbis*:

> *"A sentença embargada, embora fizesse referência aos autos de infração a que se reporta o Ministério Público, quando da materialidade, apenas o fez como força de reforço de argumento e não como fundamentação em si.*
> *Tanto é que, no decorrer de toda a fundamentação, somente faz referência expressa dos autos de infração 452/01 e 454/01, pois, a meu ver, são estes os fatos objetos da denúncia descrita na exordial acusatória, notadamente no que diz respeito aos itens 2 e 5, porque, na própria letra do Ministério Público 'constam como anexo ao Inquérito Policial incluso."*

Mantenho a fração aplicada de 1/6 (um sexto) pela continuidade delitiva. Torno definitiva a pena em 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

A perda do cargo público, como efeito específico da sentença previsto no artigo 92, inciso I, alínea "a", do CP, não foi imposto pela Magistrada, que ponderou ser imprópria a medida ante a demissão do réu do cargo de auditor tributário.

Divirjo desse posicionamento.

Na precisa lição de Cezar Roberto Bitencourt, *in* Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 8ª edição, p.671, a perda do cargo público destina-se, inclusive, aos crimes perpetrados por funcionário público com violação de deveres do cargo, cuja pena de prisão aplicada seja igual ou superior a um ano.

Ao discorrer acerca da exigência de tais requisitos para respaldar a gravosa decisão, o valoroso penalista esclarece:

> *"A nova versão do artigo 92, I, letra a, do Código Penal exige dois requisitos fundamentais: a pena aplicada, igual ou superior a um*

> *ano de prisão, e o abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Esses são os critérios fundamentais, aliados à fundamentação na sentença, para afastar da Administração Pública aquele condenado desonesto, despreparado ou mal-intencionado, que agir com abuso ou desvio de poder em geral.*
> *(...)*
> *A reabilitação, no entanto, não permite a reintegração na situação anterior. Poderá, na verdade, habilitar-se novamente a exercer atividade pública, não a anterior, da qual foi eliminado definitivamente."*

Nos presentes autos, é bem essa a situação do réu. Funcionário público que era, S. tirou proveito de suas funções de auditor tributário, para a prática de advocacia administrativa. Conforme bem apreciou a Sentenciante, ao impor-lhe a pena privativa de liberdade: "*A conduta de S.K., auditor tributário, ao elaborar as impugnações aos autos de infração da empresa Via Veneto Roupas Ltda., acabou por convergir, não obstante expressa vedação legal, na mesma pessoa, interesses públicos e privados.*"

Quanto a esse aspecto, acolho o recurso ministerial, para que conste da condenação a perda do cargo público.

A previsão do art. 8º da Lei nº 8.137/90 não se diferencia do disposto no artigo 49 do Código Penal, vale dizer: os limites máximos e mínimos são os mesmos - 10 a 360 dias-multa. É de ser salientado, porém, que, pela letra do parágrafo único da legislação especial, o dia-multa não tem como parâmetro o salário mínimo, mas a BTN - Bônus do Tesouro Nacional. A multa não pode ser aplicada porque incabível a substituição pelo salário mínimo, vedada a analogia *in malam partem*.

À vista do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do réu S.K. para excluir a multa e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para majorar a pena e declarar a perda do cargo.

É como voto.

Des. George Lopes Leite (Presidente e Relator) - Desembargadora Sandra De Santis, acho que cometi um equívoco, o provimento é parcial sim, porque estamos excluindo a multa. Então, são resultados coincidentes.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Peço vista.

DECISÃO

Após os votos do Relator e da Revisora, dando provimento parcial a ambos os recursos, o Vogal pede vista.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, a hipótese é de advocacia administrativa, e pedi vista porque me assaltou uma dúvida naquela oportunidade.

Conheço uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de sonegação fiscal, dizendo que, se os crimes forem cometidos no mesmo exercício fiscal, tratar-se-ia de crime único, e aqui tivemos o acréscimo pela continuidade delitiva na fração mínima.

Acontece que, do estudo que fiz, cheguei à conclusão de que aquela hipótese de crime único não teria aplicação na acusação de advocacia administrativa, porque a cada ação corresponderia um resultado; então, efetivamente, teríamos concurso de crimes e não crime único.

Tenho voto escrito, que apresento a V. Ex.ª, e estou acompanhando o seu douto voto. Apenas uma pequena observação, Desembargador Presidente, é que V. Ex.ª declarou em seu douto voto que negava provimento ao recurso da defesa, e parece-me que não teria sido essa a solução. Estaríamos dando provimento a ambos os recursos, ou melhor, provimento parcial ao recurso da defesa para excluir da condenação a pena pecuniária e também demos provimento parcial ao recurso do Ministério Público para restabelecer a pena privativa de liberdade em 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15(quinze) dias, incluindo a pena acessória de perda de cargo público.

Des. George Lopes Leite (Presidente e Relator) - Então, o resultado é de provimento parcial aos dois recursos.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - É que, em seu douto voto, V. Ex.ª consignou que negava provimento ao recurso da defesa. É apenas um problema material.

Apresento, então, voto escrito, que deixarei de ler, porque o tema já é conhecido, pois a minha preocupação era apenas em admitir o concurso de crimes, e essa é realmente a posição que deve ser tomada.

Acompanho V. Ex.ª.

DECISÃO

Prover parcialmente ambos os recursos. Unânime.

Notas

[1] *Vide: TJDFT RSE20060110890159, Relator João Egmont, 1ª Turma, Acórdão 269818.*

[2] *TJDFT APR2002011104517-0, Relator Silvânio dos Santos, 2ª Turma, Acórdão 259425.*

[3] *RUI STOCO e outros, in* **Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial.** *7 edição, São Paulo: Editora RT, 2001. Vol. 1, p. 613-614.*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005041006032-2

Apelantes - W.S. dos S. e D.B. de S.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Romão C. Oliveira
Segunda Turma Criminal

EMENTA

PENAL - ART. 312, § 1º, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CP - PRIMEIRO APELO - PRELIMINAR - NULIDADE - INDEFERIMENTO DE INCIDENTE - COMPROMETIMENTO DA SANIDADE MENTAL VERIFICADO - IMPRESCINDIBILIDADE DA DILIGÊNCIA - SENTENÇA CASSADA. SEGUNDO APELO - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA.

Se houver dúvida ponderável acerca da higidez mental do acusado, impõe-se a realização de exame pericial, sendo que, à míngua de tal providência, é defeso ao juiz proferir desde logo a sentença, sob pena de nulidade insanável. Na hipótese, o comprometimento da saúde mental do réu, embora constatado no laudo pericial realizado na segunda instância, implica a cassação do decreto condenatório, porquanto ao Tribunal *ad quem* é defeso conhecer de matéria não discutida no primeiro grau, pena de supressão de instância.

Improcedente o pleito absolutório quando o conjunto probatório está a indicar a participação do apelante na empreitada criminosa, em hipótese que tal a negativa de autoria foi rechaçada tanto pela delação do comparsa, quanto pela prova oral coligida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Romão C. Oliveira - Relator -, Maria Ivatônia - Revisora - e Roberval Casemiro Belinati - Vogal -, sob a presidência do último, em cassar a sentença em relação ao apelante W.S. dos S., acolhendo a preliminar arguida, e negar provimento ao apelo de D.B. dos S., mantendo a sentença, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de dezembro de 2008.

RELATÓRIO

Senhor Presidente, W.S. dos S. foi condenado como incurso no art. 312, § 1º, c/c o art. 14, II, ambos do CP, a uma pena de 02 (dois) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, além do que teve declarada a perda do cargo público. Por sua vez, D.B. dos S. foi condenado como incurso no art. 312, § 1º, c/c o art. 14, II e 29, todos do CP, a uma pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritiva de direito, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Não resignados, interpuseram apelo contra a r. sentença de fls. 183/195.

Em razões, pugna o apelante W., preliminarmente, pela nulidade da sentença, ante o indeferimento do pedido de exame de insanidade mental, o qual foi requerido ainda durante a instrução processual. No mérito, pleiteia por absolvição com fulcro no art. 386, VI, do CPP. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para a modalidade culposa, além da fixação da pena-base no mínimo legal para afastar a declaração de perda do cargo público (fls. 210/222).

Por seu turno, a defesa do apelante D. busca tão somente por absolvição, tendo em vista a insuficiência de provas a ensejar o decreto condenatório (fls. 233/235).

Em contra-razões, o representante do Ministério Público requereu o conhecimento dos recursos. No que tange àquele aviado por W., pugnou pelo acolhimento da preliminar, a fim de que se declare a nulidade da sentença e seja instaurado o incidente de insanidade mental. No mérito, rogou pelo improvimento de ambos os apelos (fls. 236/246).

No mesmo sentido se manifestou a d. Procuradoria de Justiça (fls. 260/269).

Ressalte-se que em 04 de outubro de 2006, proferi decisão para converter o feito em diligência, determinando a instauração do aludido incidente de insanidade mental (fls. 268/269).

Cumprida a determinação, retornaram os autos com o respectivo laudo pericial, que se encontra acostado às fls. 42/44 do apenso n.º 2006.04.1.009578-8.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Senhor Presidente, tempestivos e próprios, conheço dos apelos.

Como se vê do relatório, no que tange ao apelo de W., há consenso quanto ao pleito de nulidade da sentença, inclusive com manifestação favorável da Doutora Procuradora de Justiça, tendo em vista o indeferimento, pelo MM. Juiz, do pedido de insanidade mental do acusado.

Consoante determina o art. 149 do CPP, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz poderá determinar de ofício, ou a requerimento da parte, seja submetido a exame médico legal.

É assente na jurisprudência a obrigatoriedade de tal exame quando existirem indícios acerca da inimputabilidade do réu, sendo defeso ao juiz proferir desde logo a sentença, à míngua de tal providência, sob pena de nulidade insanável (JATERGS 79/128; JTJ 176/301-2).

Ao compulsar os autos, verifica-se que o pleito de instauração do aludido incidente foi realizado quando da defesa prévia, sob o argumento de que o acusado era alcoólatra e usuário de drogas à época do crime. Todavia, concluiu o Doutor Juiz que o réu "em momento algum trouxe qualquer elemento a embasar o pedido formulado".

Pois bem. Ainda que toda a documentação que evidencia o alcoolismo e a dependência tóxica somente tenha sido juntada ao processo na interposição do recurso, tenho para mim que, durante a instrução processual, já havia dúvida razoável acerca da higidez mental do apelante, fulcrada em evidências de concretude de que era usuário de substância embriagadora e entorpecente. É o que ressai do interrogatório, corroborado em parte pelo depoimento das testemunhas.

A par de tais considerações, tem-se que a suspeita foi sanada pelo Laudo de Exame Psiquiátrico, realizado após a prolação do édito condenatório, que concluiu:

> *"(...) o periciando era, ao tempo da ação, dependente de múltiplas drogas. Tinha preservada a capacidade de entendimento, mas comprometida a capacidade de determinação em relação ao ato praticado" (fls. 42/44 do apenso n.º 9578-8/2006).*

Dessa feita, não se pode olvidar do comprometimento da imputabilidade do apelante, na medida em que lhe faltava condições de se autodeterminar quanto ao ilícito.

Ocorre que tal fato não foi apreciado na sentença, acarretando um prejuízo evidente para o réu W., o que implica a cassação do *decisum,* porquanto configurado o cerceamento de defesa gerador de nulidade absoluta. Aliás, outro não seria o caminho, pois é defeso ao Tribunal *ad quem* conhecer de matéria não discutida no primeiro grau, pena de supressão de instância.

Sobre o tema, destaco o escólio de Ada Pellegrini Grinover:

> *"A decretação de nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e as partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.*

> *Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final." (Grinover, Ada Pellegrini, A nulidades no Processo Penal, 1995, Ed. Malheiros, p. 24).*

Assim, neste particular, a declaração de nulidade do decreto condenatório é medida que se impõe.

Lado outro, argumenta a Defesa do réu D. que o conjunto probatório é insuficiente para embasar a condenação, pelo o que espera ser absolvido.

Ao ser interrogado, o apelante negou a prática criminosa, afirmando que apenas emprestou o carro para W. levar a sua esposa ao hospital (fls. 111/113).

A rechaçar tais declarações, o co-réu W. assim ponderou:

> *"(...) que o interrogando nunca pediu o carro emprestado a D.; que não pediu na data dos fatos, o carro emprestado para D., pois não sabe dirigir (...); que na data dos fatos estava separado de sua esposa (...)" (fl. 110).*

O depoimento prestado pelo policial militar C.I.E. é bastante esclarecedor quanto à co-autoria do apelante. Veja-se:

> *"(...) que em determinado momento o depoente viu dois vultos no interior de uma sala, já no último pavilhão, momento que determinou que aquelas pessoas saíssem; que dali saíram V. e uma mulher alcoólatra (...); que apesar de vasculharem por todo o local não encontraram a terceira pessoa (...); que a terceira pessoa que saiu correndo levou consigo a chave do referido automóvel, mas dado a pressa, deixou o primeiro estágio da ignição acionado (...); que na Delegacia o acusado V. chegou a dizer quem era a terceira pessoa, informando, inclusive, o endereço da mesma; que os policiais civis saíram e retornaram com o acusado D. (...)" (fl. 161).*

A análise detida da prova oral angariada converge a um juízo de verossimilhança da pretensão acusatória, ora confirmada na r. sentença, de sorte que resta devidamente comprovada a participação de D. na tentativa de furto narrada na denúncia.

A meu sentir, a negativa de autoria arquitetada pelo apelante não é merecedora de credibilidade, sobretudo pela contradição verificada em suas declarações, na medida em que apresentou duas versões para explicar a presença de seu veículo no local do crime. Inicialmente, afirmou que o réu W. teria lhe telefonado para que buscasse um "material" para ele e que não foi ao seu local de trabalho. Ao final, asseverou que W. lhe pediu o carro emprestado, a fim de levar a sua esposa ao hospital e que deixou o veículo na escola onde o mesmo trabalhava.

Como bem salientado pelo juízo sentenciante, não seria crível que o acusado D. saísse de sua casa, situada em outro Estado, apenas para emprestar o carro ao co-réu, sendo que seria bem mais cômodo prestar o socorro pessoalmente. Some-se a isso o fato de que W., quando do fato, estava separado de sua esposa, além do que não sabia dirigir.

Deveras, os autos revelam que o apelante D. estava no local do crime e participou efetivamente da empreitada, o que foi confirmado pela prova oral coligida, sendo que não foi preso imediatamente em razão da fuga.

Por derradeiro, embora não tenha a qualidade de funcionário público, é certo que o apelante D. sabia dessa condição de W., até porque afirmou ter conhecimento de que o mesmo era vigia de uma escola pública, o que a autoriza a comunicabilidade da circunstância para enquadrá-lo no crime de peculato.

No tocante à quantificação da reprimenda, tenho que também foi observada a moldura da lei.

Por todo o exposto, acolho a preliminar arguida e casso, em parte, a r. sentença vergastada, determinando que outra seja proferida somente em relação a W.S. dos S.. Mantenho, pelos seus próprios termos, o édito condenatório de D.B. dos S..

E é como voto.

Desa. Maria Ivatônia (Revisora) - Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Presidente e Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

O eminente Relator cassou a sentença em relação ao apelante W.S. dos S., acolhendo a preliminar arguida. Negou-se provimento ao recurso do apelante D.B. dos S., mantendo-se a sentença. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2006071022795-9

Apelantes - A.A.R. e outros
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relatora - Desa. Sandra De Santis
Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL - FURTO - LATROCÍNIO TENTADO - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRANSCRIÇÃO PARCIAL DAS DEGRAVAÇÕES - CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA DE AUTORIA - PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - DELAÇÃO PREMIADA.

1. Dispensável a transcrição dos diálogos que não dizem respeito ao crime analisado no feito. A integralidade das degravações somente traria volume ao processo e nada acrescentaria à defesa.
2. Não há cerceamento de defesa se a degravação está subscrita por agentes públicos, foi acostada ainda na fase inquisitorial e os patronos tiveram pleno acesso aos documentos.
3. O Código adota, como regra, a teoria unitária do concurso de pessoas. Aqueles que tomam parte na infração cometem idêntico crime. Na hipótese, um dos réus estava armado e todos poderiam prever o resultado da conduta. Assumiram o risco de um resultado mais grave.
4. A Lei 11.464/07 pôs fim à imposição de regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. Por ser mais benéfica, tem aplicação imediata. A parte em que admite regimes mais extensos para a progressão somente é aplicável aos delitos cometidos a partir de 29.03.07, data em que entrou em vigor.
5. Inaplicável o princípio da consunção, se o furto não constituiu meio necessário e imprescindível de preparação para a ocorrência de latrocínio tentado.
6. O benefício do art. 14 da Lei 9.807/99 só deve ser aplicado no processo em que houve o desmantelamento da organização criminosa.
7. Recursos improvidos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sandra De Santis - Relatora, Edson Alfredo Smaniotto - Revisor, Mario Machado - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Sandra De Santis em proferir a seguinte decisão: desprover. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

Apelações interpostas contra a sentença que condenou M.A. de M. e J.R.C.S. como incursos nos artigos 155, *caput*, e 157, §3º, segunda parte, c/c os artigos 14, inc. II, e 69, todos do Código Penal, e A.A.R. por infringir o art. 157, §3º, segunda parte, c/c art. 14, inc. II, do mesmo diploma, por fatos praticados em 14.08.06. As penas dos dois primeiros alcançaram 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário mínimo. O último foi condenado a 10 (dez) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Para todos, o regime inicial é o fechado.

A. alega insuficiência de provas para a condenação. Aduz que a versão dos policiais não foi confirmada. Afirma que a integralidade das gravações das interceptações telefônicas não foi franqueada à defesa. Observa que o laudo de degravação e os CDs não foram trazidos aos autos. Assevera que não há cópia da decisão que autorizou a escuta, o que inviabiliza a aferição da legalidade da medida. Sustenta que "*as reproduções textuais dos supostos diálogos*" não constituem prova pericial, pois não foram subscritas por peritos e nem observaram as formalidades legais. Requer o desentranhamento dos citados documentos.

Argumenta que não conhece os acusados. Assegura que não estava no lava-jato no dia dos fatos e que não telefonou para M. para avisar que a vítima saíra com o dinheiro. Ressalta que a versão é corroborada pelas declarações da vítima e dos co-réus. Postula a aplicação do *in dubio pro reo* e a absolvição. Alternativamente, pleiteia o reconhecimento da cooperação dolosamente distinta prevista no art. 29, §2º, do Código Penal. Justifica que tinha intenção de participar apenas da subtração da quantia. Afirma que não sabia quais meios seriam utilizados na empreitada. Por fim, irresigna-se contra o regime inicial de cumprimento da pena. Defende que a Lei 11.464/07 tornou mais severo o *quantum* da pena exigido para a progressão de regime e, portanto, não pode ser aplicada à hipótese, pois implicaria agravamento da situação do réu.

J.R. admite o furto, mas nega que tenha aderido à conduta de M.. Postula a absolvição do latrocínio por ausência de prova do vínculo psicológico. Acaso condenado, requer a aplicação do princípio da consunção. Afirma que a conduta do furto deve ser

absorvida pelo crime-fim. Alternativamente, pleiteia o reconhecimento da cooperação dolosamente distinta ou da participação de menor importância, além da revisão da dosimetria.

M. argumenta que não tinha intenção de acertar a vítima. Requer o reconhecimento da consunção, a desclassificação para o roubo circunstanciado, a revisão da dosimetria e a aplicação do redutor previsto no art. 14 da Lei 9.807/02.

Contra-razões às fls. 593/602 e 636/639.

A Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento dos apelos.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - Recursos tempestivos, cabíveis e regularmente processados. Deles conheço.

Insurgem-se os réus contra a sentença que condenou M. e J.R. por infringirem os artigos 155, *caput*, e 157, §3º, última figura, c/c artigos 14, inc. II, e 69, todos do Código Penal, e A. como incurso no art. 157, §3º, última figura, c/c artigos 14, inc. II, do mesmo diploma.

Narra a denúncia que J.R., previamente acordado com M., subtraiu o veículo GM/MONZA SLE 2.0 de A.S. de O., para ambos praticarem um roubo, cuja vítima seria E.F. da S., dono do lava-jato "*SABÃO E RODAS*". A., frequentador assíduo do estabelecimento, recebeu de V., funcionário do posto de gasolina, informações sobre a rotina da vítima, e as repassou aos comparsas.

No dia 14.08.06, segunda-feira, dia em que costumeiramente E. efetuava os depósitos no banco, A. dirigiu-se ao lava-jato e informou o exato momento em que a vítima saíra com a moto TITAN vermelha, "*levando a mochila com o dinheiro*". Seguido por M. e J.R., E. foi interceptado metros à frente, momento em que suspeitou do roubo, correu e abandonou a moto, mas foi perseguido por M. que, armado com uma pistola TAURUS, calibre .380, municiada, o alvejou com dois tiros e subtraiu a mochila. Os réus dividiram entre si aproximadamente R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais). (fls. 02/05)

Inicio pelo recurso de A.. O apelante não alega expressamente que houve cerceamento de defesa, mas afirma que o laudo da interceptação telefônica e o CD com as gravações não foram disponibilizados à defesa. Requer a absolvição por insuficiência de provas, o reconhecimento da participação dolosamente distinta e a não aplicação da Lei 11.464/07 à hipótese.

Razão não lhe assiste.

O relatório n.º 113/2006 (fls. 17/21) e o flagrante n.º 100/2006 (fls. 54/91) noticiam que a autoria do delito foi desvendada durante as investigações

promovidas pela DRR para identificação dos integrantes de uma quadrilha armada, especializada em roubos com emprego de arma de fogo, radicada em Taguatinga/DF e "*com ramificações em outras áreas do Distrito Federal*". A operação foi denominada "*FLASH*" e envolvia monitoramento mediante escutas telefônicas, devidamente autorizadas pela autoridade judiciária. A decisão que autorizou a interceptação não veio aos autos, mas a cópia da denúncia do processo **n.º 19505-2/2003** esclarece que os suspeitos "*passaram a ser investigados após remessa de degravação de interceptação telefônica realizada com autorização judicial perante a Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais, ocasião em que os policiais da Delegacia de Repressão a Roubos passaram a efetuar diligências para a concreta apuração dos fatos (fl. 147)*".

Os policiais não buscavam desvendar um crime específico, mas sim desbaratar a quadrilha e encontrar provas que apontassem a autoria dos diversos delitos praticados por eles. A cópia da decisão seria necessária naqueles autos, se o caso. No mesmo sentido, dispensável acostar ao presente feito a íntegra das degravações telefônicas. Conforme asseverado, a quadrilha está supostamente envolvida em vários crimes, e a comunicação entre os comparsas era frequente. Os diálogos que não dizem respeito à tentativa de latrocínio contra E. somente trariam volume ao processo e nada acrescentariam à defesa.

A despeito do que alega o apelante, os documentos de fls. 132/138 referem-se às transcrições dos diálogos que "*tiveram início no dia 08 e terminaram no dia 16/05/06*", travados entre A., V., M., R., E. e J., pertinentes ao delito em discussão. A degravação está subscrita pelos agentes F., P. e D. (DRR) e foi acostada ao inquérito ainda na fase inquisitorial. Portanto, a defesa teve pleno acesso aos documentos, que gozam de presunção de legitimidade e foram submetidos ao contraditório. O desentranhamento é extemporâneo e descabido. Não vislumbro qualquer prejuízo, mormente porque o conteúdo da degravação está corroborado pelo depoimento dos policiais G., A. e R., condutor e testemunhas do flagrante n.º 100/2006, bem como pelas declarações dos acusados na delegacia. Também não há indícios de que os policiais tenham interesse em incriminar gratuitamente os apelantes.

M. era um dos 12 (doze) envolvidos e, preso em flagrante, confessou a prática de diversos delitos, dentre eles o referente à ocorrência n.º 11.935/2006, analisado no presente feito. A narrativa é coerente e rica em detalhes. O réu não só descreveu o *iter criminis*, como declinou o nome dos comparsas e indicou o local em que escondera a arma utilizada para desferir os tiros em E.. Ressalte-se que, no dia seguinte ao flagrante, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão de fl. 34, a pistola foi encontrada e apreendida com 15 (quinze) cartuchos intactos (fl.36). Embora tenha se retratado parcialmente em Juízo, o depoimento prestado na fase inquisitorial coaduna-se com os demais elementos do conjunto probatório. Confira:

M. (...): o interrogando confessa a sua participação na tentativa de latrocínio noticiada na comunicação de ocorrência na 11.935/2006-17a DP, e objeto de apuração no Inquérito Policial em epígrafe. O referido crime foi praticado em companhia de seu amigo Z.R., identificado nesta Unidade como sendo J.R.C.S., CIRG 1059572-SSP/DF, cuja fotografia lhe foi mostrada, dentre várias outras, tendo o interrogando reconhecido a de J.R.C.S., como sendo seu comparsa no crime em apuração. Além disso, o interrogando afirma que contou com informações privilegiadas, que lhe foram transmitidas pelo indivíduo de nome A., que soube chamar-se A.A.R., a quem conhece há aproximadamente 2 (dois) meses. Também a fotografia de A. lhe foi mostrada, sendo que reconheceu o referido indivíduo com absoluta certeza como sendo aquele que lhe transmitiu as informações. Na data da infração penal, o interrogando encontrou-se com A. na praça da Quadra 28 da QNL, e naquela oportunidade A. disse que sabia de um rapaz que seria o proprietário de um lava-jato, situado nas dependências de um Posto de Gasolina da QNL (fica próximo à feira permanente), não sabendo precisar de que bandeira é o estabelecimento. Segundo A.., este rapaz sairia do citado posto naquela segunda-feira (dia do crime) de posse de quantia estimada entre R$ 2.000,00 (dois mil reais) e R$ 3.000,00 (três mil reais), conduzindo uma motocicleta de sua propriedade, tratando-se de um modelo, salvo engano Titan, na cor vermelha. O interrogando ressalta que já havia furtado um veículo GM/Monza de cor branca, com placas de Minas Gerais, atrás da Caixa Econômica Federal, no centro da Ceilândia/DF, por volta das 8 horas da manhã, e aproveitou as informações recebidas para utilizar o referido carro na empreitada criminosa. O crime aconteceu aproximadamente às 11 horas da manhã, sendo que, pouco antes, o interrogando e Z.R. visualizaram a motocicleta vermelha, a que A. havia se referido, tendo a certeza de que a vítima estava no local. A. também lhe havia dito que a vítima sairia entre as 10h30min e às 11h do posto. Então, aguardaram pela saída nas imediações do posto, tendo contato visual com o posto de gasolina. Na hora indicada, a vítima montou na motocicleta e saiu em direção à feira permanente, por trás do posto, sendo seguida à curta distância.

O interrogando esclarece que, neste instante, estava armado com uma pistola calibre 380, sendo que Z.R. não estava armado nesta ocasião. Quem dirigia o veículo era Z.R., sendo combinado que o interrogando "escalaria" a vítima. Aproximando-se da motocicleta, Z.R. deu uma

> *"fechada" naquele veículo, o fez com que a vítima parasse a moto, sem cair, contudo. Ressalta que a vítima tinha em suas costas uma mochila de cor preta, onde se encontrava o dinheiro. O motorista largou então a moto e saiu correndo, ainda com a mochila em suas costas. O interrogando, em consequência, saiu correndo atrás daquele homem, gritando para que ele parasse por várias vezes, não sendo obedecido. Neste momento, o interrogando resolveu atirar, não contra a vítima, mas para o chão, a fim de que ele parasse de correr. O interrogando não chegou a ver se o primeiro tiro acertou a vítima. Em seguida, o interrogando deu um novo tiro, para que a vítima parasse, mas mais uma vez esta não obedeceu, também não vislumbrando que o homem havia sido atingido. Logo depois, alcançou a vítima, mas este jogou sua mochila em direção a um automóvel que estava com os vidros abertos. O interrogando, desta feita, apanhou a mochila e fugiu do local a pé, até as quadras QNL's, já nas imediações da praça da Quadra 28. O interrogando verificou o conteúdo da mochila e percebeu que havia em seu interior R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). Esta quantia foi dividida em três partes iguais, cabendo R$ 800,00 (oitocentos reais) para cada um dos participantes, quais sejam, A., Z.R. e o interrogando.*
> *A partilha foi feita na mesma praça citada. segundo informações prestadas por Z.R., o veículo GM/Monza de cor branca foi abandonado nas QNL's, imediações da descida para o SENAI. Não tem conhecimento de qual maneira A. conseguiu as informações do interior do lava -jato, instalado nas dependências do posto de gasolina. Somente pode dizer que A. é frequentador assíduo do referido posto, e lava o seu veículo naquela localidade, tratando-se de uma BMW de cor branca. A arma usada neste crime encontra-se atualmente escondida em cima do guarda-roupa de seu quarto, situado no endereço QNL 30, VIA LN 30, Casa 13, Taguatinga Norte/DF. O interrogando encontra-se arrependido do crime praticado, e justifica-se por necessidades financeiras. O interrogando esclarece que recebeu tratamento perfeitamente adequado nas dependências desta Unidade, sem fatos dignos de registro.* ***(fls. 24/26) Grifos nossos****.*

Portanto, não merece acolhida a alegação de que A. não recebeu parte da *res* (fl. 83). Outrossim, é impossível crer que o apelante só tenha "*se dado conta*" que um roubo estava prestes a acontecer após ter informado ao comparsa o momento em que a vítima saiu do posto, ou de que "*nunca conversou com M. por telefone*" (fl. 300). A

degravação confirma que A. conversou com V. no dia 08, **para saber detalhes da moto**, com M., **por diversas vezes**, no dia do crime, e com E., **sobre a divisão do dinheiro**. O teor dos diálogos torna claro que A. tinha **plena ciência** de que participava ativamente de um crime. Confira:

> *(...)*
> *A. X V.*
> *DIA 08/08/2006 ÀS 10:21:49*
> *(...)*
> *A.: Quem ta falando? V.: Eu, porra.*
> *A. :Tu, quem?*
> *V.: V..*
> *A.: Que?*
> *V.: V., moço.*
> *A.: J.?*
> *V.: V., lá do posto.*
> *A.: Fala, V.. Rapaz tu vê que que rolou ontem, véi.*
> *V.: hã?*
> *A.: Deixa eu te falar, a titan que vai, a motinha lá é uma vermelhinha?*
> *V.: É.*
> *A.: É, num é? Fiquei lá esperando, esperando e os muleques lá do outro lado. Aí na hora que parou um bicho e me chamou, que eu fui falar com o bicho, que eu voltei o fila da puta tinha saído do lado da moto já.*
> *V.: To te falando.*
> *A.: Mas deixa o de segunda agora.*
> *V.: Beleza.*
> *A.: Tu ta no posto?*
> *V.: (...)*
> *A.: Hã?*
> *V.: To não.*
> *A.: Ta aonde?*
> *V.: Eu to aqui na cidade do automóvel, é que aquele dia num deu pra resolver este negócio com você porque meu sogro ta aí e eu tava ajudando ele comprar um carro.*
> *A.: Hã.*
> *V.: Aí, nois achou ontem, entendeu? Aí ele vai embora hoje e na hora que ele ir embora eu vou dá um jeito na QNL eu te ligo.*

A.: Então vai, me liga pra gente conversar pessoalmente aqui.
V.: Então, beleza.
(...)

OBS: Neste diálogo está evidenciado que V. estava passando informações a A. sobre o roubo da QNL, o qual não foi perpetrado no dia 07/07 e sim o dia 14/08. (fls. 137/138)

M. X A.
DIA 14/08/06 - ÀS 09:15:41

A.: E aí?
M.: E aí, sobe agora A.. Agora mesmo homem! A.: Lá pra, pra ...
M.: Falou?
A.: Na 30.
M.: Pra 30, pra 30. Já tô com o carro aqui. O cara me emprestou o carro.
Falo?
A.: Falou ...

M. X A.
DIA 14/08/06 - ÀS 09:32:39

A.: Já tá aí?
M.: Ochê! Eu tô aqui. Oh, vim abastecer agora, não ti vi aí.
A.: Tô chegando no posto agora. Vou lavar o carro. Fica lá no comércio de cima lá.
M.: Eu tô já nele já.
A.: Então espera aí. Pode ficar tranquilo.
M.: Só.
A.: Falou.

M. X A.
DIA 14/08/06 - ÀS 10:00:58

A.: E aí?
M.: Não chegou não ele?
A.: Chegou, tá aqui já.
M.: Chegou aí?

A.: Tá aqui.
M.: Tá olhando ele então.
A.: Antes de ??? eu ???, falou (ininteligível)
M.: Tá, aí se fala qual o lado que vai, qual o rumo que é. A.: Falou.
M.: Falou?
A.: Falou.

M. X A.
DIA 14/08/06 - ÀS 10:30:28

A.: E aí bicho?
M.: E aí doido?
A.: Tamo aqui, já já sabe.
M.: Rã? Tá bom então.
A.: Tu tá aonde?
M.: Tô aqui. Agora que eu tava lá na parada entendeu, esperando. Mas tô aqui na parte de baixo, atrás do ... , do ... , aonde era o Pepe, atrás do posto.
A.: Ah, atrás do ... só.
M.: Só então, e tu me fala pra onde ele vai viu. A.: Falou.
M.: Falou?
A.: Eu vou te ligar a cobrar. Eu te dou um toque a cobrar e tu já liga aqui.
M.: Falou então.

M. X A.
DIA 14/08/06 - ÀS 10:48:46

A.: E aí?
M.: E aí A., cê tá aonde?
A.: Tô aqui no posto ainda.
M.: Desce pra cá, pra pegar agente, rapidinho.
A.: Cê tá aonde? Cê tá aonde?
M.: O carro deu prego, o carro deu prego. Agente tá naquela pista que vai descendo pro SENAI, só que agente não vai pro SENAI não. Tá no meio do mato. Nas casa de frente. Aí se pega aquela BR direto, aquela pista direto, do posto mesmo, da avenida do posto.
A.: Dentro do posto de gasolina?
M.: Não, passando do posto. Vem pra cá pra frente, depois da entrada.

Vê se tá limpo primeiro, entendeu. Aí se vai passar depois do posto, agente tá aqui no mato aqui ó, agente vê cê passando.
A.: Vou tá num corsa.
M.: Num corsa. Agora, né agora.
A.: Tô indo.
M.: Agora.
A.: Tô indo.
M.: Que cor é o Corsa.
A.: Prata, quatro porta.
M.: Rapidinho.

M. X A.
DIA 14/08/06 - ÀS 10:56:15

A.: Fala aí?
M.: Aonde cê tá doido?
A.: Xeu ti falar, tá esparrado aí embaixo de polícia demais véi. Cê vai te que atravessar isso aí pra sair lá no SESI, vou te pegar lá no SESI, lá em cima.
M.: Vem no SENAI, sabe onde é a berada do SENAI.
A.: Tô lá em cima.
M.: Então, no SENAI.
A.: E pode dá um tempo por aí, acha um lugarzinho e dá um tempinho, porque está esparrando véi. Aí tu me liga daqui a pouco.

M. X A.
DIA 14/08/06 - ÀS 11:02:29

A.: Qual foi?
M.: Tu tá aonde?
A.: Tô aqui no posto aqui.
M.: Fica atrás do SENAI, que nós tamos atrás do SENAI.
A.: Atrás do SENAI.
M.: Hã? Hem?

A. X E.
DIA 14/08/2006 ÀS 13:35:52

A.: Fala aí, E..

E.: Fala, boiola, ta aonde?
A.: Chegando na CNF.
E.: E aí, dei certo lá?
A.: Deu, mas é mixaria.
E.: Ah.
A.: Deu mil só pá cada.
E.: Ahm?
A.: Deu um barão, só.
E.: Só deu um barão?
A.: Só.
E.: Uai.
A.:Pá cada um.
E.: Um pra tu, um pro (...).
A.: Dividido pra quatro.
E.: Ahm?
A.: Dividido pra quatro.
E.: Ah, J. e pra os dois lá?
A.: Num fala nome não, deixa queto.
E.: Ahm?
A.: Tu confia muito neste celular, né. Deixa eu te falar. E aí tu num vai na do voyage não?
E.: Vamo, uai, to te esperando.
A.: Tu ta aonde?
E.: To aqui na M Norte.
A.: Me pega aqui, ué.
E.: Na CNF?
A.: É.

A. X M.
DIA 15/08/2006 - Às 13:58:20

A.: Fala aÍ.
M.: Fala A.. É o M. que ta falando. A.: Quem é?
M.: O M..
A.: Eu fui lá.
M.: E aí, que que ele falou lá?
A.: PÓ, ces deram foi dois tiros no cara, véi.
M.: Uai, mais ... oi, oi ..
A.: Foi dois tiro no cara, véi.
M.: Não, não, ta de boa, deixa eu te falar urna coisa, tem jeito de você

passar lá não pra gente conversar?
A.: Tem o que?
M.:Tem jeito de você passar lá em cima pra gente conversar?
A.: Mais tarde eu passo lá.
M.: Mais que hora?
A.: Eu to, bicho, eu tô enrolado aqui no Guará, mais tarde, eu te ligo, na hora que eu tiver aí.
M.: Ta bom. Num esquece de levar a blusa e o boné não.
A.: Oi.
M.: Num esquece de levar a blusa e o boné não, né.
A.: Ta.
M.: Falou?
A.: Falou.
M.: Quer dizer que foi dois, é, mais ele sabia porra, num quis parar, porra.
A.: Falou, então.
M.: Ele falou que ele correu?
A.: Mas ta de boa, pode ficar de boa pá não esparrar.
M.: Ta de boa então, falou.

J. X A.
DIA 16/08/2006 ÀS 17:52:42

J.: Há vou, tô chegando ai, deixa eu te dá uma idéia, aquela parada lá do posto lá parece que saiu na TV ó.
A.: Essa conversa por telefone não é uma boa se fica falando. J.: Ta lá agente conversa.
A.: Alô que hora tu vai descer. ***(fls. 132/138)***

O réu A. pretende a desclassificação para o crime de roubo circunstanciado, pelo reconhecimento da participação dolosamente distinta do art. 29, §2º, do Código Penal. A legislação penal brasileira adota, como regra, a teoria unitária do concurso de pessoas, segundo a qual todos os que tomam parte na infração penal cometem idêntico crime. Na hipótese, a participação de A. restou inequívoca. O Apelante sabia da empreitada e ainda alertou o comparsa quanto à presença da polícia nas proximidades.

Não é tarefa fácil perquirir o elemento anímico. Mas as circunstâncias autorizam plenamente a conclusão monocrática. Também deve ser ressaltado que, após os disparos, M. subtraiu a mochila da vítima. Assim, não desborda da prova dos

autos e é correta a conclusão da sentença. M. estava armado e todos poderiam prever perfeitamente o resultado da conduta. Iniciada a execução do roubo, os réus assumiram o risco de produzir o resultado mais grave. Confira a jurisprudência desta 1ª Turma Criminal:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL - LATROCÍNIO TENTADO E RESISTÊNCIA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - ALTERNATIVAMENTE - PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PARA ROUBO E ABSOLVIÇÃO PELO OUTRO - IMPOSSIBILIDADE - VÍTIMA ATINGIDA POR DISPAROS PROVENIENTES DAS ARMAS DOS RÉUS - RESPONSABILIDADE DO APELANTE PELA PRODUÇÃO DO EVENTO DELITUOSO - DISPAROS EFETUADOS CONTRA POLICIAIS - RESISTÊNCIA CARACTERIZADA - OBSERVÂNCIA DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RECURSO DESPROVIDO - UNÂNIME.*
>
> *I - É firme, na doutrina e na jurisprudência, que, no concurso de agentes, cada qual responderá na medida de sua culpabilidade. Registre-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou, no que concerne à natureza jurídica do concurso de agentes, a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a ele cominadas.*
>
> *II - Portanto, incabível é o pleito absolutório, bem como a desclassificação da conduta para roubo simples, mediante a incidência do artigo 29, § 2.º, do Código Penal.*
>
> *III -* **Omissis**. ***(20060710041729APR, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/05/2007, DJ 30/05/2007 p. 110)"***

Passo à dosimetria. O Magistrado fixou a pena no mínimo legal e, na terceira fase, reduziu-a em metade, em virtude da tentativa. Considerado o *iter criminis* percorrido e a gravidade das lesões, a redução é até generosa.

Quanto ao regime, o apelante confundiu as hipóteses de aplicação da Lei 11.464/2007. A norma pôs fim à imposição do regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos. É mais benéfica, porque permite o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. No entanto, a parte em que admite regimes mais extensos para a progressão somente é aplicável aos crimes cometidos a partir de 29.03.2007, data em que entrou em vigor a nova disposição. Mas a sentença monocrática

não entrou nesta seara, e nem poderia, já que compete ao Juiz da Vara de Execuções sopesar o tema. Não há interesse em recorrer.

Nego provimento ao recurso.

Passo ao recurso de J.R., que admite o furto, mas nega adesão à conduta de M.. Postula a absolvição do latrocínio por ausência de prova do vínculo psicológico. Alternativamente, requer a aplicação do princípio da consunção, o reconhecimento da cooperação dolosamente distinta ou da participação de menor importância, além da revisão da dosimetria.

Razão não lhe assiste.

O princípio da consunção, também conhecido como critério de absorção, prescreve que o crime-fim absorve o crime-meio. Guilherme de Souza Nucci leciona que "*quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última*" (Código Penal Comentado, RT, 7ª ed. , p. 110). Assim, o apelante pretende ver reconhecido o furto do GM/MONZA, como *antefactum* impunível. Ocorre que o furto do veículo não constituiu meio **necessário e imprescindível** de preparação para a ocorrência do latrocínio tentado. É delito autônomo, praticado com dolo diverso, contra bem jurídico e vítima distintos, sem relação de subordinação com o latrocínio. *In casu*, os crimes foram cometidos em tempo e circunstâncias diversas. Se por um lado o segundo delito poderia ser cometido sem o carro, por outro poderia nem ter ocorrido, se os autores e a vítima tivessem se desencontrado. Inaplicável o princípio da consunção ou da absorção. Neste sentido:

> "*PENAL.* HABEAS CORPUS. *ROUBO E SEQUESTRO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. PENA-BASE. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 1/2. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.* **Omissis**.
>
> *2. Para se aplicar o princípio da consunção, necessária se faz a existência de um nexo de dependência das condutas para que se possa verificar a possibilidade de absorção do delito menos grave pelo mais danoso, o que não ocorreu na espécie.* **Omissis**. ***(HC 61.488/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23.10.2007, DJ 07.02.2008, p. 1)***

> *PENAL. RECEPTAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTORIA. PROVA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PENA. CONFISSÃO.* OMISSIS.
> *Para aplicação do princípio da consunção é necessário que o crime-meio seja menos grave que o crime-fim e a lesão provocada por aquele integre o* iter criminis *deste.* Omissis. ***(APR 2003.01.1.033729-5, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/05/2008, DJ 02/06/2008, p. 137)"***

Das declarações prestadas, depreende-se que J.R. concordou em participar do delito, tanto que avisou que dirigiria o carro, mas não "*faria uso de arma de fogo*" (fl. 44). Não é crível que o apelante desconhecesse a existência da arma do co-réu, até porque ninguém entrega os pertences se não sofre violência ou é ameaçado. Portanto, o apelante sabia que um resultado mais grave poderia ocorrer, como de fato aconteceu. Note-se que, tanto na fase inquisitorial quanto em Juízo, o réu afirma que ouviu os tiros e desconfiou que "*M. teria atirado na vítima*" (fl.45). Mesmo assim, deu continuidade à conduta delitiva, fugindo do local. Se o resultado morte não foi querido, foi ao menos admitido por todos os autores. A indiferença e a passividade denotam o desprezo pela vida humana, um dos bens tutelados pela norma em questão. Ao comentar o citado artigo, Guilherme de Souza Nucci esclarece acerca do §3º:

> *"Trata-se da hipótese de latrocínio, quando também se exige dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (morte). É considerado crime hediondo.* **(In *Código Penal Comentado, RT, 7ª ed., p. 693)"***

Desferidos os tiros, a vítima permaneceu sem socorro. As circunstâncias atestavam que a morte era um resultado possível. Assim decidiu esta Corte:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL - LATROCÍNIO - TENTATIVA - INÍCIO DA EXECUÇÃO DO ROUBO ARMADO - AGENTE QUE ASSUME O RISCO DE PRODUZIR A MORTE DA VÍTIMA - NÃO OCORRÊNCIA DO RESULTADO MAIS GRAVE POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE - DOLO EVENTUAL - CONDENAÇÃO.*
> *Iniciada a execução do roubo armado, o réu assumiu o risco de produzir a morte da vítima, só não ocasionando o resultado mais grave por circunstâncias alheias à sua vontade, razão pela qual deve responder*

> *por latrocínio tentado, e não por tentativa de roubo seguida de lesões corporais graves.* ***(APR 2004.03.1.000893-3, Rel. Des. SÉRGIO BITTENCOURT, 1ª Turma Criminal, julgado em 04/08/2005, DJ 21/09/2005, p. 116)"***

A convergência de vontades para a realização do tipo penal restou evidenciada. Não há falar em absolvição ou em cooperação dolosamente distinta. Outrossim, a participação de J.R. não pode ser considerada de menor importância, pois foi crucial no desenrolar dos fatos. O apelante estava no local e deu a "*fechada*" na moto da vítima, que foi obrigada a abandoná-la e sair correndo. Apoiou o comparsa, propiciando a fuga de ambos. Guilherme de Souza Nucci refere-se a Marcelo Fortes Barbosa para esclarecer que é possível a redução da pena se caracterizada a "*participação de menor importância*", em face da teoria da acessoriedade limitada. (*In* obra citada, fl. 279) Não é a hipótese. Trata-se de verdadeira co-autoria, pois presentes a unidade de desígnios e o vínculo subjetivo.

Passo à dosimetria. Tanto no furto quanto no latrocínio tentado, o Julgador valorou negativamente os antecedentes, em virtude das "*três sentenças passadas em julgado antes do cometimento destes fatos*", e a personalidade, também pelo "*número de sentenças passadas em julgado*". Apenas uma foi considerada como reincidência, mas as demais, "*somado com a condenação ainda em grau de recurso (fl. 222) e o fato de o acusado se encontrar pronunciado pela prática de homicídio qualificado*", foram consideradas como péssimos antecedentes. Conforme a fl. 224, o réu foi despronunciado e a sentença transitou em julgado para o MP. Note-se que a personalidade e os antecedentes foram sopesados com os mesmos fundamentos, o que configura *bis in idem*. Mas a pena-base do furto foi majorada apenas em 6 (seis) meses além do mínimo. O aumento é razoável e está autorizado, ainda que afastada a valoração negativa de uma das circunstâncias.

Ressalte-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que inquéritos e ações em andamento não podem configurar maus antecedentes, diante do princípio da presunção de inocência; porém, tendo em vista que não se pode valorar de forma igual o que tem folha penal imaculada com aquele que está a responder perante a Justiça, admito a avaliação das incidências penais como personalidade inclinada à prática de crimes. Neste sentido os recentes julgados nas apelações 2005.09.1.008307-7 e 2006.07.1.005924-5, desta 1ª Turma.

A matéria não se encontra pacificada nem mesmo no STJ. Consigno ainda que no Supremo Tribunal Federal, em processo da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, restou decidido à unanimidade que: "*Inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade*" **(AI-AgR 604041/RS; Primeira Turma; DJ 31/08/2007).** Até

que a questão seja resolvida nas Cortes Superiores, acompanho a 1ª Turma Criminal deste TJDF e mantenho a migração dos registros penais sem trânsito em julgado para a avaliação da personalidade.

Reconhecida a confissão espontânea, na segunda fase, a sanção foi aumentada em 3 (três) meses pela reincidência, circunstância considerada preponderante. A reprimenda final alcançou 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa no valor unitário mínimo.

No latrocínio, aos 20 (vinte) anos e 10 (dez) meses da pena-base foram acrescidos 2 (dois) meses pela reincidência. Na terceira fase, a sanção de 21 (vinte e um) anos, reduzida em metade pela tentativa, foi fixada definitivamente em 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Mantenho as reprimendas.

No que tange ao apelo de **M.**, pelos motivos esposados, afasto a aplicação o princípio da consunção. Não merece acolhida o argumento de que o réu não tinha intenção de acertar a vítima. As declarações atestam, estreme de dúvidas, que os disparos foram efetuados porque a vítima correu. J.R. relata:

> *"QUE questionou M. a respeito do disparo efetuado contra a vítima e este disse 'O CARA NÃO QUIS ENTREGAR E EU DEI UM TIRO NA BUNDA DELE'* ***(fls. 45/46)****"*

A vítima narra ter ouvido a frase "*Eu vou te matar desgraçado*", pouco antes de escutar "*dois estalos*" (fl. 329). A alegação de que os tiros não foram dados na direção de E. não é crível, pois os dois únicos projéteis disparados atingiram E., que foi prontamente socorrido por populares.

Na dosimetria, a sentença não merece reparos. Tanto no furto quanto no latrocínio tentado, o Julgador valorou negativamente os antecedentes e a personalidade em virtude "*do número de sentenças passadas em julgado*". A personalidade e os antecedentes foram sopesados com os mesmos fundamentos, o que configura *bis in idem*. Mas a pena base do furto foi majorada apenas em 6 (seis) meses além do mínimo. O aumento está autorizado, ainda que afastada a valoração negativa de uma das circunstâncias.

Conforme asseverado, ressalvo o entendimento de que não se pode valorar de forma igual o que tem folha penal imaculada com aquele que está a responder perante a Justiça. Até que a questão seja resolvida nas Cortes Superiores, acompanho os recentes julgados desta Turma e admito a avaliação das incidências penais como personalidade inclinada à prática de crimes. Neste sentido os recentes julgados nas apelações 2005.09.1.008307-7 e 2006.07.1.005924-5, desta Turma.

Reconhecida a confissão espontânea, na segunda fase, a sanção foi aumentada em 3 (três) meses pela reincidência, circunstância considerada preponderante. A reprimenda final alcançou 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa no valor unitário mínimo.

No latrocínio, aos 20 (vinte) anos e 10 (dez) meses da pena-base foram acrescidos 2 (dois) meses pela reincidência. Na terceira fase, a sanção de 21 (vinte e um) anos, reduzida em metade pela tentativa, foi fixada definitivamente em 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Embora o réu tenha prestado informações importantes para a elucidação dos fatos, o benefício só deve ser aplicado no processo em que houve o desmantelamento da organização criminosa. De qualquer sorte, neste feito os requisitos para a redução da pena, nos termos do art. 14 da Lei 9.807/99 não foram atendidos, pois a *res* não foi recuperada. Em caso análogo, a 2ª T. Criminal desta Corte decidiu que "*Para a caracterização da delação premiada, necessário se faz que as informações prestadas pelo réu tenham o condão de possibilitar a identificação dos demais co-réus ou partícipes, a localização da vítima com sua integridade física preservada ou a recuperação do produto do delito. Inexistindo qualquer desses efeitos, não há que se falar na configuração do benefício*" (APR 2005.02.1.002115-8 - Rel. Des. ROMÃO C. OLIVEIRA - 2ª TCriminal - Julgado em 12/04/2007).

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

É o voto.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Revisor) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Desprover. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2007031000986-7

Apelante - A Justiça Pública
Apelado - A.G.S.
Relator - Des. Getulio Pinheiro
Segunda Turma Criminal

EMENTA

Júri. Homicídio privilegiado. Violenta emoção. Decisão amparada na prova dos autos.
1. A decisão tomada pelo Conselho de Sentença somente pode ser cassada quando totalmente divorciada das provas dos autos.
2. Reconhecido pelos jurados que o réu, ao desferir os golpes de faca, agiu impelido sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, nega-se provimento ao apelo do Ministério Público com fundamento na alínea **d** do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Getulio Pinheiro - Relator, Nilsoni de Freitas - Revisora e Silvanio Barbosa dos Santos - Vogal, sob a presidência do Desembargador Roberval Casemiro Belinati, por maioria, em negar provimento ao recurso, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 9 de outubro de 2008.

RELATÓRIO

Adoto como relatório o que consta do parecer da Procuradoria de Justiça, emitido pelo Dr. Fernando Cezar Pereira Valente:

> *"Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS contra a decisão exarada às fls. 229/232, proferida pela Juíza Presidente do Primeiro Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF, que, julgando parcialmente procedente a pretensão o libelo-crime* **(sic)** *acusatório, condenou o réu A.G.S., por incursão nas penas do*

> *art. 121, § 1º, 2ª parte, do CP, cominando-lhe a pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, concedendo-lhe, ainda, o benefício de apelar em liberdade.*
> *Com fulcro no art. 593, inciso III, alínea 'd' do CPP, o apelante apresentou suas razões de apelação às fls. 238/242, sustentando, em suma, que o acolhimento da tese de homicídio privilegiado encontra-se totalmente dissociado do conjunto probatório, razão pela qual pleiteia a anulação do veredicto e a sujeição do réu a um novo julgamento.*
> *Às fls. 243/246, o apelado manifestou-se pelo improvimento do recurso interposto" (fls. 251/252).*

Acrescento que o parecer é pelo provimento do recurso.
É o relatório.

VOTOS

Des. Getulio Pinheiro (Relator) - Ao responder afirmativamente ao terceiro quesito, o conselho de sentença, por quatro votos, reconheceu "*Que o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima*", razão pela qual a pena foi diminuída de um sexto, com fundamento no § 1º do art. 121 do Código Penal (fls. 225 e 231).

A versão de que o apelado teria sido alvo de provocações e ameaças por parte da vítima, porque trajava vestes femininas, foi por ele sustentada em ambas as oportunidades em que prestou declarações em juízo (fls. 40/44 e 222/224). Disse, ainda, que esse fato precedeu os golpes de faca aplicados na vítima.

Os policiais A.F. de V. da L. e C.J. de F., que efetuaram sua prisão em flagrante, afirmaram, sob o crivo do contraditório, haver ele dito que esfaqueara a vítima porque se sentiu ameaçado por ela (fls. 99/100 e 97/98).

Segundo J.P.L.R., também em juízo, o acusado, após esfaquear a vítima, teria dito: "*Toma aí safado, isso é para você aprender!*" (fls. 115/116). Idênticas palavras E.S. de O. chegou a ouvir do réu (fls. 113). Esse comportamento pode ser interpretado como sentimento de raiva que nutria em relação à vítima, provavelmente em face das ameaças e agressões verbais de que fora alvo.

A decisão dos jurados, dessa forma, encontra respaldo nas provas dos autos. Ainda que possa não ser a mais técnica ou mais justa, inadmissível é a sua reavaliação pela justiça togada, sob pena de afrontar o princípio de sua soberania, consagrado no art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal.

É cediço que nos processos da competência do Tribunal do Júri, a decisão tomada pelo Conselho de Sentença somente pode ser cassada quando totalmente

divorciada das provas constantes dos autos. Neste caso, prova há que ampare o privilégio reconhecido pelo conselho de sentença.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desa. Nilsoni de Freitas (Revisora) - O Ministério Público apresenta recurso de apelação contra a r. sentença que condenou A.G.S. nas penas do art. 121, § 1º, 2ª parte, do CP a cinco anos e dez meses de reclusão.

Com fulcro no art. 593, III, "d", do CPP alega que a tese de homicídio privilegiado encontra-se dissociada das provas dos autos, pleiteando, assim, a nulidade do veredicto e novo julgamento.

Como é pacífica a jurisprudência e uníssona a doutrina, só se licencia a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos quando ele é absurdo, arbitrário e totalmente divorciado do conjunto probatório.

Entende-se por manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que se choca flagrantemente, que é arbitrária e totalmente contrária aos elementos probatórios colhidos nos autos.

No caso específico, a decisão dos Jurados que acolheu a tese de homicídio privilegiado mostra-se em consonância com esse entendimento, pois não encontra lastro no conjunto probatório segundo restará demonstrado.

Ao ser interrogado em Juízo disse o réu:

> "*(...) que o interrogando estava no centro de Ceilândia/DF, na feira desta cidade, em um trailer de uma amiga, D. Rita, bebendo, momento em que observou que a vítima, que se encontrava próxima, no mesmo trailer, começou a ofender o interrogando com palavras de baixo calão, em função do interrogando ostentar vestes femininas e ser travesti; que a vítima ofendeu o interrogando chamando-o de 'Viado safado!', 'filho de uma puta' e 'que o interrogando tinha que criar vergonha e virar homem'; que o interrogando destaca que estava bebendo tranquilamente, e que não praticou nenhum tipo de ofensa em relação à vítima; que a vítima, após proferir as palavras de baixo calão, falou ao interrogando que o mesmo deveria sair daquele local, uma vez que não gostava da presença de travestis, e que, se não saísse do local iria matá-lo; que o interrogando destaca que, embora tenha sido xingado pela vítima, não retrucou; que o interrogando destaca, que a fim de evitar maiores problemas, retirou-se do trailer, foi embora, no que foi seguido pela vítima, que aparentava estar embriagada; que o interrogando destaca que estava embriagado, uma vez que havia ingerido*

> *duas doses de 'traçado', qual seja, a bebida composta pela mistura de Pinga 51 e Cortezano; que a vítima, enquanto o interrogando ia embora, continuava a persegui-lo, afirmando que 'iria matá-lo, uma vez que era travesti'; que, momentos após a vítima veio em direção ao interrogando no intuito de agredi-lo, muito embora a vítima não encontrasse armada; que a vítima desferiu um chute na perna direita do interrogando; que o interrogando, neste momento, para se defender, puxou a faca que portava, a qual se encontrava em sua cintura, desferindo três golpes no corpo da vítima na região abdominal, lado direito; (...)". (fls.42).*

Em plenário afirmou:

> *"(...) que no dia dos fatos, por volta das 15h30, o interrogando encontrava-se no trailer da D. RITA, local onde o interrogando pediu um 'traçado', ou seja, a mistura de 'pinga' com cortezano e sentou-se numa cadeira e começou a beber; que a vítima já se encontrava no local quando o interrogando ali chegou; que a vítima estava em pé, perto de balcão do trailer; que o interrogando não conhecia a vítima; que a vítima começou a ofender verbalmente o interrogando; que no dia dos fatos, o interrogando estava vestido com roupas femininas, uma vez que é travesti e a vítima começou a zombar do interrogando, discriminando o interrogando, dizendo que não gostava de travesti e que iria matar o interrogando, caso não saísse do local; que o interrogando ficou no mesmo local sem dar muita importância ao que a vítima dizia; que para evitar qualquer confusão, o interrogando retirou-se do local seguindo em direção ao outro lado da pista; que a vítima foi seguindo o interrogando; que, de repente, a vítima veio para cima do interrogando e desferiu-lhe um chute; que a vítima ficou dizendo que o interrogando tinha que morrer; que a vítima veio novamente em direção ao interrogando para agredi-lo, ocasião em que o interrogando sacou da arma que portava na cintura e deferiu o primeiro golpe contra a vítima; que o interrogando desferiu dois golpes de faca contra a vítima; (...)" (fl. 222/223).*

A testemunha A.R. de O., proprietária do trailer mencionado pelo réu em seus depoimentos anteriores disse "*que não é verdadeira a informação do acusado de que no dia dos fatos estava no trailer da depoente bebendo*" (fls. 134).

A testemunha E.S. de O., ao ser ouvida em juízo, disse que no dia dos fatos observou um homem andando, cambaleando, bem assim o réu que seguia logo atrás. Momentos após o acusado chegou próximo da vítima e fez um movimento parecido com uma facada na região abdominal afirmando, após efetuar o golpe: "*Toma safado, isso é pra você aprender*". Transcrevo:

> "*(...) que o Depoente estava trabalhando no posto de gasolina Shell desta cidade satélite, no Centro, quando observou um homem andando, cambaleando, bem como o acusado, que vinha logo atrás; que, momentos após, o Depoente observou que o acusado chegou próximo a este homem, a vítima, e fez um movimento parecido com uma facada, na região abdominal, afirmando, após efetuar o golpe: 'Toma safado, isso é pra você aprender'; que o agressor estava vestido de mulher, inclusive portava uma minissaia azul; que a facada ocorreu no momento em que a vítima tentava atravessar a via, que continha um grande fluxo de veículos; que a vítima, após ser alvejada, escorou em uma barra de ferro que havia entre duas bancas da feira da Ceilândia/DF, observando o Depoente que jorrava muito sangue; que o Depoente destaca que o acusado, após efetuar o golpe se distanciou, momento em que, ao encontrar uma poça de água, lavou as mãos e a faca, que estavam sujas de sangue; que o Depoente destaca que o acusado, momento após retornou ao local em que se encontrava a vítima com o intuito de conferir seu estado; que o Depoente informa que também chegou próximo da vítima, salientando que já se encontrava desmaiado, estando alvejado por três perfurações na região abdominal; que o Depoente destaca que uma viatura da Polícia Militar chegou próximo ao posto, momento em que J.P. indicou o local em que se encontrava o acusado, o qual se encontrava em uma 'pracinha', oportunidade em que foi detido por Policiais Militares; (...) que não ouviu nada acerca de uma suposta agressão da vítima em relação ao acusado; que o Depoente não se recorda de ter visto o acusado, anteriormente, perambulando nas proximidades de seu local de trabalho" (fls. 113/114).*

No mesmo sentido foram as declarações da testemunha J.P.L.R.:

> "*(...) Que o Depoente estava trabalhando no posto Shell, no centro desta Cidade Satélite, quando observou a vítima tentar atravessar uma via, aparentando estar cambaleante; que o Depoente observou que o acusado, que estava trajando vestes femininas, veio logo*

> *atrás e, ao alcançar a vítima, desferiu uma facada nesta, na região abdominal; que o Depoente observou que a vítima conseguiu atravessar a via e se postou, cambaleante, próximo às bancas da feira da Ceilândia/DF; que o Depoente informa que o acusado passou do seu lado com uma faca pequena, tipo de mesa, suja de sangue; que o Depoente informa que o acusado, após o golpe, lavou a faca e as mãos em uma poça de água, visto que estavam sujas de sangue, bem como retornou ao local em que se encontrava a vítima, desfalecida; (...) que ouviu o acusado dizer, após efetuar o golpe: 'Toma aí safado, isso é para você aprender'; (...) que o acusado quando efetuou o golpe visto pelo Depoente, não aparentava estar transtornado" (fls. 115/116).*

Das provas acima transcritas constata-se que não se trata de homicídio privilegiado. Ensina Nucci (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, RT- 2006:544):

> *"(...) a emoção, na lição de Hungria, 'é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento', podendo levar a alguém cometer um crime. Configura a hipótese do homicídio privilegiado, quando o sujeito está dominado pela excitação dos seus sentimentos (ódio, desejo de vingança, amor exacerbado, ciúme intenso) e foi injustamente provocado pela vítima, momentos antes de tirar-lhe a vida. Portanto, estar tomado pela emoção intensa, causada pela provocação indevida do ofendido, pode provocar uma resposta imediata e violenta, terminando em homicídio".*

E prossegue o renomado autor:

> *"O aspecto temporal - logo em seguida - deve ser analisado com critério e objetividade, constituindo algo imediato, instantâneo".*

Ao que se vê, o privilégio, domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima, mostra-se incompatível com a dinâmica dos fatos, pois segundo colhe-se dos excertos acima transcritos o apelado perseguiu a vítima para golpeá-la e logo após, calmamente, lavou a faca por ele utilizada em uma poça de água, e ainda, retornou para verificar seu estado.

Como salientado nas razões de recurso:

> *"A dinâmica da perseguição promovida pelo réu, em si mesma, não apenas exclui a injusta provocação da vítima. Como também é completamente incompatível com o domínio de violenta emoção. Deveras, o réu ainda foi conferir a vítima estendida no chão e, ao se afastar do local do crime parou em uma poça de água da chuva e lavou a faca, colocando-a na cintura" (Fls. 240 - Dra. Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim).*

Dessa forma, impõe-se o reconhecimento de julgamento manifestamente contrário às provas dos autos, mormente quando o veredicto encontra lastro unicamente na versão dada aos fatos pelo apelado, a qual não encontra qualquer guarida nas provas dos autos.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente:

> *"PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - APELAÇÃO FUNDADA NO ART. 593, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVIMENTO. RECURSO DA DEFESA - PREJUDICADO.*
> ***A decisão do Júri há de ancorar-se em prova que mereça um mínimo de credibilidade. Tem-se como julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, aquele arrimado apenas na versão dada pelo acusado, ao desabrigo das provas constantes do caderno processual, especialmente a técnica-pericial. Apelação provida.***
> *Prejudicado está o recurso da defesa, se o veredicto popular é cassado, submetendo-se o réu a novo Júri" (20030150022099-APR, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 09/06/2006, DJ 28/06/2007 p. 128) - negritei.*

Isto posto, dou provimento ao recurso para cassar a r. sentença de fls. 229/232 e, por consequência, determinar que o apelado A.G.S. seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

É como voto.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Peço vista.

DECISÃO PARCIAL

Recurso conhecido. O Relator nega provimento, o Revisor dá provimento, pediu vista o Vogal.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Submetido a julgamento pelo 1º Tribunal do Júri de Ceilândia, na data de 27-agosto-2007, **A.G.S.** foi condenado a cinco anos e dez meses de reclusão, regime inicial semiaberto, como incurso no art. 121, § 1º, 2ª parte, do Código Penal, evento ocorrido na data de 14-janeiro-2007, por volta das 16h00min., na, QNM 02, via pública, Ceilândia, figurando como vítima F.F. da S. (sentença de fls. 229-232).

O eminente Desembargador GETULIO PINHEIRO, relator, negou provimento ao recurso do d. MINISTÉRIO PÚBLICO, enquanto a eminente Desembargadora NILSONI DE FREITAS, revisora, deu provimento.

Pedi *vista*.

A d. representante do Ministério Público de primeiro grau fincou tese no sentido de que inexiste qualquer prova a justificar a opção tomada pelo d. Conselho de Sentença, eis que a hipótese do réu, no sentido de que teria sido provocado pela vítima, encontra-se no vazio probatório (fls. 238-242).

Todavia, há sim, um mínimo indício probatório, ou seja, a versão apresentada pelo réu, em ambas as oportunidades em que foi ouvido, e nela creram os jurados.

Como é de sabença comum, aqui, não se está apreciando "condenação" estabelecida pela "justiça togada", mas sim de diretiva estabelecida pelos representantes do povo, soberania de veredicto normatizada em sede de Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII, "a", da CF), e a anulação da sessão somente quando se constatar a **inexistência de qualquer indício ou lastro probatório**.

Como bem anotado pelo eminente Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, do egrégio TJSP, reiteradamente se tem decidido que "*a decisão do Júri somente comporta um juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando tão atentatória da verdade apurada no processo, que represente uma distorção de sua função judicante*" (RJTJSP 10/44; 71/344; 118/512; 119/477; 120/528 e 139/498; RT 578/401; 564/326; 555/414; 526/443 e 511/357, entre outros) (RJTJSP LEX 298/534).

Repita-se: a sessão do Júri somente pode ser anulada pelo Tribunal quando **inexistir nos autos o mínimo indício** a comprovar a tese da acusação ou da Defesa.

A opção dos jurados encontra apoio no material dos autos, e, lógico, que foram convencidos da tese defendida em plenário ante capacidade profissional do defensor do réu.

Confira-se ainda precedente deste Tribunal:

> *"EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. VIOLENTA EMOÇÃO APÓS INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALE-*

GAÇÃO DE CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA.
A decisão dos jurados só é manifestamente contrária à prova dos autos quando não encontra respaldo na prova coligida e esteja totalmente dissociada dos seus elementos. Mas se o Conselho de Sentença acolhe a tese de homicídio privilegiado, é inviável a pretensão de anular o julgamento sob alegação de errada interpretação da prova. Neste caso tal decisão se acha amparada no interrogatório do acusado e conforta perfeitamente a decisão. Pode-se até questionar a credulidade dos jurados, que aceitaram as palavras do réu como verdadeiras; porém, se a decisão, não foi a melhor e a mais consentânea com a técnica jurídica, não cabe ao Tribunal reformá-la, sob pena de ferir o princípio da soberania dos veredictos.
Recurso desprovido" (APR - 2006055004510-2, 1ª Turma Criminal, Relator Desembargador GEORGE LOPES LEITE).

Enfim, não compete ao Tribunal apreciar a justiça ou injustiça da condenação feita pelos Jurados, mas apenas verificar se existe ou não o mínimo indício de prova a amparar uma das teses acolhidas em plenário.

ISSO POSTO, nego provimento ao recurso, acompanhando o eminente Relator, pedindo vênia a eminente Revisora.

É o voto.

DECISÃO

Negou-se provimento por maioria, vencida a eminente Revisora.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2008002016680-2

Suscitante - Juiz de Direito Substituto Márcio Antonio Santos Rocha
Suscitado - Juiz de Direito Titular Idúlio Teixeira da Silva
Relator - Des. Mario Machado
Câmara Criminal

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ARTIGO 399, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, INTRODUZIDO PELA LEI Nº 11.719, DE 20/06/2008. CONFLITO DA LEI NO TEMPO. SISTEMAS QUE O RESOLVEM. SISTEMA ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ APENAS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008, COM A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA JÁ OBEDECENDO ÀS SUAS NORMAS. PRINCÍPIO NÃO ABSOLUTO.

Três sistemas propõem resolver os problemas de direito intertemporal no que concerne à aplicação da lei processual: o sistema da unidade processual, o sistema das fases processuais e o sistema do isolamento dos atos processuais. O terceiro é o adotado no direito processual pátrio, inclusive na área penal, em que prescreve o artigo 2º do Código: 'a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior'. Assim, encontrando a lei nova processo em curso, deve respeitar a eficácia dos atos processuais já constituídos, incidindo apenas quanto aos atos processuais que devam ser praticados a partir da sua vigência. É o princípio tempus regit actum, do qual resultam dois efeitos: 1º) os atos processuais realizados sob a vigência da lei anterior são válidos; 2º) as normas processuais têm aplicação imediata, disciplinando o curso restante do processo, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º; CPP, art. 2º).

Têm validade plena, assim, os atos processuais de coleta da prova oral, quais sejam, o interrogatório e a oitiva das vítimas e testemunhas, todos anteriores ao advento da Lei nº 11.719, de 20/06/2008, em vigor a partir de 24/08/2008, que introduziu, no § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, o princípio da identidade física do juiz. Válidos tais

atos, não podem ser desconstituídos para que se realize uma nova audiência, agora obedecendo as alterações trazidas ao processo penal pela mesma Lei nº 11.719/2008.

É a concentração da coleta da prova oral em uma mesma audiência, por um só juiz, a razão determinante da introdução do princípio da identidade física do juiz no processo penal. Se, todavia, essa audiência única não foi realizada, porque então vigente o anterior procedimento, em que colhida a prova oral de forma partida, primeiro o interrogatório do réu, seguindo-se defesa prévia e sumário, em datas diversas, muitas vezes por juízes diferentes, ou ainda que pelo mesmo juiz, não há como incidir o princípio da identidade física do juiz. Seria necessário apagar os atos processuais já validamente praticados e realizar a nova audiência única. Isso implicaria aplicar retroativamente a Lei nº 11.719/2008 e ferir de morte o artigo 2º do Código de Processo Penal.

O princípio da identidade física do juiz no processo penal apenas se aplica a partir da vigência da Lei nº 11.719/2008, com a realização da audiência já obedecendo às suas normas. Como, no caso, o juiz suscitante, substituto, colheu prova oral antes da vigência da Lei nº 11.719/2008, não está ele vinculado, podendo a sentença ser proferida por outro juiz qualquer, titular do juízo ou substituto nele em exercício pleno ou auxílio.

No direito processual pátrio contemporâneo, o princípio da identidade física do juiz não é concebido em termos absolutos, merecendo respeito princípios outros como os da celeridade e da economia processual, que preconizam o aproveitamento dos atos processuais praticados, e o da instrumentalidade das formas, que orienta a teoria das nulidades. Não se decreta qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo para a parte, consoante o artigo 563 do Código de Processo Penal, incumbindo o ônus da demonstração a quem o alega. Aliás, em sede de direito processual, a alegação de prejuízo, necessariamente, deverá estar plasmada em violação aos princípios do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, porque têm as partes direito à prestação jurisdicional e não a um determinado resultado por elas perseguido.

Omissa a nova lei, quanto à disciplina do princípio da identidade física do juiz, incide o artigo 132 do Código de Processo Civil. Afastado, pois, por qualquer motivo, inclusive férias, o juiz que colheu a prova em audiência, outro poderá sentenciar, repetindo, se o caso, as provas, sem ofensa ao princípio da identidade física do juiz, que, como visto, não é absoluto.

Conflito julgado procedente, declarado competente para sentenciar o juiz em exercício no Juízo de Direito suscitado, o da Vara Criminal, do Tribunal do Júri e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Santa Maria, seja o seu titular, seja o juiz de direito substituto que no referido juízo esteja em exercício pleno ou auxílio, podendo, se entender necessário, repetir a prova oral.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mario Machado - Relator, Sandra De Santis - Vogal, Roberval Casemiro Belinati - Vogal, Souza e Ávila - Vogal, Sérgio Rocha - Vogal, Arnoldo Camanho de Assis - Vogal, Edson Alfredo Smaniotto - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador George Lopes Leite em proferir a seguinte decisão: conhecer. Declarar competente o juízo suscitado. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2008.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência relativo à ação penal em que J.W.O.S. é acusado de ter infringido o artigo 214 c/c o artigo 224, alínea "a", e o artigo 69, todos do Código Penal. A ação se processa na Vara Criminal, do Tribunal do Júri e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Santa Maria, Distrito Federal.

O réu foi interrogado em 18/10/2007 pelo MM. Juiz de Direito Substituto TACIANO VOGADO RODRIGUES JÚNIOR (fls. 81/82). Em audiência de 13/05/2008 (fl. 102), o MM. Juiz de Direito Substituto MÁRCIO ANTÔNIO SANTOS ROCHA, que é o suscitante, colheu prova oral, ouvindo vítimas (fl. 103 e 104/105) e uma testemunha (fls. 106/107). Audiência de prosseguimento, em 23/06/2008, foi presidida pela MM. Juíza de Direito Substituta JOSÉLIA LEHNER DE FREITAS FAJARDO, sem colher prova (fl. 113). Não mais produzidas provas, seguiram-se alegações finais, sendo conclusos os autos, para sentença, em 03/10/2008, ao MM. Juiz de Direito Titular IDÚLIO TEIXEIRA DA SILVA (fl. 131). Este, em 09/10/2008, entendendo vinculado o MM. Juiz de Direito Substituto que havia colhido prova em audiência, nos termos do artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 11.719, de 20/06/2008, determinou fossem-lhe encaminhados os autos (fl. 145). Recebidos os autos, o MM. Juiz de Direito Substituto MÁRCIO ANTÔNIO SANTOS ROCHA expressou, em 17/10/2008, o entendimento de não estar vinculado, por só se aplicar a nova lei aos casos em que tenha sido realizada audiência única "de acordo com as

modificações que ela mesma implementou". Aduz que compreensão diversa conduziria a que o juiz substituto, designado para juízo em que se tenha afastado de férias o titular, estaria impedido de sentenciar processos de réus presos, em que não tivesse presidido a audiência antes de entrar em vigor a nova lei, causando prejuízo à prestação jurisdicional (fls. 146/147). Recebidos os autos, o MM. Juiz Titular devolveu-os para que, se o caso, suscitasse o MM. Juiz Substituto conflito de competência (fls. 149/150). Este o fez, salientando estar em exercício na 4ª Vara Criminal de Brasília, DF (fl. 150).

Designei o MM. Juiz de Direito Titular da Vara Criminal, do Tribunal do Júri e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Santa Maria, Distrito Federal para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, e dispensei informações (fl. 154).

Pronunciou-se a ilustrada Procuradoria de Justiça pelo conhecimento do conflito para se declarar competente o suscitante, MM. Juiz de Direito Substituto MÁRCIO ANTÔNIO SANTOS ROCHA, que entendeu vinculado ao feito por ter colhido prova oral em audiência, já que o § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal "é dispositivo de natureza processual, com aplicação imediata aos processos em curso" (fls. 158/160).

É o relatório.

VOTOS

Des. Mario Machado (Relator) - Presentes os requisitos de admissibilidade do conflito, dele conheço. As duas autoridades judiciárias, juiz suscitante e juiz suscitado, recusam-se a proferir sentença, a primeira, MM. Juiz de Direito Substituto, entendendo-se não vinculado e a segunda, MM. Juiz de Direito Titular, afirmando haver a vinculação. A dissensão é sobre a aplicação ao caso do novo § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 11.719, de 20/06/2008, em vigor a partir de 24/08/2008. Passou-se a ter a seguinte norma no Código de Processo Penal: *"Artigo 399. ... § 2º. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença"*.

Há particularidade na espécie. Como relatado, dois juízes colheram prova oral, ambos antes da entrada em vigor da nova lei. O réu foi interrogado em 18/10/2007 pelo MM. Juiz de Direito Substituto TACIANO VOGADO RODRIGUES JÚNIOR (fls. 81/82). Em audiência de 13/05/2008 (fl. 102), o MM. Juiz de Direito Substituto MÁRCIO ANTÔNIO SANTOS ROCHA, que é o suscitante, colheu prova oral, ouvindo vítimas (fl. 103 e 104/105) e uma testemunha (fls. 106/107). A circunstância será examinada adiante.

O que se tem é um conflito da lei no tempo. Sobreveio nova lei, de natureza processual, impondo, no processo penal, o princípio da identidade física do juiz. A coleta da prova oral, em audiência, ocorreu antes de vigorar a nova lei. A conclusão

dos autos para sentença, ultimados os atos processuais, ocorreu já na vigência da nova lei.

A quem cabe sentenciar? Ao juiz que, antes de entrar em vigor o princípio da identidade física, colheu prova oral em audiência? Ou o juiz a quem, já vigente o princípio da identidade física, foram conclusos os autos?

Três sistemas propõem resolver os problemas de direito intertemporal no que concerne à aplicação da lei processual.

Pelo primeiro, o **sistema da unidade processual**, o processo é um complexo de atos inseparáveis uns dos outros, todos rumando para o fim objetivado, a decisão. Como corpo uno, unidade, tem de ser regulado por uma única lei. Assim, em curso o processo, sobrevindo nova lei, será disciplinado inteiramente por esta ou pela anterior. Aplicada a nova lei, os atos já realizados seriam tornados ineficazes, daí resultar que a lei processual teria efeito retroativo. Aplicada a lei antiga, esta teria efeito até que finalizado o processo, mesmo que já na vigência da lei nova.

Pelo segundo sistema, o das **fases processuais**, reconhece-se a existência, no processo, de várias fases, autônomas, tais como a postulatória, a probatória, a decisória, a recursal, cada qual abrangendo um conjunto de atos inseparáveis, e, portanto, cada qual constituindo uma unidade processual. Em curso o processo, sobrevindo a lei nova, esta empolgaria apenas as fases seguintes a ela, regendo-se as anteriores pela lei anterior. Afasta-se, aqui, a idéia de efeito retroativo da lei processual.

Pelo terceiro sistema, o do **isolamento dos atos processuais**, sabe-se que o processo é uma unidade, pelo fim a que colima, mas encerra um conjunto de atos, cada um dos quais podendo ser considerado isoladamente para os efeitos de aplicação da lei nova. Assim, esta, encontrando processo em curso, deve respeitar a eficácia dos atos processuais já constituídos, incidindo apenas quanto aos atos processuais que devam ser praticados a partir da sua vigência. Vedado, também aqui, o efeito retroativo da lei processual.

A doutrina processual recomenda o terceiro sistema como regra. Como destaca JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, "*em boa ciência processual, e em atenção à natureza do processo, que é uma série de atos, reconhecem quase todos, pelo menos após os ensinamentos de CHIOVENDA, que a lei processual tem aplicação não retroativa, como por equívoco alguns entenderam (ROUBIER), mas aplicação imediata, embora deva reconhecer os efeitos processuais dos atos já praticados regularmente sob a lei anterior*" (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. X. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 331/332).

No processo penal, adotando o **sistema do isolamento das fases processuais**, prescreve o artigo 2º do Código: "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". Comenta, a propósito, FERNANDO CAPEZ: "*O legislador pátrio adotou o princípio da aplicação imediata das normas processuais, sem efeito retroativo, uma vez que, se tivesse, a retroatividade anularia os*

atos anteriores, o que não ocorre. Aplica-se, portanto, o princípio do **tempus regit actum**, *do qual derivam dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º; CPP, art. 2º)"* (Curso de Processo Penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48). No mesmo sentido HÉLIO TORNAGHI: *"A norma de direito judiciário penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma de lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal. Não há, nesse caso, retroatividade da lei processual, mas aplicação imediata. Retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invalidasse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor. E é o próprio dispositivo legal que ressalva 'sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior'"* (Compêndio de Processo Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, pp. 23/24).

Resulta evidente, portanto, prevalecerem, subsistirem, terem validade plena, na espécie em desate, os atos processuais realizados anteriormente ao advento da nova lei. Válidos são os atos processuais de coleta da prova oral, quais sejam, o interrogatório e a oitiva das vítimas e testemunhas, todos anteriores ao advento da Lei nº 11.719, de 20/06/2008, em vigor a partir de 24/08/2008, que introduziu, no § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, o princípio da identidade física do juiz.

Sendo plenamente válidos tais atos, por força do artigo 2º do Código de Processo Penal, não podem ser desconstituídos para que se realize uma nova audiência, agora obedecendo as alterações trazidas ao processo penal (artigos 400[1], 401[2], 402[3], 403[4] e 404[5]) pela mesma Lei nº 11.719/2008.

É a concentração da coleta da prova oral em uma mesma audiência, por um só juiz, a razão determinante da introdução do princípio da identidade física do juiz no processo penal. Entende-se que o mesmo juiz, colhendo em uma só audiência, toda prova oral, mantendo contato físico direto com todos atores do processo penal, percebendo suas reações, seja o mais indicado para sentenciar.

Se, todavia, essa audiência única não foi realizada, porque então vigente o anterior procedimento, em que colhida a prova oral de forma partida, primeiro o interrogatório do réu, seguindo-se defesa prévia e sumário, em data diversa, muitas vezes por juízes diferentes, ou, ainda que pelo mesmo juiz, não há como incidir o princípio da identidade física do juiz. Seria necessário apagar os atos processuais já realizados e realizar a nova audiência única. Isso implicaria aplicar retroativamente a Lei nº 11.719/2008 e ferir de morte o artigo 2º do Código de Processo Penal.

O princípio da identidade física do juiz no processo penal apenas se aplica a partir da vigência da Lei nº 11.719/2008, com a realização da audiência já obedecendo às suas normas. Nesse sentido já se pronuncia a melhor doutrina: "**57. *Aplicabilidade da identidade física do juiz:*** *somente se dará aos casos ocorridos após o início da vigência*

da Lei 11.719/08. Assim, o magistrado que, vigendo a referida lei, concluir a instrução em audiência, deve sentenciar o feito. Trata-se de norma puramente processual, de modo que não opera retroativamente à data do fato criminoso. Somente produz efeitos futuros." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp.720-1).

Como a coleta da prova oral, em audiência, pelo MM. Juiz suscitante ocorreu antes de vigorar a nova lei, não está ele vinculado ao processo. Não incide, no caso, o princípio da identidade física do juiz.

Mais clara, ademais, a inviabilidade de aplicação do princípio da identidade física do juiz na espécie, porque, como ressaltado, dois juízes colheram prova oral, ambos antes da entrada em vigor da nova lei, em datas diferentes, e em atos processuais diversos. O MM. Juiz de Direito Substituto TACIANO VOGADO RODRIGUES JÚNIOR interrogou o réu em 18/10/2007 (fls. 81/82). E o MM. Juiz de Direito Substituto MÁRCIO ANTÔNIO SANTOS ROCHA, que é o suscitante, em 13/05/2008, colheu prova oral, ouvindo vítimas (fl. 103 e 104/105) e uma testemunha (fls. 106/107). Qual deles estaria vinculado? Resposta: nenhum, porquanto, como já fundamentado, o princípio da identidade física do juiz no processo penal somente terá lugar quando realizada a coleta da prova oral na vigência da Lei nº 11.719/2008, com a realização da audiência já obedecendo às suas normas.

Relevante notar que a introdução do princípio da identidade física do juiz no processo penal ocorre em momento no qual, no processo civil, já é ele mitigado, em observâncias aos princípios da celeridade, da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Com efeito, no direito processual pátrio contemporâneo, o princípio da identidade física do juiz não é concebido em termos absolutos, merecendo respeito princípios outros como os da celeridade e da economia processual, que preconizam o aproveitamento dos atos processuais praticados, e o da instrumentalidade das formas, que orienta a teoria das nulidades. Não se decreta qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo para a parte, incumbindo o ônus da demonstração a quem a alega. Isso, inclusive, está expresso no artigo 563 do Código de Processo Penal: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Aliás, em sede de direito processual, a alegação de prejuízo, necessariamente, deverá estar plasmada em violação aos princípios do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, porque têm as partes direito à prestação jurisdicional e não a um determinado resultado por elas perseguido.

Assim, em tema de alegada violação do princípio da identidade física do juiz não basta dizer que o prejuízo é intuitivo, ou seja, que é ínsito ao fato de outro juiz, que não o recolhedor da prova, ter sentenciado. É necessário demonstrar efetivo prejuízo. Confira-se:

"Direito Civil. Agravo no recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Transporte rodoviário. Acidente de trânsito. Morte. Rejeição dos embargos de declaração. Rejeição. Princípio da identidade física do juiz. Fundamentação deficiente. Reexame fático-probatório. Correção monetária sobre o valor dos danos morais. Termo inicial. Data em que foi arbitrado o valor definitivo. Dissídio não comprovado. Ausência de similitude fática.
- Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada e a o acórdão recorrido se encontra devidamente fundamentado.
- O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, só ensejando nulidade do acórdão se importar em violação ao contraditório e à ampla defesa.
- Prejuízo dito intuitivo não é suficiente para reconhecer violação ao art. 132 do CPC.
- Não se conhece do recurso especial na parte em que se encontra deficientemente fundamentado.
- Não se admite, em sede de recurso especial, o reexame de matéria fático-probatória.
- O termo inicial da correção monetária, tratando-se de indenização por danos morais, é a data em que foi arbitrado o seu valor definitivo.
- Não se conhece do especial se não há similitude fática entre os julgados. Na espécie, há, ainda, situação fática definida, com base na expectativa de vida da população gaúcha.
Agravo no recurso especial não provido." (STJ, AgRg no REsp 913.471/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 21/02/2008, DJe 10/03/2008; grifou-se).

Acresça-se que, omissa a nova lei, quanto à disciplina do princípio da identidade física do juiz, incide o artigo 132 do Código de Processo Civil: "*O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.*" *Nesse sentido também acorde a melhor doutrina:* **"56. Identidade física do juiz:** *o magistrado que presidir a instrução (colheita das provas, em especial, em audiência) torna-se vinculado ao feito, devendo proferir a decisão. Há muito se reclamava que, justamente no processo penal, onde mais importante se dava a vinculação entre julgador e prova, houvesse a consagração legal da identidade física do juiz. Por ora, entretanto, está restrito ao procedimento comum (ordinário e sumário), não*

se podendo levá-lo à legislação especial, possuidora de regras específicas. A novel norma não trouxe maiores detalhes acerca do assunto, razão pela qual nos parece possível a aplicação, por analogia, do preceituado pelo art. 132 do CPC: 'o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas'" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp.720-1).

Afastado, pois, por qualquer motivo, inclusive férias, o juiz que colheu a prova em audiência, outro poderá sentenciar, repetindo, se o caso, as provas, sem ofensa ao princípio da identidade física do juiz, que, como visto, não é absoluto. Confira-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO JULGADA IMPROCEDENTE. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PRESIDIDA POR JUIZ TITULAR. INGRESSO EM FÉRIAS. SENTENÇA PROFERIDA POR JUÍZA, EM SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NÃO CARACTERIZADA. CPC, ART. 132. I.* ***Entre as exceções à aplicação do princípio da identidade física do juiz, previstas no art. 132 do CPC, insere-se o afastamento por motivo de férias, período em que é possível ao substituto proferir sentença, ainda que colhida prova oral em audiência de instrução e julgamento pelo magistrado originário, que a presidiu.*** *II. Inexistência, segundo o aresto objurgado, de particularidade atinente à audiência que pudesse recomendar a vinculação ao juiz substituído ou indicar prejuízo à defesa das partes. III. Dissídio não configurado, por não identificada a exata similitude fático-jurídica entre as espécies confrontadas. IV. Recurso especial não conhecido." (STJ, REsp 127.519/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 21/11/2005 p. 235; grifou-se).*

> *"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL OBSTADO EM 2º GRAU - AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - SENTENÇA DE 1º GRAU - ALEGAÇÃO DE NULIDADE - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO MAGISTRADO (CPC, ART. 132) - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA - JULGAMENTO* **EXTRA PETITA** *- INOCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.*

I - O v. aresto **a quo** *bem analisou a questão referente às exceções relativas à aplicação do princípio da identidade física do juiz (CPC, art. 132), entre elas inserido o afastamento por motivo de férias, período em que é possível ao sucessor proferir sentença cujas provas em audiência foram colhidas pelo magistrado que se acha afastado, não se verificando violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ônus que caberia à recorrente e do qual não se desincumbiu. O prejuízo que a recorrente afirma ter ocorrido seria de natureza intuitiva, e, sendo de tal índole, não há comprovação. Precedentes. II - Não viola os arts. 128 e 460 do CPC a decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial. Precedentes. III - A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar o dissídio jurisprudencial apto a ensejar a abertura da via especial, sendo necessário, para tanto, a identificação de circunstâncias que assemelham ou identificam os casos em confronto e a realização do cotejo analítico entre elas, sem que se tenha, desse modo, procedido à estrita observância do teor dos arts. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC, para apreciação e comprovação da alegada divergência jurisprudencial. Precedentes. IV - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO." (STJ, AgRg no Ag 632.742/MA, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, 4ª Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007 p. 280).*

Pelo exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente para julgar a causa o juiz em exercício no Juízo de Direito suscitado, o da Vara Criminal, do Tribunal do Júri e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Santa Maria, seja o seu titular, seja o juiz de direito substituto que no referido juízo esteja em exercício pleno ou auxílio, podendo, se entender necessário, repetir a prova oral.

É como voto.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) - Com o Relator.

Des. Souza e Ávila (Vogal) - Com o Relator.

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

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

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Declarar competente o juízo suscitado. Unânime.

Notas

[1] *"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.*
§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.
§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes."

[2] *"Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa. § 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.*
§ 2ºA parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código."

[3] *"Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução."*

[4] *"Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.*
§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.
§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.
§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença."

[5] *"Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.*
Parágrafo único.
Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença."

EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS Nº 2001071015245-0

Embargante - F.S.M.
Embargado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Edson Alfredo Smaniotto
Câmara Criminal

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS - CRIME DE TORTURA - PAI QUE IMPINGE INTENSO SOFRIMENTO AO FILHO, BEBÊ DE CINCO MESES, CONSISTENTE EM INÚMERAS MORDIDAS E FRATURA DA PERNA DIREITA. O dolo exigido para a caracterização do crime de tortura não é o de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto. A presença de diversas mordidas em múltiplos locais, sem a menor preocupação de ser a atitude comedida, demonstra que em cada um dos atos praticados pelo pai havia um sentimento além da correção intrínseca ao pátrio poder.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Edson Alfredo Smaniotto - Relator, Mario Machado - Revisor, Sandra De Santis - Vogal, Roberval Casemiro Belinati - Vogal, Souza e Ávila - Vogal, Sérgio Rocha - Vogal, Arnoldo Camanho de Assis - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador George Lopes Leite em proferir a seguinte decisão: negar provimento aos embargos. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

F.S.M. interpôs Embargos Infringentes Criminais em vista do v. acórdão proferido pela Egrégia Segunda Turma Criminal que restou assim ementado:

"PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE TORTURA. PRESENÇA DE TODOS OS ELEMENTOS DO CRIME. INCONSCIÊNCIA VOLUNTÁRIA. "RESSACA DE DROGA". ISENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 1. UMA VEZ PRESENTE A SUBMISSÃO DO INFANTE, A QUEM O APELANTE TINHA O DEVER MORAL E LEGAL DE GUARDAR E PROTEGER; O INTENSO SOFRIMENTO FÍSICO, TESTIFICADOS PELAS MÚLTIPLAS LESÕES, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM LESÕES CORPORAIS GRAVES, E SIM, EM CRIME DE TORTURA. 2. SOMENTE A EMBRIAGUEZ COMPLETA E INVOLUNTÁRIA, PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR É CAUSA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE, NÃO A VOLUNTÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 28, II, CP. 3. A JUSTIFICATIVA APRESENTADA PARA AS AGRESSÕES, "RESSACA DA DROGA", NÃO O ISENTA DO CRIME COMETIDO, MORMENTE QUANDO HÁ NOS AUTOS NOTÍCIA DE OUTRAS AGRESSÕES À PEQUENA VÍTIMA, SEMPRE QUE O APELANTE FAZIA USO DE DROGAS. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. MAIORIA."

Em sede de Apelação, o eminente Desembargador Relator José Divino de Oliveira desclassificou a conduta para a prevista no art. 129, I, c/c art. 61, II, "d", "e" e "h", todos do Código Penal, impondo ao réu a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto.

As nobres Desembargadoras Revisora e Vogal, Desa. Nilsoni de Freitas e Desa. Aparecida Fernandes, respectivamente, mantiveram a r. sentença que condenou o réu nas penas do art. 1º, II, §§ 3º e 4º, II da Lei n. 9.455/97, impondo a ele a pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Diante da divergência, o Embargante F.S.M. interpôs Embargos Infringentes, buscando a prevalência do douto voto minoritário, aduzindo que se encontrava, no momento do crime, sob efeitos de substâncias entorpecentes, de forma que não podia identificar o caráter ilícito da sua conduta.

Contra-razões do Ministério Público, fls. 257/261, pugnando pelo improvimento do apelo.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça ratificando o inteiro teor das contra-razões apresentadas.

É o que consta.

VOTOS

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Relator) - Senhor Presidente,

Conheço do recurso.

Conforme relatado, **F.S.M.** interpôs Embargos Infringentes Criminais em que se tem a divergência sobre a desclassificação da conduta para a prevista no art. 129, I, c/c art. 61, II, "d", "e" e "h", todos do Código Penal.

Na r. sentença, o réu foi condenado nas penas do art. 1º, II, §§ 3º e 4º, II da Lei n. 9.455/97, tendo o MM. Juiz imposto ao réu a pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado porque "no dia 15 de fevereiro de 2001, por volta das 05h30min, na QNL 26, Via 1, casa 9, Taguatinga Norte/DF, o denunciado com vontade livre e consciente, submeteu seu filho P.A.M., de 5 (cinco) meses de idade na época do fato, intenso sofrimento físico mediante o emprego de violência.

Restou apurado que o acusado agrediu brutalmente o filho de apenas 5 (cinco) meses de idade, uma criança totalmente indefesa, vindo-lhe a causar diversas lesões e fraturas em sua perna direita, conforme Laudo de Exame de Lesões Corporais, fl. 24 e fl. 118, que comprovou a efetiva lesão grave na vítima, oriunda de meios insidiosos, ou seja, de tortura." (fl. 3)

Em sede de apelação, o Desembargador Relator desclassificou a conduta para a prevista no art. 129, I, c/c art. 61, II, "d", "e" e "h", todos do Código Penal, impondo ao réu a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto.

Por outro lado, as Desembargadoras Revisoras e Vogal mantiveram a r. sentença.

Diante da divergência, o Recorrente asseverou em seu recurso que se encontrava, no momento do crime, sob efeitos de substâncias entorpecentes, de forma que não podia identificar o caráter ilícito da sua conduta.

Sabe-se que só é apta a excluir a culpabilidade, a embriaguez completa, quando decorrente de caso fortuito ou força maior. A imputabilidade penal não resta excluída pela embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. Portanto, a embriaguez que justifica a inimputabilidade é a proveniente de caso fortuito ou força maior, e não, a voluntária que não exclui o dolo (artigo 28, II do Código Penal).

Neste ponto, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt[1] assevera que:

> *"a embriaguez pode apresentar as seguintes consequências: a) acidental: isenção de pena, quando for completa e proveniente de caso fortuito ou força maior; redução de pena, nas mesmas circunstâncias, quando for incompleta; b) não acidental: punição quando for voluntária ou culposa, independentemente de ser completa ou incompleta; c) preordenada:*

> *punição com agravação de pena; d) patológica: inimputabilidade ou semi-imputabilidade (culpabilidade diminuída).”*

Vê-se que o fato de o agente querer se drogar não altera o grau de sua responsabilidade penal, como no caso dos autos.

No que pertine ao crime, foi o réu denunciado no art. 1º, II, §§3º e 4º, inciso II da Lei 9.455/97, que assevera:

> *“Art. 1º. Constitui crime de tortura:*
> *.....*
> *II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.*
> *.....*
> *§3º. Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, se resulta morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos.*
> *§4º. Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):*
> *.....*
> *II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;”*

A elementar do crime referente à violência restou demonstrada pelo Laudo de fls. 28 e 122 em que ficou registrada a presença de lesões contusas múltiplas por diversos instrumentos inclusive dentes humanos, por meio insidioso/tortura, além da lesão grave configurada. Portanto, constatada a presença de mordidas e a fratura do fêmur direito, devidamente demonstrada violência praticada.

Igualmente, a elementar pertinente à autoridade advinda da relação do pai em relação ao filho menor é incontestável.

Sobreleva, então, examinar o dolo da conduta do réu.

A respeito, convém destacar alguns trechos dos depoimentos.

Na fase inquisitorial, a mãe da vítima asseverou que “por diversas vezes, F. agrediu a depoente, sendo que outras poucas chegou a adotar comportamentos agressivos contra P., que na data de hoje, por volta das 6h15min, a depoente ouviu quando a criança começou a chorar, razão pela qual foi averiguar o que estava ocorrendo, que, indagado sobre o que estava ocorrendo, F. disse para a depoente que havia brincado com a criança, na qual havia dado uma mordida, razão porque estava chorando, que,

ao averiguar o que realmente havia ocorrido, P. começou a chorar, fato que irritou F., o qual passou a agredi-lo fisicamente, desferindo murros, que a depoente teve êxito imediato, que, após algum tempo, F. acabou por entregar a criança para a depoente, que a colocou no berço, momento em que constatou que a mesma estava com a perna quebrada, que, diante do ocorrido, a depoente mandou que F. fosse embora para o trabalho, sendo que o mesmo atendeu" (M.A.L., fl. 15).

O réu, em Juízo, disse que "quando bateu na criança queria fazer a mesma criança parar de chorar, que estava discutindo com a mulher e o choro da criança estava lhe incomodando, que tentou consolar a criança, mas ao invés de estar consolando estava era batendo, que bateu na criança, com a mão, na perna direita e chegou a fraturar o fêmur da perna direta" (fl. 149).

A testemunha C.R. da S. asseverou que "segundo a mãe da criança, todas as vezes que o acusado fazia uso de entorpecentes, ficava agredindo, mordendo a criança, que em determinado momento, a mãe da criança disse que achava que o acusado tinha feito tudo aquilo porque a criança chorava, sendo que o acusado se irritava com aquele choro e fazia aquilo tudo" (fl. 165)

Pelos depoimentos acima transcritos, observa-se que o Recorrente impingiu sofrimento a seu filho, um bebê de cinco meses, consistente em mordidas e murros, além da fratura na perna esquerda, ao argumento de que o bebê estava chorando.

O dolo exigido para a caracterização do crime de tortura, nas palavras do professor Guilherme de Souza Nucci[2], não é o de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto.

No laudo de fl. 28 consta:

> *"Periciando com equimoses violáceas nas seguintes regiões: na face interna do antebraço direito, na face interna do braço esquerdo, arqueada em dois semicírculos no abdômen e múltiplos em múltiplos formatos nas regiões glúteas e dorsal inferior. (...). Há edema traumático e escoriação linear no dorso do pé direito".*

Vê-se que não se trata de apenas uma atitude que visava a uma correção no filho, até porque era um bebê de cinco meses que não tinha o menor entendimento da situação que lhe foi posta.

Foram diversas mordidas em diversos locais, sem a menor preocupação de ser a atitude comedida, o que demonstra que em cada um dos atos praticados pelo pai havia um sentimento além da correção intrínseca ao pátrio poder. Ao que parece, o réu tinha um sentimento de prazer, já que a conduta foi repetida por diversas vezes.

Ao explicar a situação, o réu demonstra bem a confusão do sentimento que tinha, dizendo que mordia pensando que estava acalentado. Ora, para um pai acalentar um filho é uma situação de prazer. Portanto, as mordidas dadas pelo réu na vítima traziam ao pai este sentimento de prazer. Mesmo tendo a vítima chorado quando da primeira mordida, o réu continuou a mordê-la incessantemente, daí a constatação do sentimento reles que conduziu o réu a agir desta forma.

Ao contrário, na vítima, um bebê de 5 (cinco) meses, houve um intenso sofrimento físico, chegando, ao final de todas a mordidas, a ter a perna quebrada.

Neste contexto, a conduta do réu é a descrita no Art. 1º, II, §§ 3º e 4º, II da Lei n. 9.455/97, não podendo se cogitar nem de maus tratos, nem de lesões corporais.

Em situação análoga, o professor Guilherme de Souza Nucci asseverou: "Outro exemplo é o espancamento de crianças pequenas, realizado por pais ou outros responsáveis por sua guarda".

A jurisprudência também admite a configuração da tortura nestes casos:

> *"Comete crime de tortura quem, por meio de espancamento, provoca lesões que levem à morte menor de um ano e três meses de idade"*[3].

Ante o exposto, **nego provimento aos Embargos Infringentes.**

É como voto.

Des. Mario Machado (Revisor) - Presentes os requisitos de admissibilidade dos embargos, deles conheço.

Pretende o embargante a prevalência do voto proferido pelo em. Des. José Divino de Oliveira, nos autos da Apelação Criminal nº 2001.07.1.015245-0, que, provendo parcialmente a r. sentença, desclassificou o delito para a figura tipificada no artigo 129, I, c/c art. 61, II, "d", "e" e "h", ambos do Código Penal, fixando a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto.

Adiro ao entendimento esposado nos doutos votos majoritários.

Reproduzo os bem lançados fundamentos da eminente revisora e relatora designada, às fls. 235/242 do acórdão impugnado, *verbis*:

> *"Insurge o apelante contra a r. sentença que o condenou nas penas do art. 1º, inciso II, §§ 3º e 4º, inciso II, da lei 9.455/97, a 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime fechado.*
> *Em suas razões de recurso, o apelante alega que é dependente de drogas e que no dia dos fatos estava sob o efeito de álcool, tornando-o incapaz de entender a caráter ilícito do fato.*

Alega, ainda, que jamais teve a intenção de submeter o seu filho a sofrimento físico, muito menos como forma de castigá-lo.
Ao final, pugna por sua absolvição ou alternativamente, seja desclassificado o delito para lesões corporais culposas.
Principio aduzindo que a materialidade e autoria do delito são incontestes.
A denúncia descreve:
"(...)Restou apurado que o acusado, agrediu brutalmente o seu filho de apenas 05 (cinco) meses de idade, uma criança totalmente indefesa, vindo-lhe causar diversas lesões e fraturas em sua perna direita, conforme Laudo de Exame de Lesões Corporais, de fls. 24 e fls. 118, que comprovou a efetiva lesão grave na vítima, oriunda de meios insidiosos, ou seja, de tortura."
Ao ser interrogado o apelante disse:
"que chegou tarde em casa na base de três horas da manhã e às cinco horas começou a discutir com sua mulher; que seu filho começou a chorar na hora da discussão; que pegou seu filho no colo e ele continuou chorando; que o interrogando começou a bater na criança, pensando que estava batendo devagar; que estava "ilúcido", por causa das drogas, ou seja estava na ressaca das drogas."
Nesse passo, a defesa sustenta que o apelante estava inconsciente e sem condições de determinar os efeitos de seus atos em razão da ingestão de bebida alcoólica e Ropinol.
A tese defendida pelo apelante não tem lastro no arcabouço jurídico. Somente a embriaguez completa e involuntária, proveniente de caso fortuito ou de força maior é causa de exclusão da responsabilidade, não a voluntária. (art. 28, II, CP).
Na lição de Guilherme de Souza Nucci ***"se configura o crime ainda que o ofensor esteja sob o efeito do álcool ou substância de efeito análogo. Nesse sentido: "A embriaguez do agente não dirime a sua responsabilidade criminal quanto ao crime de desacato, salvo se for total e proveniente de força maior ou caso fortuito".***[4]
Ainda, os julgados:
"PENAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL E DESACATO CONFIGURADOS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - ART. 28, II DO CP - DOLO PRESENTE - SENTENÇA MANTIDA.
1. O conjunto probatório denota que o apelante impediu a vítima de ter acesso a seus bens, mediante violência, consistente em empurrão, o que configura o crime de constrangimento ilegal.

2. A embriaguez voluntária não afasta a imputabilidade penal, o que somente ocorre em casos de embriaguez involuntária decorrente de força maior e caso fortuito, conforme o art. 28, II do CP.
3.Sentença mantida.
4. Suprida omissão da sentença que deixou de fixar o regime inicial de cumprimento da pena, para fixar o regime semi-aberto."[5]
"PENAL MILITAR - DESRESPEITO E AMEAÇA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - LEGÍTIMA DEFESA - VIOLAÇÃO A BARREIRA POLICIAL - ALEGAÇÃO DE QUE ESTAVA MAL SINALIZADA - ESTADO DE EMBRIAGUEZ - AUSÊNCIA DE PROVAS - RECURSO IMPROVIDO - UNÂNIME.
As alegações da defesa não se coadunam com a prova produzida nos autos, mostrando-se dissociadas do conjunto probatório, tendo em vista que o próprio recorrente, em seu interrogatório, afirma que a barreira policial estava adequadamente sinalizada, com cones, enfatizando, outrossim, que teria bebido um pouquinho, mas que não estava embriagado.
Ademais, nos termos do artigo 28, II, do Código Penal, a embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade, nem tampouco isenta o agente de responsabilidade (TJMG, RT 536/372; TJPR, RT 511/411).[6]
Lado outro, ao apelante imputa-se o crime previsto no art. 1º, inciso II, §§ 3º e 4º, inciso II da Lei 9.455/97, que dispõe, verbis:
Art. 1º Constitui crime de tortura:
II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
Pena - reclusão, de dois a oito anos.
§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.
§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.
§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.
§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;
II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos."

Por oportuno, calha trazer à colação os fundamentos do voto proferido pelo Desembargador Vaz de Mello, no qual discorre sobre os elementos conceituais do crime de tortura. Confira-se:

"A Lei n. 9.455/95, apesar de conter poucos artigos, é muito abrangente, reunindo diversas condutas e punindo-as severamente. Contudo, dado a rapidez com que foi editada, a Lei trouxe elemento constitutivo do tipo contendo imprecisão semântica.
Consoante o disposto no inciso II do artigo 1º da Lei n. 9.455/97, para configurar o crime de tortura é necessário ter o emprego da violência ou da grave ameaça provocado na vítima intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
O legislador, ao inserir a expressão "intenso sofrimento", colocou na Lei um conceito de difícil compreensão, exigindo o complemento valorativo do magistrado.
Com efeito, a conduta descrita no inciso II, do artigo 1º da referida lei se divide em dois elementos: um objetivo e outro subjetivo.
O objetivo consiste em "submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental". A ação do agente em violentar ou ameaçar a vítima constitui o dolo genérico.
O elemento subjetivo, ou dolo específico, consubstancia-se na intenção do agente de proporcionar à vítima "...intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo...".
Quanto à questão do sofrimento gerado, verifica-se que sua intensidade depende de cada vítima, de cada caso concreto, pois um mesmo sofrimento pode ser intenso para uma pessoa e menor para outra.
Sendo o termo "intenso" impreciso e vago, cabe ao intérprete considerar a ação do agente como típica, ou não, conforme o disposto na Lei de Tortura.
A meu ver, o denominado "intenso sofrimento", seria aquele que excede os limites do suportável, além de ter em vista o fim perseguido pelo agente e as condições pessoais de cada vítima."[7]

Embasada nesses fundamentos, com a respeitosa vênia ao seu autor, passo à análise das provas coligidas aos autos.

A mãe da criança, M.A.L. às fls. 60, ainda, na polícia relata dinâmica dos fatos, nos seguintes termos, *verbis*:

> *"(...)QUE, dois dias após, ou seja, em 14/02/01, a noite F. chegou em casa e nessa ocasião a declarante conversou com ele, contudo ele não respondeu, foi dormir, muito calado; QUE na manhã seguinte, às 05h05min, a declarante acorda o seu companheiro para este ir trabalhar; QUE F. se levantou e mandou que a declarante cozinhasse dois ovos para ele; QUE quando a declarante se virou para fazer o mandado, ouviu seu filho chorando, e ao se virar, percebeu que o mesmo estava nos braços de F. e este sacudia-o fortemente, enquanto o bebê chorava muito; QUE a declarante perguntou para F. o que havia acontecido, este respondeu que havia mordido o bebê intencionalmente, para ele acordar e assim brincar com ele; QUE a declarante pediu para que F. colocasse F. na cama, ocasião em que percebeu que o garoto estava cheio de hematomas, no braço, no umbigo, nos ombros e no pé; QUE como F. abriu os olhos se assustou ao ver o pai passando a chorar desesperadamente; QUE muito nervoso, acredita a declarante que pelo choro do bebê, F. começou beliscar e a bater no bebê, agredindo-o fisicamente; QUE a declarante, após insistir muito em pegar a criança F. entregou-a para a declarante(...)".*
>
> *Em Juízo, disse:*
>
> *"que no dia do fato, por volta de seis horas. A depoente chamou o acusado para ir trabalhar, sendo que o acusado acordou meio atordoado, parecendo que não estava em si próprio; que foi quando o acusado pegou a criança de cinco meses e começou a bater na criança com as mãos; que o acusado só batia na criança; que a depoente pedia sempre calma para o acusado enquanto ele fazia isso, mas parece que ele não estava em si próprio; que naquela noite o acusado tinha chegado da rua por volta de meia-noite a uma hora; que o acusado chegou estranho e a depoente perguntou se ele queria jantar, ele disse que não queria, sendo que, em seguida, ele foi deitar; que quando o acusado pegou a criança a mesma estava calada, ou seja, não estava chorando; que depois a criança começou a chorar, mas do meio para o fim, não chorava mais; que o acusado batia na criança e ao mesmo tempo acalentava, ou ficava dizendo: "Calma papai, calma"; que a criança teve o seu fêmur quebrado; que só o fêmur da criança foi quebrado, não havendo outras lesões".*

O laudo de exame de corpo delito de fls. 28, realizado no mesmo dia em que as agressões foram perpetradas contra a vítima registra lesões contusas múltiplas por diversos instrumentos inclusive dentes humanos, por meio insidioso/tortura.

Realizado o laudo de exame complementar (fls. 122) ficou configurada a lesão grave, frente à resposta afirmativa dada ao primeiro quesito do respectivo laudo.

Quadra mencionar as declarações dos policiais W.A.F.B. (fls. 164) e C.R. da S. (fls. 165) que relataram o comparecimento da mãe da vítima na Delegacia de Polícia informando sobre as agressões sofridas pela criança cujo autor seria o pai, o qual vendia drogas em sua residência.

Esclareceu o agente de polícia C.R. da S., que as suas colegas da delegacia verificaram que a criança estava com a marca roxa, como se fosse mordida, em todo o corpo, e que quando tocavam a perninha da criança ela chorava. E ainda, segundo a mãe da criança, todas as vezes que o acusado fazia uso de entorpecentes, agredia e mordia a criança. E mais, a mãe da criança disse que achava que o acusado tinha feito tudo aquilo porque a criança chorava e o acusado irritava-se com o choro.

Da análise acima entendo que se fazem presentes todos os elementos do crime de tortura, qualificado pela lesão grave e por ter sido praticado contra uma criança de 05 meses de idade à época.

As agressões sofridas estão registradas no laudo de exame de lesões corporais de fls. 28 e cópia do prontuário médico de fls. 178, dos quais "comprovam o profundo sofrimento físico impingido à pequena vítima, pelas agressões sofridas, uma vez que restou constatada a presença de várias lesões, dentre elas mordidas, além de fraturas no fêmur de sua perna direita".[8]

As agressões físicas, abusivas, desnecessárias e cruéis, perpetradas pelo apelante à pequena vítima ultrapassam todos os limites da tolerância, que à época contava com apenas 05 meses de idade.

Outrossim, ao que se colhe da prova oral testemunhal, inclusive das declarações do apelante, o motivo que desencadeou as agressões físicas contra a pequena vítima foi o seu choro.

Destarte, evidenciada a intenção do agente de infligir sofrimentos físico e psíquico ao pequeno P. a quem o apelante tinha o dever de proteger, por ser o pai da pequena vítima.

A justificativa apresentada pelo apelante para as agressões, "ressaca da droga", não o isentou do crime cometido, mormente quando há nos autos notícias de outras agressões à pequena vítima, sempre que o apelante fazia uso de drogas.
Diante dessas colocações, rigorosamente calcadas nas provas dos autos, pode-se afirmar que a conduta do apelante se amolda à conduta tipificada no art. 1º, inciso II, §§ 3º e 4º, inciso II da Lei 9.455/97.
No tocante à pena aplicada o juiz de primeiro grau moderadamente fixou a pena-base imposta ao apelante um pouco acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão. Reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea e ainda, a agravante da reincidência, a pena foi reduzida para o mínimo legal, 04 (quatro) anos de reclusão, a qual foi acrescida de 1/6 (um sexto) por haver sido o crime praticado contra uma criança de 05 meses de idade (art. 1º, § 4º, II, Lei 9455/97), apurando-se a pena definitiva de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.
Mantenho o regime fechado fixado na sentença apelada.
Esteada nos argumentos acima alinhavados, ***NEGO PROVIMENTO*** *ao recurso para manter inalterada a sentença hostilizada.*
É como voto."

Com efeito, respaldada a condenação em sólidos elementos de convicção. Presentes os elementos normativo e subjetivo do tipo (art. 1º, inc. II, § 3º e § 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/97). Evidente que o embargante exercia poder sobre a vítima e é robusta a prova no sentido de que o embargante causou intenso sofrimento físico à vítima, mediante violência, como forma de aplicar castigo pessoal. Presentes as circunstâncias elementares e os elementos subjetivo e normativo do tipo do crime de tortura, tem-se como inviável a pretendida desclassificação.

Incide, de outra parte, o princípio *actio libera in causa*, aplicável ao agente que se coloca, propositadamente, em situação de inimputabilidade para cometer o crime, realizando esse no estado de inconsciência. Nessa hipótese, considera-se, para o juízo da culpabilidade, a situação do agente no momento em que se colocou em estado de inconsciência. Caso clássico é o da embriaguez preordenada, em que o indivíduo bebe com a intenção de cometer determinado delito. No presente caso, estava ciente o autor de que, ao adotar determinada conduta, estava assumindo o risco de cometê-la. Portanto, a turvação sensorial, porventura advinda do uso de substância psicoativa, não o exime da responsabilidade penal.

Adequados os fundamentos do parecer ministerial, fls. 257/261.

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Com o Relator.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) - Com o Relator.

Des. Souza e Ávila (Vogal) - Com o Relator.

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

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

DECISÃO

Negar provimento aos embargos. Unânime.

Notas

1 *Código Penal Comentado, 2002, pág113*

2 *In Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Ed. RT*

3 *AP. 00.001022-7, Rel. Des. Eliezer Shcerrer, Câmara Criminal, TJAC*

4 *TARS, Ap. 297.028, 4ª C. rel. Aí do Faustino Bertocchi, 29.10.1997, v.u. idem:TARJ, Ap. 60.478, 4ª C. rel. Sérvio Túlio Vieira, 1997, v.u. 03.03.1997, v;u. RT 748/716;TJSP, Ap. 240.804-3, 4ª C. rel. Passos de Freitas, 12.05.1998, v.u)" (in Código Penal Comentado, RT, 5ª edição, p.1052.*

5 *Apelação Criminal 20060110811837APR, Relator IRAN DE LIMA, 1ª Turma Criminal, julgado em 15/03/2007, DJ 06/06/2007 p. 96.*

6 *Apelação Criminal 19990110538197APR, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Criminal, julgado em 07/11/2002, DJ 30/04/2003 p. 60.*

7 *Apelação Criminal 20020210016818RSE, Relator VAZ DE MELLO, 2ª Turma Criminal, julgado em 14/12/2006, DJ 09/05/2007 p. 135.*

8 *Drª Lenir Azevedo - Procuradora de Justiça, parecer: fls.217/222.*

HABEAS CORPUS Nº 2009002000037-2

Impetrante - Tiago Pugsley
Paciente L.S.A.
Relator - Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Segunda Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO. DESMUNICIADA E INAPTA A PRODUZIR DISPAROS. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE. ATIPICIDADE. DÚVIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.
1. Existindo dúvida acerca da tipicidade da conduta prevista no art. 14 da Lei N. 10.826/2003, vez que a arma objeto do delito encontrava-se desmuniciada e inapta para produzir disparos, conforme constatou o laudo de exame em arma de fogo, o melhor caminho a seguir é o trancamento da ação penal.
2. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Silvanio Barbosa dos Santos - Relator, Maria Ivatônia e Luís Gustavo - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos, em conceder a ordem. Por maioria, vencido o 2º Vogal, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de janeiro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de L.S.A., com o objetivo de trancamento da ação penal, por alegar o impetrante que a conduta do paciente deve ser considerada atípica, porquanto estava portando arma desmuniciada e inapta para produzir disparos.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 14, da Lei 10.826/03, porque, no dia 13/03/2008, entre as quadras 26/28 do Guará/DF, trazia consigo um revólver, marca TAURUS, calibre .32, desmuniciada, não possuindo autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

O eminente juiz monocrático, em sentença acostada às fls. 113-116, julgou procedente a denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 14, da Lei 10.826/03, a 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituindo-a por duas restritivas de direitos.

Registre-se que o ora paciente interpôs recurso de apelação sob o número 2008 01 1 0291106, distribuído a Desa. convocada, Nilsoni de Freitas, sendo que este *writ* foi distribuído para esta Relatoria, em virtude dela se encontrar desconvocada nesse período.

Não há pedido liminar.

Informações foram dispensadas.

A ilustre Procuradora de Justiça, Doutora MARINITA MARIA DA SILVA, às fls. 137-142, opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

VOTOS

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Relator) - Perlustrando os autos, verifico que razão assiste ao impetrante, quando afirma que a conduta do paciente é atípica, ao portar arma desmuniciada e inapta para disparos.

Observe-se que, apesar de portar referido artefato no momento de sua prisão em flagrante, se infere dos autos que esta não se encontrava municiada e que o ora paciente não tinha a seu alcance imediato as respectivas munições.

Sobre o tema já se posicionou o Excelso STF, quando do julgamento do RHC 81057/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/04/2005, 1ª Turma, *verbis*:

> *"ARMA DE FOGO: PORTE CONSIGO DE ARMA DE FOGO, NO ENTANTO, DESMUNICIADA E SEM QUE O AGENTE TIVESSE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS, A PRONTA DISPONIBILIDADE DE MUNIÇÃO: INTELIGÊNCIA DO ART. 10 DA L. 9.437/97: ATIPICIDADE DO FATO.*
>
> *1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.*
>
> *2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade*

a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que há de prevalecer sempre que regra incriminadora os comporte.
3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.
4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca ao caco de vidro ", cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.
5. No porte de arma de fogo desmuniciada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio da disponibilidade:
(1) se o agente traz consigo a arma desmuniciada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo;
(2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica."

Todavia, a questão novamente se encontra em discussão perante a Primeira Turma daquela egrégia Corte, em análise ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* N. 90.197, ainda pendente de julgamento. Conforme se extrai do Informativo N. 462, referido recurso foi interposto em favor do condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (Lei 9.437/97, art. 10), sob alegação de atipicidade do porte de revólver desmuniciado, face à ausência de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente protegido. Iniciado o julgamento, o Min. Relator Ricardo Levandowski, deu provimento ao recurso, por entender que o simples porte de arma desmuniciada, sem que haja munição ao alcance do agente, não gera resultado típico, uma vez que não cria perigo à incolumidade pública e não tem o condão de incrimentá-lo. Afirmou ser necessário aferir, em cada caso concreto, se a conduta enseja ou não risco ao bem jurídico supra-individual, para além de um juízo de valor contido na escolha legislativa

em incriminá-lo. Ressaltou, por fim, que a arma desmuniciada poderá contudo, ser apta à configuração de outros delitos. Após o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que acompanhava o relator, pediu vista dos autos à Min. Cármen Lúcia.

Assim, ante a dúvida, ainda não dirimida pela Suprema Corte, sobre a pertinência da tipicidade penal da conduta delitiva em questão, o melhor caminho a seguir nos afigura a concessão da ordem, para trancamento da ação penal.

Além disso, o Laudo de Exame em Arma de Fogo, acostado às fls. 73-74, ratifica a inaptidão do referido instrumento, por lhe faltar uma peça necessária para a eficiência dos eventuais disparos, confira-se:

> *"...Examinando-se a arma em questão constatou-se a ausência do seu percussor, tornando-a ineficiente para efetuar disparos. V - Conclusão. Assim, em face do exposto, concluem os peritos que a arma supradescrita, no estado em que se encontra, está inoperante, conforme descrito no item anterior..."*

Relevante ressaltar que, mesmo com a sentença de primeiro grau transitada em julgado ou na pendência de recurso, como é o caso em comento, é cabível o *habeas corpus* para trancamento da ação penal, quando a conduta do acusado se mostrar manifestamente atípica, conforme escólio do renomado processualista, Eugênio Pacelli de Oliveira, *in* Curso de Processo Penal, 10ª Edição, Editora *Lumen Juris*, 2008, págs. 754-755, *litteris*:

> *"... Embora inserido no Código de Processo Penal entre os recursos, trata-se de verdadeira ação autônoma, cuja tramitação pode ocorrer antes mesmo do início da ação propriamente dita (a condenatória). E o simples fato de se tratar de ação, e não de recurso, já nos permite uma conclusão de extrema relevância: o* habeas corpus *pode ser impetrado tanto antes quanto depois do trânsito em julgado da decisão restritiva de direitos. E mais: pode ser usado como substitutivo do recurso cabível, ou mesmo ser impetrado cumulativamente a ele... As consequências jurídicas resultantes do conhecimento da ameaça ou coação potencial (e também da ameaça real, concreta) são relevantíssimas. Conhecido e provido o* habeas corpus, *dependendo da matéria examinada, e decidida, poderá ocorrer o trancamento, ou seja, o encerramento do procedimento (inquérito) ou processo (ação penal). É o que acontecerá, quando, por exemplo, o* habeas corpus *fundar-se em atipicidade manifesta do fato ou da presença de qualquer causa extintiva da punibilidade, como a prescrição. Nesse caso, o curso do inquérito ou da*

ação penal será definitivamente interrompido, encerrando-se, desde logo, um e outro..."

Desta feita, consoante posição por mim já esposada no HBC 2008 00 2 007678-1, considero a conduta do paciente atípica, por estar portando arma desmuniciada e inapta a produzir disparos

ISTO POSTO, concedo a ordem para trancar a ação penal, comunicando à eminente Relatora da Apelação noticiada no relatório.

É o voto.

Desa. Maria Ivatônia (Vogal) - Com o Relator.

Des. Luís Gustavo (Vogal) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de L.S.A., objetivando o trancamento de ação penal, sob o fundamento de que não haveria tipicidade na conduta do paciente, preso em flagrante, porque portava arma de fogo desmuniciada, além da perícia técnica concluir pela sua ineficiência para disparos, por falta do mecanismo próprio (percussor).

Após os votos dos eminentes Relator e Primeiro Vogal, pedi vista dos autos.

O paciente foi denunciado por infringir o artigo 14 da Lei no. 10.826/2006. O delito é de mera conduta, definido pela doutrina como despojado de resultado naturalístico. Contenta-se o legislador em descrever a ação típica, sem prever qualquer acontecimento modificativo externo ou mesmo pretensão de produzi-lo.

A conduta de portar armar sem autorização legal é caso típico de crime de mera conduta, ou seja, a norma não exige a busca de qualquer resultado a ser alcançado pelo agente, senão a própria conduta em si incriminada.

O crime de portar arma qualifica-se como de perigo presumido, que *é considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume* "juris et de jure". *Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão.*[1]

O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, ameaçada ou conturbada com o simples comportamento de ser portar arma sem a devida autorização legal.

Neste passo, tornar-se-á irrelevante direcionar a discussão para a eficiência do armamento em produzir disparo, já que o seu simples porte, por quem não tem autorização legal, inflige temor próximo à pessoas vizinhas ao agente, assim como traz intranquilidade social à comunidade em geral.

A jurisprudência há muito se pronunciou sobre o caráter intimidativo das armas de fogo, a ponto de, independentemente de ser apreendida ou verificada sua eficiência, dever-se-ia reconhecer as causas especiais ou gerais de aumento de pena[2]:

EMENTA: ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I. Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II. Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII. Precedente do STF. VIII. Ordem indeferida (STF/ HC 93353 / SP).

A interpretação da norma tem que levar necessariamente à preservação da coerência de todo o sistema repressivo. É sabido que a jurisprudência pátria passou a adotar novo direcionamento no tocante ao reconhecimento das causas de exasperação da pena, por conta do emprego de arma de fogo nos diversos tipos penais existentes, mas nem por isso afastou o seu caráter intimidador, sendo capaz de servir como instrumento para a realização de infrações, cujo um dos elementos núcleos do tipo é à grave ameaça.

Tanto é assim, que apesar da mudança de entendimento, com relação à existência da majorante pelo uso de arma de brinquedo ou ineficiente para disparo no crime de roubo (STF/HC 70534 / RJ e STJ/HC 96388 / SP), o tipo base não fica afastado, ou seja, é reconhecida a grave ameaça decorrente do seu simples porte ou emprego.

Abstraindo-se o emprego da arma daquele tipo penal ou qualquer outro - como integrante ou não do seu núcleo ou apenas como causa de aumento - não há como deixar deslumbrar que o porte de arma pelas pessoas desautorizadas é capazes de gerar a mesma intranquilidade social e medo. Neste passo, afigura-se irrelevante se a arma é eficaz ou não para o disparo, se está ou não desmuniciada. Frente a vítima - o

corpo social - sua eficiência é indiscutível, sendo capaz de impingir os mesmo temor e perigo quando do seu emprego num crime qualquer.

O bem jurídico é a incolumidade pública, conforme já destacado, contentando-se o tipo com a realização do comportamento nele contido, cujo perigo é presumido. Presunção essa com respaldo na doutrina e jurisprudência, que reconhece outros tipos penais ou mesmo majorantes quando há o emprego de arma, conforme já frisado.

Por outro lado, é preciso destacar que o Estatuto do Desarmamento incrimina a simples posse da munição. Ora, poder-se-ia causar perplexidade no fato de se punir àquele que apenas carrega consigo a munição e não aquele que porta a arma desmuniciada. Ou pior, aplicando-se a mesma razão de decidir, não se poderá reconhecer como crime a simples posse de munição, caso o possuir ou portador não tenha consigo também o instrumento para efetuar o seu disparo (arma).

O mais perigoso desse entendimento é o vácuo na legislação que surgirá e o *modus operandi* que os infratores adotarão. Isto porque passarão a dividir tarefas, carregando os componentes separados - arma e munição - unidos somente no momento próprio do crime. Depois voltarão a separá-los.

Segundo o fato hipotético, é incontestável a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Mas sufragar a tese perseguida pelo impetrante, importará em reconhecer a conduta precedente como um nada jurídico. E o que é pior, por extensão, o porte ou posse de munição.

Forte nestes fundamentos, denego a ordem pretendida.

É como voto.

DECISÃO

Ordem concedida. Maioria, vencido o eminente 2º Vogal.

Notas

[1] *Damásio E.de Jesus , Direito Penal, vol. I, Parte Geral, Saraiva, 21ª Ed., p. 187.*
[2] *Orientação posteriormente abandonada.*

HABEAS CORPUS Nº 2009002001312-7

Impetrante - Viviane Vinaud Hirayama
Paciente - J.C.R.B.
Relator - Des. Roberval Casemiro Belinati
Segunda Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. CHUTE NA PORTA DE VIDRO DE HOSPITAL PÚBLICO, OCASIONANDO-LHE A QUEBRA, EM RAZÃO DE NÃO ATENDIMENTO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO COM FUNDAMENTO NA FOLHA PENAL DO PACIENTE BEM COMO NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ENDEREÇO, DE DOCUMENTO DE IDENTIDADE E DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTOS INAPTOS, POR SI SÓS, A AMPARAR A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA PARA DEFERIR LIBERDADE PROVISÓRIA AO PACIENTE.

1. O crime de dano qualificado foi praticado sem violência ou grave ameaça. A autoridade impetrada não indicou, concretamente, as razões pelas quais entende ser a prisão cautelar necessária, uma vez que anotações na folha penal do paciente não autorizam, por si sós, a prisão cautelar, pois, se assim fosse, a segregação cautelar se imporia como regra, toda vez que o réu respondesse por outros processos criminais. Ainda que assim não fosse, os autos informam possuir o paciente condenações transitadas em julgado e devidamente cumpridas há pelo menos 05 (cinco) anos. Desse modo, tais condenações não merecem valoração em prejuízo do paciente.

2. O fundamento de ausência de comprovação do endereço pelo paciente não é apto, por si só, para manter a prisão cautelar. Primeiramente, insta destacar que não houve recusa por parte do paciente em fornecer seu endereço e documento de identificação, porquanto, por ocasião do auto de prisão em flagrante, declinou seu endereço, número do documento de identidade, além da

filiação. A corrente que entende que a falta de comprovação do endereço é motivação idônea para a custódia cautelar, baseia-se na suposição de que, sem a comprovação de endereço, o paciente pode evadir-se do distrito da culpa, furtando-se à eventual aplicação da lei penal, trazendo, assim, prejuízo ao processo. Todavia, além de ser uma suposição dissociada de qualquer elemento concreto dos autos, a fuga pode ocorrer mesmo que haja comprovação de endereço. Dessa forma, o argumento da falta de comprovação do endereço do paciente não pode ser supedâneo a justificar a segregação imposta, mormente quando dissociado de qualquer elemento concreto dos autos. Ademais, em relação à ocupação lícita, o fato de o paciente não comprová-la ou, até mesmo, não exercer alguma ocupação, não lhe pode ser tido por desfavorável a ponto de supedanear a segregação cautelar.

3. *Habeas corpus* admitido e ordem concedida para deferir ao paciente o pedido de liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Roberval Casemiro Belinati - Relator, Luis Gustavo B. de Oliveira - Vogal, Souza e Ávila - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos, em proferir a seguinte decisão: conceder a ordem. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 5 de março de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de ***HABEAS CORPUS***, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal - CEAJUR, Núcleo do Paranoá/DF, em favor de **J.C.R.B.**, tendo como autoridade coatora o **MM. Juiz de Direito Substituto Plantonista**, que, mediante decisão (fls. 35/36), indeferiu o **pedido de liberdade provisória** formulado em favor do paciente (autos nº 2009.08.1.000558-9), o qual foi **preso em flagrante** no dia 24/1/2009 pela prática, em tese, do crime de dano qualificado em razão de ter sido praticado contra o patrimônio do Estado (artigo 163, § único, inciso III, do Código Penal).

Exsurge dos autos que no dia 24/1/2009, por volta das 20h30min, o paciente, revoltado em razão de ter perdido sua vez na chamada, não podendo ser atendido, chutou a porta de vidro do setor de raio-x do Hospital Regional do Paranoá, que se quebrou em razão do chute.

Em primeiro grau de jurisdição, foi formulado pedido de liberdade provisória, tendo o MM. Juiz *a quo* negado o pleito ao fundamento de que: *[...] em análise da folha de antecedentes penais acostada aos autos, verifico que o requerente possui uma extensa folha penal, ostentando três condenações, uma pelo crime de roubo, outra pelo crime de furto, e uma terceira pelos crimes dos arts. 306 e 309, da Lei 9.503/1997, o que evidencia uma personalidade voltada para a prática de ilícitos, sendo certo que sua segregação provisória importa em maior preservação da ordem pública, porquanto impede a prática de novos crimes."* Também ancorou o indeferimento do pedido de liberdade provisória no fato de que o paciente não comprovou possuir residência fixa, ocupação lícita ou qualquer documento de identificação (fls. 35/36).

Desta decisão, foi impetrada a presente ordem de *habeas corpus*.

A impetrante alega: que o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça; que o paciente não possui personalidade voltada para a prática de crimes e, ainda que possuísse, tal fundamento não é apto, por si só, a embasar a segregação cautelar, consoante a mais abalizada jurisprudência; que o fato de o paciente possuir outros registros em sua folha penal não é motivo suficiente para manter a custódia, tendo em vista que, no caso concreto, ela se mostra totalmente desnecessária; que não há notícias de que o paciente tenha ameaçado testemunhas; que possui endereço fixo; e que, por fim, a falta de comprovante de endereço não pode ser fundamento para o indeferimento do pleito de liberdade provisória, porquanto, segundo sustenta, "*[...] o ônus da falsidade do endereço, ou caso não seja encontrado pela justiça quando de eventual citação, é do próprio acusado, que terá de arcar com os efeitos da revelia.*" (fl. 07).

Almeja, assim, em liminar, a soltura do paciente, expedindo-se o alvará de soltura, e, no mérito, busca a concessão definitiva da ordem.

Às fls. 41/42, o eminente Desembargador Almir Andrade de Freitas indeferiu o pleito liminar, por entender que a plausibilidade do direito invocado deve ser decidida pela Corte e não em decisão monocrática, sendo, assim, temerária a decisão liminar.

Informações da autoridade impetrada, às fls. 46/47, noticiando que a denúncia em desfavor do paciente foi recebida e que o feito, atualmente, encontra-se aguardando a citação e a resposta inicial do paciente.

O eminente Procurador de Justiça, Dr. Rogerio Schietti Machado Cruz, manifestou-se pelo conhecimento e concessão do *writ*. Em relação ao fundamento da folha penal do paciente oficia no sentido de que: "*[...] os autos informam possuir o paciente condenações transitadas em julgado e devidamente cumpridas há pelo menos 05 (cinco) anos. Desse modo, tais condenações não merecem valoração em prejuízo do*

paciente.". No que concerne à falta de comprovação do endereço, entende que: "*[...] tal exigência, dadas as peculiaridades do presente caso, não deve subsistir, visto que a liberdade provisória, em hipótese de crime sem particular relevo, cometido sem qualquer violência à pessoa ou grave ameaça, há de ser a regra, reservando-se a prisão cautelar para aquelas situações de absoluta necessidade da segregação provisória. É certo que a Defensoria Pública talvez pudesse se esforçar mais para obter a prova da residência do paciente, pessoa simplória. Mas essa dificuldade não pode implicar na supressão de um direito tão relevante quanto o de somente ser preso ante a presença de motivo para a cautela preventiva.*" (fls. 49/53).

Os autos foram a mim redistribuídos em razão das férias do eminente Desembargador Almir Andrade de Freitas (fls. 54/55).

É o relatório.

VOTOS

Des. Roberval Casemiro Belinati (Relator) - Presentes os requisitos legais, admito o presente *habeas corpus*.

FOLHA PENAL DO PACIENTE

O MM. Juiz *a quo* negou o pleito ao fundamento de que: *[...] em análise da folha de antecedentes penais acostada aos autos, verifico que o requerente possui uma extensa folha penal, ostentando três condenações, uma pelo crime de roubo, outra pelo crime de furto, e uma terceira pelos crimes dos arts. 306 e 309, da Lei 9.503/1997, o que evidencia uma personalidade voltada para a prática de ilícitos, sendo certo que sua segregação provisória importa em maior preservação da ordem pública, porquanto impede a prática de novos crimes.*" (fls. 35/36).

Desde logo, vale acentuar que o crime - dano qualificado - foi praticado sem violência ou grave ameaça, não havendo, nos autos, elementos outros que configurem algum dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a justificar a manutenção da prisão cautelar do paciente.

A autoridade impetrada não indicou, concretamente, as razões pelas quais entende ser a prisão cautelar necessária, uma vez que anotações na folha penal do paciente não autorizam, por si sós, a prisão cautelar, pois, se assim fosse, a segregação cautelar se imporia como regra, toda vez que o réu respondesse por outros processos criminais.

O decreto prisional deve ser fundamentado nos elementos concretos do caso em exame, individualizando as circunstâncias que conduziram o julgador à conclusão de que a liberdade do réu colocaria em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu diversos julgados nessa mesma linha de pensamento, como se observa dos seguintes arestos:

> ***"[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a gravidade do crime e os antecedentes imputados ao paciente não justificam, por si sós, a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Precedentes. Ordem concedida."*** *(HC 90.370, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 16/10/2007, DJU 30/11/2007)*

> ***"[...] 7. O simples fato de o réu estar sendo processado por outros crimes e respondendo a outros inquéritos policiais não é suficiente para justificar a manutenção da constrição cautelar. Precedentes citados: RHC nº 83.493-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Carlos Britto, DJ 13.2.2005; e RHC nº 84.652/RJ, de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ 23.3.2007. 8. Ordem deferida para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente, lavrando-se o competente alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso."*** *(HC 86.186, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/5/2007, DJU 17/8/2007)*

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> ***"[...] A existência de condenação anterior por estelionato e de outros processos em curso por crimes de menor gravidade não conduz automaticamente à prisão preventiva, se não restar demonstrada a necessidade cautelar da medida e se mostrar desproporcional a medida em relação à pena cominada [...]".*** *(HC 79.925, Sexta Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, julgado 21/2/2008, DJU 10/3/2008)*

É verdade que esta Corte de Justiça possui inúmeros precedentes no sentido de que é cabível a prisão preventiva quando o acusado é reincidente ou possui maus antecedentes, com vistas à preservação da ordem pública (confiram-se, a título de exemplo: Segunda Turma: 20070020149481 HBC, Rel. Des.ª Maria Ivatônia, DJU 18.03.08; 20070020135688 HBC, Rel. De.ª Gislene Pinheiro, DJU 13.02.08; 20070020133699 HBC, Rel. Des. Vaz de Mello, DJU 31.01.08; Primeira Turma: 20070020125658 HBC, Rel. Des. George Lopes Leite, DJU 09.01.08; 20070020113762 HBC, Rel. Des. João Egmont, DJU 05.12.07).

Entretanto, o caso dos autos cuida de situação peculiar, pois se trata, em tese, de crime de dano qualificado, cuja pena - detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos -, muito provavelmente seria cumprida em regime aberto ou semiaberto, diversamente

dos julgados citados, em que os crimes são punidos com pena mais elevada, foram praticados com violência ou grave ameaça ou, ainda, existem outros fundamentos para embasar a prisão cautelar.

De acordo com esse entendimento, já me manifestei:

> ***"[...] 1. A autoridade impetrada não indicou, concretamente, as razões pelas quais entende que o acusado, em liberdade, poderia trazer grave risco à coletividade, uma vez que outras anotações em sua folha penal não autorizam, por si sós, a prisão preventiva. Se assim fosse, a segregação cautelar se imporia como regra, toda vez que o réu respondesse por outros processos criminais. O decreto prisional deve ser fundamentado nos elementos concretos do caso em exame, individualizando as circunstâncias que conduziram o julgador à conclusão de que a liberdade do réu colocaria em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal. [...]"*** *(HBC 20080020110125, acórdão nº 320.286, Relator Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, julgado em 21/08/2008, DJ 01/10/2008, p. 133)*

Ainda que assim não fosse, como bem expôs o *Parquet*: "*[...] os autos informam possuir o paciente condenações transitadas em julgado e devidamente cumpridas há pelo menos 05 (cinco) anos. Desse modo, tais condenações não merecem valoração em prejuízo do paciente.*" (fl. 52).

FALTA DE COMPROVAÇÃO DE ENDEREÇO, OCUPAÇÃO LÍCITA OU QUALQUER OUTRO DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO

O MM. Juiz também ancorou o indeferimento do pedido de liberdade provisória no fato de que o paciente não comprovou possuir residência fixa, ocupação lícita ou qualquer documento de identificação (fls. 35/36).

Em relação a esse fundamento subjacente à decisão ora combatida, de minha parte, já manifestei entendimento no sentido de não ser apto, *de per si*, a decretar ou manter a segregação provisória.

Primeiramente, insta destacar que não houve recusa por parte do paciente em fornecer seu endereço e documento de identificação, porquanto, por ocasião do auto de prisão em flagrante, declinou seu endereço, número do documento de identidade e filiação (fl. 17).

A corrente que entende que a falta de comprovação do endereço é motivação idônea para a custódia cautelar, baseia-se na suposição de que, sem a comprovação de endereço, o paciente pode evadir-se do distrito da culpa, furtando-se à eventual aplicação da lei penal, trazendo, assim, prejuízo ao processo. Todavia, entendo que,

além de ser uma suposição dissociada de qualquer elemento concreto dos autos, a fuga pode ocorrer mesmo que haja comprovação de endereço.

Dessa forma, o argumento da falta de comprovação do endereço da paciente não pode ser supedâneo a justificar a segregação imposta, mormente quando dissociado de qualquer elemento concreto dos autos.

Essa orientação encontra conforto na jurisprudência, consoante se verifica dos seguintes precedentes judiciais desta egrégia Corte de Justiça:

> ***"[...] 1. O simples motivo de não comprovar o paciente residência fixa no distrito da culpa não é suficiente para justificar a necessidade da prisão preventiva. 2. Não se pode concluir que o réu, só por não comprovar residência fixa, oferece risco à ordem pública ou se furtará à aplicação da lei penal. As vicissitudes da vida não expõem o* periculum libertatis *que se traduz em fundamento da prisão cautelar. [...]"*** *(HBC 20070020085317, acórdão nº 290.216, Relator Edson Alfredo Smaniotto, 1ª Turma Criminal, julgado em 20/09/2007, DJ 09/01/2008, p. 892)*

> ***"[...] A concessão de liberdade provisória não está condicionada à comprovação de residência no distrito da culpa, sendo ainda certo que para o deferimento de tal benesse é necessário apenas que não esteja demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 310, parágrafo único do CPP), o que de resto não se comprovou. 1.1 Outrossim, ao lhe ser concedida liberdade provisória, o acusado assina termo de compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício, não se podendo presumir que não irá comparecer. 1.1.1 Se assim preferir, o que não deixa de ser um direito seu, responderá o processo à revelia, assumindo os ônus daí decorrentes. 2. Desta forma, constitui coação ilegal, sanável pela via do* habeas corpus*, indeferir ao acusado sua liberdade provisória apenas sob a alegação de que o mesmo não comprovou sua residência no distrito da culpa, máxime quando como sói ocorrer na hipótese dos autos, tratar-se de crime praticado sem violência ou ameaça à pessoa: ao paciente é imputada a prática de crime de furto tentado e não consta seja portador de maus antecedentes. [...]"*** *(HBC 20080020015892, acórdão nº 299.654, Relator João Egmont, 1ª Turma Criminal, julgado em 28/02/2008, DJ 08/04/2008, p. 118)*

> ***"1. A mera suposição de que o preso em flagrante poderá dificultar ou obstar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, por se tratar de morador de rua, é insuficiente para lhe negar o benefício da liberdade provisória vinculada. 2. Pode livrar-se solto se é primário, praticou a subtração de coisa alheia sem emprego de violência física contra as vítimas e comprovou residir com a mãe em cidade próxima. [...]"*** *(RSE 20030110595896, acórdão nº 207.785, Relator Getulio Pinheiro, 2ª Turma Criminal, julgado em 10/02/2005, DJ 16/03/2005, p. 44)*
>
> ***"[...] A decisão pela não concessão da liberdade provisória não pode estar baseada em conjecturas, desprovida da indicação de motivos concretos, aptos a justificar a necessidade da manutenção da custódia preventiva, especialmente se o crime é considerado de menor gravidade e o acusado é primário e de bons antecedentes, com residência e emprego fixos, nada indicando nos autos que vá se evadir do distrito da culpa. [...]"*** *(HBC 20040020054260, Relator Aparecida Fernandes, 2ª Turma Criminal, julgado em 12/08/2004, DJ 14/09/2005, p. 116)*

A jurisprudência constitucional da Suprema Corte já se manifestou de acordo com esse entendimento, *in verbis*:

> ***"[...] 3. A simples afirmação de que os pacientes carecem de domicílio certo e conhecido não tem força de lastrear a segregação provisória para assegurar eventual aplicação da lei penal. [...]"*** *(HC 91616, Relator Min. Carlos Britto, julgamento: 30/10/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma)*

Nesse sentido, colha-se o seguinte julgado, de minha relatoria:

> ***"[...] 1. A ausência de documento a comprovar o endereço residencial declinado pelo paciente, por si só, não é o bastante para fundamentar o indeferimento de seu pedido de liberdade provisória, havendo nos autos outros elementos que comprovam que ele possui bons antecedentes. [...]"*** *(HBC 20080020065635, acórdão nº Relator Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, julgado em 12/06/2008, DJ 08/08/2008, 313.188, p. 54)*

Vale reproduzir, neste ponto, ante a pertinência de que se reveste, trecho do parecer ministerial (fl. 66), *verbis*:

> **"No tocante ao argumento de que não comprovara sua residência, tal exigência, dadas as peculiaridades do presente caso, não deve subsistir, visto que a liberdade provisória, em hipótese de crime sem particular relevo, cometido sem qualquer violência à pessoa ou grave ameaça, há de ser a regra, reservando-se a prisão cautelar para aquelas situações de absoluta necessidade da segregação provisória.**
> **É certo que a Defensoria Pública talvez pudesse se esforçar mais para obter a prova da residência do paciente, pessoa simplória. Mas essa dificuldade não pode implicar na supressão de um direito tão relevante quanto o de somente ser preso ante a presença de motivo para a cautela preventiva."** (fl. 52)

Ademais, em relação à ocupação lícita, o fato de o paciente não comprová-la ou, até mesmo, não exercer alguma ocupação, não lhe pode ser tido por desfavorável a ponto de supedanear a segregação cautelar.

Diante do exposto, admito o *habeas corpus* e concedo a ordem para deferir o pedido de liberdade provisória ao paciente, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Expeça-se-lhe alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Des. Luis Gustavo B. de Oliveira (Vogal) - Com o Relator.

Des. Souza e Ávila (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conceder a ordem. Unânime.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002003350-2

Impetrante - Andreza Sanzonowicz Suls
Informantes - Governador do Distrito Federal e Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal
Relator - Des. Nívio Geraldo Gonçalves
Conselho Especial

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR COM FUNDAMENTO NO NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL DO CONCURSO. DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA UMA DAS DECISÕES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO PRESIDENTE DA CORTE DE CONTAS. TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO NO QUE SE REFERE AO DECRETO EXONERATÓRIO. PRELIMINAR ACOLHIDA APENAS EM PARTE. MÉRITO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99. LEI DISTRITAL Nº 2.834/2001. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRAZO DECADENCIAL. INSUSCETIBILIDADE DE SUSPENSÃO OU INTERRUPÇÃO. ADMISSÃO DE PESSOAL. ATO ADMINISTRATIVO SIMPLES. ORDEM CONCEDIDA.

I - Transcorrido o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, o ato acoimado de ilegal não é mais passível de ser atacado pela via mandamental, o que enseja a ilegitimidade da autoridade que o perpetrou, quando são vários os atos apontados e diversas as autoridades que os praticaram.

II - Em que pese a constatação de que o impetrante, de fato, não preenchia os requisitos editalícios para a posse em cargo público, revela-se ilegal a sua exoneração com base em tal fundamento se já ultrapassado o prazo decadencial de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, aplicável no âmbito distrital por força da Lei Local nº 2.834/2001, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.

III - Os atos de admissão de pessoal, embora sujeitos ao crivo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, não são atos complexos;

tanto que, logrando êxito no estágio probatório, o servidor adquire estabilidade, sem qualquer ressalva.
IV - O início do processo perante a Corte de Contas não interfere na contagem do prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, pois, sendo ele decadencial, nos termos da própria Norma que o instituiu, não se sujeita à suspensão ou interrupção. Precedentes do STJ.
V - O decurso do prazo decadencial, aliado ao princípio da segurança jurídica e, principalmente, à boa-fé do servidor, que em nada contribuiu para o equívoco perpetrado pela Administração, conduzem, inquestionavelmente, à concessão, em parte, da segurança, para declarar a nulidade do ato de exoneração.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nívio Geraldo Gonçalves - Relator, Otávio Augusto, João Mariosi, Dácio Vieira, Lecir Manoel da Luz, Cruz Macedo, Romeu Gonzaga Neiva, Sérgio Bittencourt, Haydevalda Sampaio, Carmelita Brasil, Humberto Adjuto Ulhôa, J. J. Costa Carvalho, Sandra De Santis e Natanael Caetano - Vogais, sob a presidência do Desembargador Romão C. de Oliveira, em excluir da relação processual o Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por maioria, vencido o eminente Desembargador Otávio Augusto, e, acolher a decadência administrativa, concedendo-se, assim, em parte, a segurança, neste ponto, também por maioria, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 4 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Andreza Sanzonowicz Sulz em face de atos acoimados abusivos e ilegais praticados pelo Governador do Distrito Federal, pela Diretora de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal e pelo Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que culminaram com a exoneração da impetrante do cargo de Professor Nível 3, Classe Única, Padrão IC.

Afirmou ela ter sido aprovada no concurso público regido pelo Edital nº 01/98, nomeada para o referido cargo em 12/03/1999 e tomado posse em 09/04/1999, e que, à época, apresentou toda a documentação solicitada pelo Edital, incluindo os títulos e certificados necessários, os quais foram aceitos pelo Poder Público.

Aduziu que, durante o estágio probatório, realizou livremente disciplinas exigidas para a complementação pedagógica na Universidade de Brasília e que, após a aprovação naquele, ocorrida em 17/04/2003, participou de curso especial de formação do ensino médio e de educação profissional em nível médio da Universidade Católica de Brasília, concluído este em 14/12/2004, sendo licenciada em Inglês.

Alegou que, durante todo o período em que apresentou os aludidos certificados e diplomas, nunca foi informada da existência de pendências em sua nomeação, mas que, por determinação do Tribunal de Contas do Distrito Federal, foi sumariamente exonerada do cargo, por supostamente não atender ao requisito fixado no subitem 3.1.7 do Edital, sem que lhe fosse dada oportunidade de oferecimento de defesa.

Relatou que, diante de tal situação, impetrou o Mandado de Segurança nº 2005.01.1.132295-7 em face da Diretora de Administração de Recursos Humanos da Secretaria de Educação, no bojo do qual foi deferida liminar, em 01/12/2005, determinando a imediata suspensão de sua exoneração, mas que o *mandamus* fora extinto, sem resolução de mérito, por carência de ação, em face da ilegitimidade passiva da autoridade indigitada coatora, em 18/05/2006, decisão esta que foi confirmada em sede de apelação, cuja relatoria coube à Des. Vera Andrighi. Foi, ainda, interposto Recurso Especial, que, no entanto, foi inadmitido pelo Presidente deste Tribunal.

Assinalou que, não obstante a revogação da liminar e o fato dos recursos apresentados não possuírem efeito suspensivo, a Secretaria de Educação manteve-a no cargo até 19/02/2008, quando foi comunicada de sua exoneração *ex officio,* nos termos do Decreto do Governador publicado no Diário Oficial de 04/01/2008.

Sustentou que o subitem 3.1.7 do Edital fora satisfeito, com a entrega da documentação no ato da posse, que estava de acordo com a Portaria nº 166/85 do MEC e não foi contestada, e complementada com os certificados e títulos entregues enquanto estava em exercício do cargo.

Argumentou que não lhe foi conferido o direito à ampla defesa, uma vez que não foi notificada da existência de nenhum processo em seu desfavor; e que a informação contida nas Decisões do Tribunal de Contas, no sentido de que ela teria sido citada para se manifestar nos aludidos processos, é equivocada, pois jamais recebeu o AR de citação, que fora assinado por uma pessoa de nome Raimundo Nonato, que lhe é completamente desconhecida, sustentando, ainda, que a citação de pessoa física pelo correio deve obedecer ao disposto no art. 223, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Afirmou que sua exoneração não encontra amparo legal, pois o art. 34, *caput,* parágrafo único, I e II, da Lei nº 8.112/90 prevê a exoneração *ex officio* apenas quando não satisfeitas as condições do estágio probatório ou quando o servidor deixa de entrar em exercício no prazo estipulado.

Apontou, também, violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, porquanto já ultrapassado o prazo de cinco anos para a Administração anular os atos administrativos, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

Alegou que o ato administrativo carece de motivação, porquanto consubstanciado num memorando que lhe foi enviado, comunicando a existência de decisões da Corte de Contas, sem as detalhar.

Por fim, teceu considerações acerca do risco de dano irreparável, uma vez que teve cessada sua única fonte de renda.

Assim, pugnou pela concessão de liminar, para que fossem suspensos os efeitos do Memorando nº 028/2008, de 18/01/2008, e do Decreto do Governador de 04/01/2008, restabelecendo sua situação ao *status quo ante,* determinando à autoridade coatora que a reintegre às suas funções na escola em que lecionava antes da exoneração, em jornada de quarenta horas; que se deixasse de dar cumprimento às decisões do Tribunal de Contas, as quais deveriam ser consideradas nulas, vez que não ensejada a ampla defesa; que a Diretora de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação, responsável pela confecção da folha de pagamento, fosse comunicada da decisão; e que fossem pagos os valores referentes aos dias trabalhados no mês de fevereiro de 2008, até a data em que foi notificada de sua exoneração.

Às fls. 583/601, determinei a exclusão da Diretora de Pessoal da Secretaria de Educação do polo passivo da lide e deferi parcialmente a liminar vindicada, para determinar a reintegração da impetrante, na forma requerida, sob pena de pagamento de multa correspondente a dez vezes o valor dos vencimentos da mesma, para cada mês de descumprimento.

O Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal prestou informações às fls. 608/610, arguindo, preliminarmente, ter-se operado a decadência da impetração, uma vez que as Decisões atacadas no *mandamus* foram exaradas por aquela Corte em 2004 e 2005; e, no mérito, afirmou que a impetrante fora cientificada do processo que ali tramitava e que, como ela não preenchia os requisitos editalícios na época devida, não existiria qualquer ilegalidade ou abusividade nos atos hostilizados.

Irresignado com a decisão liminar, o Distrito Federal interpôs agravo regimental (fls. 650/653), que restou desprovido, conforme o acórdão de fls. 668/675.

Às fls. 658/664, o Governador do Distrito Federal prestou informações, alegando que, nos termos da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a Administração pode e deve rever seus atos eivados de ilegalidade, e que o art. 37, II, da Constituição Federal estabeleceu que a investidura em cargo público exige a satisfação de requisitos legais.

Por fim, afirmou que a Lei Federal nº 9.784/99 somente foi adotada pelo Distrito Federal em 2001, pela Lei nº 2.384/01, e que, consoante precedentes que colaciona, não se admite a ocorrência de prescrição no caso de ilegalidade.

À fl. 666, o Distrito Federal requereu seu ingresso no feito, na qualidade de litisconsorte passivo.

Parecer Ministerial às fls. 683/698, oficiando pelo conhecimento e pela concessão parcial da segurança.

É o relatório.

VOTOS

Des. Nívio Geraldo Gonçalves (Relator) - Cuida-se de mandado de segurança, impetrado por Andreza Sanzonowicz Sulz em face de atos acoimados abusivos e ilegais praticados pelo Governador do Distrito Federal, pela Diretora de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal e pelo Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que culminaram com a exoneração da impetrante do cargo de Professor Nível 3, Classe Única, Padrão IC.

Aduziu que, em 09/04/99, tomou posse no cargo em comento, cumprindo satisfatoriamente o estágio probatório, e que, durante o exercício do cargo, realizou livremente as disciplinas exigidas para a complementação pedagógica, na Universidade de Brasília, e concluiu, com êxito, o curso especial de formação do ensino médio e de educação profissional em nível médio da Universidade Católica de Brasília, mas que, por determinação do Tribunal de Contas do Distrito Federal, foi sumariamente exonerada, ao fundamento de que não atendia ao requisito fixado no subitem 3.1.7 do Edital do concurso.

Argumentou que seu direito líquido e certo decorre da inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, por não ter sido cientificada do processo administrativo que culminou com sua exoneração; violação de direito líquido e certo, pois já transcorrido o prazo para a Administração anular atos ilegais que gerem direitos aos particulares; na falta de amparo legal para tanto, uma vez que segundo o art. 34, *caput,* págrafo único, I e II, da Lei nº 8.112/90, procede-se a exoneração *ex officio* apenas quando não satisfeitas as condições do estágio probatório ou quando o servidor deixa de entrar em exercício no prazo estipulado; e, por fim, na ausência de motivação do ato.

Relatado o essencial, passo a decidir.

Prefacialmente, registro que a impetrante não interpôs qualquer recurso em face da decisão de fls. 583/601, na qual determinei a exclusão da Diretora de Pessoal da Secretaria de Educação do polo passivo, e, consequentemente, excluí de apreciação eventual discussão quanto ao direito à percepção aos dias trabalhados em fevereiro, encontrando-se, portanto, preclusa a questão.

No que tange à preliminar de decadência da impetração, arguida pelo Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, assiste-lhe razão, mas apenas em parte, uma vez que, com relação às Decisões nºs 2.987/2004 e 1.644/2005, exaradas

por aquela Corte, a propositura da ação, operada em 24/03/2008, deixou de observar o prazo legalmente previsto para tanto, no caso, 120 (cento e vinte dias).

No que tange à Decisão nº 3.466/2007 (fl. 518), embora se tenha respeitado o prazo decadencial, uma vez que, conforme disposto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, a fluência inicia-se a partir da ciência, pelo interessado, do ato impugnado, o que se deu através do Memorando nº 028/2008 (fl. 283), não trouxe ela qualquer inovação, ou seja, não houve qualquer determinação nova, apenas exigiu o cumprimento da determinação anterior de exoneração da impetrante ou que fossem informados os fundamentos jurídicos para a manutenção desta nos quadros da Secretaria de Educação.

Assim, as referidas Decisões não poderão, realmente, ser objeto de análise nesta sede, emergindo, portanto, de tal circunstância, **a ilegitimidade passiva do Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal**.

Todavia, não se pode olvidar que a impetração dirige-se, essencialmente, contra o Decreto de exoneração da impetrante, publicado em 04/01/2008, dentro, portanto, do prazo.

Esclareça-se, por oportuno, que, em razão da liminar concedida no mandado de segurança nº 2005.01.1.132295-7, o primeiro Decreto de exoneração da servidora, publicado em 14/11/2005 (fl. 128), foi tornado sem efeito pelo Decreto s/nº, de 20/12/2005, publicado em 21/12/2005 (fl. 135); sendo que, diante da Decisão nº 3.466/2007, a impetrante foi novamente exonerada, residindo, portanto, neste ato, a suposta violação do direito, objeto de questionamento no presente *writ*.

Assim, proposta em 25/03/2008, mostra-se plenamente tempestiva a ação, no que diz respeito ao questionamento do Decreto em comento, em que pese, de fato, conforme assinalou o il. representante do Ministério Público, os efeitos de eventual concessão da segurança venham a atingir as Decisões do Tribunal de Contas acima mencionadas, ainda que de forma indireta, porquanto a análise da legalidade do ato atacado implica, necessariamente, a do *iter* procedimental que o ensejou.

Ultrapassadas as questões preliminares, passo ao exame do **mérito** da impetração, que se fundamenta nos seguintes argumentos:

> *a) preenchimento do requisito editalício com a entrega da documentação no ato da posse, a qual, inclusive, estava de acordo com a Portaria nº 166/85 do MEC e não fora contestada pelo Poder Público, e complementada com os certificados e títulos apresentado durante o exercício do cargo;*
> *b) inobservância ao direito à ampla defesa;*
> *c) falta de previsão legal para exoneração* ex officio, *cabível apenas nas hipóteses do art. 34,* caput, *parágrafo único, I e II, da Lei nº 8.112/90;*

> *d) ocorrência da "prescrição administrativa", prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99; e*
> *e) ausência de motivação.*

Por oportuno, principio pelo exame da alegação concernente à **inobservância ao direito à ampla defesa,** no que não lhe assiste razão.

Conforme consta às fls. 341/342, o Relator do processo no Tribunal de Contas do Distrito Federal, acolhendo a sugestão da Inspetoria, autorizou a audiência das servidoras interessadas, a ora impetrante Andreza Silva Sanaonowicz e Cláudia Silva Sanzonowicz, tendo, então, sido encaminhado o AR de fl. 346 ao endereço SHIN QI 14, conj. 10, lt. 04, Lago Norte, Brasília, recebido, em 17/09/2003, por Raimundo Nonato.

Cumpre notar que a irresignação da impetrante não reside em eventual equívoco no endereçamento da referida comunicação, mas sim no fato de que teria sido recebida por pessoa que lhe é completamente desconhecida.

É bem verdade que o endereço constante do AR é distinto daquele indicado no documento de fl. 81 (SQS 408 Bl. T apt. 204). Contudo, considerando-se que este é datado de 01/08/2005 e que a aludida correspondência fora encaminhada em 17/09/2003, ou seja, dois anos antes, não há elementos suficientes para concluir que a notificação tenha sido enviada para outro endereço, que não o da impetrante, mormente se ela sequer cogita tal hipótese na exordial do *mandamus*.

Logo, a teor da teoria da aparência, reputa-se válida a comunicação efetivada, de modo que não há falar-se em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa durante todo o procedimento administrativo que culminou na exoneração da impetrante.

No que concerne à **ausência de motivação,** também nenhuma razão socorre-lhe, pois todos os atos vergastados encontram-se devidamente fundamentados.

Já no que tange aos **requisitos para o preenchimento do cargo**, a questão demanda análise mais aprofundada.

A habilitação exigida para o cargo outrora ocupado pela impetrante encontra-se prevista nos itens 3.1 e seguintes do Edital nº01/98, in *verbis*:

> *"3.1 - Os candidatos aprovados no concurso serão investidos nos cargos/disciplinas aos quais concorreram, se atendidos os seguintes requisitos básicos:*
> ... omissis ...
> *3.1.6. - Possuir, no que couber a cada disciplina, a habilitação específica, o diploma de curso(s) superior (es) e o grau de escolaridade a seguir indicados:*

> ... omissis ...
> *b) Professor Nível 3: Licenciatura plena com habilitação específica - diploma de graduação (nos termos da Lei nº 9.394/96).*
> *3.1.7. - A comprovação da Licenciatura/Habilitação/Registro relativa às diversas disciplinas obedecerá ao disposto a seguir:*
> *Opção: 22*
> *Disciplina: Inglês*
> *Licenciatura/Habilitação: Letras - licenciatura plena/habilitação em Inglês ou Registro "E" (Portaria nº 166/85 - MEC)*
> ... omissis ...
> *3.2 - Os requisitos exigidos no subitem 3.1.7 deverão ser comprovados por ocasião da convocação dos candidatos para a investidura no cargo. Os demais requisitos exigidos neste Edital deverão ser comprovados no momento da posse" (fl. 92).*

Com relação ao aludido Registro "E", cumpre esclarecer que, antes do advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação atualmente em vigor (Lei nº 9.394/96), a Lei nº 5692/71, hoje já revogada, exigia, em seu art. 30, alínea "c", como formação mínima para o exercício do magistério no 2º grau, habilitação específica obtida em curso superior de graduação correspondente à licenciatura plena; e, em seu art. 40, estipulava como condição para o exercício do magistério ou especialidade pedagógica o registro profissional no órgão competente, após a obtenção da formação exigida.

Ocorre que a Lei nº 5.692/71, nos arts. 78 e 79, permitia que, quando a oferta de professores licenciados fosse insuficiente para o atendimento das necessidades do ensino, profissionais diplomados em outros cursos de nível superior poderiam ser registrados no Ministério da Educação, mediante complementação de seus estudos, na mesa área ou áreas afins.

Regulamentando tais dispositivos, foi editado o Decreto nº 91.004, de 27/02/1985, que assim dispunha:

> *"Art. 1°. O registro profissional de professores e de especialistas de educação, sujeitos à formação do grau superior, será efetuado, nos termos deste decreto e de normas a serem baixadas pelo Ministro de Estado da Educação e Cultura.*
> ... omissis ...
> *Art. 2º Ficam estabelecidas 4 (quatro) categorias de registro profissional de professores, identificadas por códigos, segundo a natureza da qualificação exigida dos candidatos:*
> *(..)*

> *III - Registro "E"*
> *(...)*
> *Art. 3º Constitui condição essencial para o registro de professor, possuir o interessado um dos títulos abaixo, revestido das formalidades legais:*
> *(...)*
> *III - Para o registro "E", diploma de curso especial de língua estrangeira, com estudos de complementação pedagógica, observados os critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação;*
> *(...)"*

Por seu turno, o Ministério de Educação editou a Portaria nº 166, de 05/03/1985, permitindo a concessão do Registro "E" na forma do Decreto acima transcrito.

Posteriormente, foi editada a Portaria nº 399, de 28/06/1989, que, com relação à matéria *sub examine*, assim estabelecia:

> *"Art. Os registros de professores e especialistas em educação, processados no Ministério da Educação, serão efetuados nas disciplinas ou áreas e especialidades nos diferentes graus de acordo com as regras abaixo relacionadas:*
> ... omissis ...
> *XXV - Será concedido registro de professor para o 1º e 2º graus, ao concluinte de curso de língua estrangeira, desde que observados os critérios estabelecidos pelo Parecer nº 1.114/79 do Conselho Federal de Educação".*

Ocorre que a Lei nº 9.394/96 revogou a Lei nº 5.692/71, não trazendo qualquer disposição quanto ao registro profissional, desaparecendo, assim, a base legal para o Decreto nº 91.004/85 e, consequentemente, as Portarias que se seguiram. Este é, inclusive, o teor do Parecer CES/CNE nº 12/98, mencionado no Parecer CNE/CES 288/2002, disponibilizado na internet, in *verbis*:

> *"A Coordenação Geral de Legislação e Normas de Educação Superior da SESU/MEC é de parecer que a revogação da Lei nº 5.692/71 pela Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394/96 não tendo esta contemplado a possibilidade anteriormente existente a não ser para portadores de diploma*

> *de ensino superior, extinguiu a base legal para o Decreto nº 91.004/85" (http://semesp.org.br/ces288_2002.php).*

Ademais, a Portaria nº 399/85 foi expressamente revogada pela Portaria Ministerial nº 524, de 12/06/1998, de modo que, a partir de então, não seria mais possível a obtenção do referido Registro "E", restando assegurado, entretanto, o direito ao exercício profissional daqueles que já o possuíam.

Na espécie, à época da posse, a impetrante não o possuía nem poderia obtê-lo, porquanto o curso de proficiência em inglês fora concluído apenas em novembro de 1998, ou seja, após a revogação da referida Portaria. Impõe-se reconhecer, ainda, que não possuía ela nem mesmo a complementação pedagógica, que somente foi cursada posteriormente.

Defendendo a legalidade da nomeação da impetrante, a Secretaria de Educação, no pedido de revisão da Decisão nº 2987/2004, encaminhado ao Tribunal de Contas, argumentou que tal ato encontrava fundamento no teor do Parecer nº 340/64, que dispõe, *in verbis*:

> *"1. Os portadores de diplomas de Inglês de Cambridge (*Proficiency Certificate*), Michigan, com o Curso de Treinamento de Professor do Instituto Brasil-Estados Unidos; os de Francês da* Alliance Française *(Nancy) e da Sorbonne, poderão receber o registro para o magistério, tão somente (*sic*) no ensino médio, da língua correspondente, não sendo, porém, tal título igual para todos os fins - por exemplo, exercício de magistério em nível superior - ao das faculdades regulares. Com efeito, o curso de licenciatura, onde se ministra um conjunto de disciplinas, articuladas num currículo harmônico e bem dosado, é mais rico do que um curso, ainda que idôneo, de uma língua e da civilização de que ela é veículo" (destaquei).*

Tal argumento, todavia, não impressiona, porquanto o referido Parecer fora formulado sob a égide da legislação anterior, revogada antes mesmo da publicação do Edital, sendo certo que, com o advento da Lei nº 9.394/96, deveria ter sido exigido dos professores concursados a formação imposta pelo art. 62 da aludida Norma, ou seja, a licenciatura plena, ou, ainda, o indigitado Registro "E", conforme constou do Edital.

Nota-se, outrossim, que, durante os procedimentos de exame da legalidade da nomeação, a Corte de Contas determinou à Secretaria que providenciasse a revalidação do Certificado apresentado pela impetrante, nos termos do art. 48, §§ 1º e 2º, da LDB.

Contudo, a Universidade de Brasília (fls. 333/334), consignou que a referida Lei exige que, para tanto, as universidades públicas tenham o curso no mesmo nível

e área equivalente, e que, como os certificados de proficiência não são equivalentes aos de magistério em nível superior e/ou das faculdades particulares, não seria de sua responsabilidade efetivar tal revalidação.

Evidencia-se, portanto, que a Administração Pública não poderia, de fato, ter dado posse à impetrante, pois ela realmente não atendia aos requisitos editalícios para o preenchimento do cargo, sendo certo que a interpretação levada a efeito para aceitar a documentação então apresentada mostrava-se absolutamente equivocada.

Nesse contexto, a jurisprudência é pacífica no sentido de que somente se admitirá a investidura de servidor mediante o preenchimento dos requisitos exigidos no instrumento convocatório. Por oportuno, confira-se precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito, *verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO. PROFESSOR DA REDE ESTADUAL. POSSE E EXERCÍCIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS EDITALÍCIOS NÃO PREENCHIDOS. CORREÇÃO DE ILEGALIDADE. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. SÚMULA 473 DO PRETÓRIO EXCELSO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
> *I - O edital é a lei do concurso, fixando normas garantidoras da isonomia de tratamento e igualdade de condições de ingresso no serviço público.*
> *II - A jurisprudência desta Corte tem entendido que não se pode garantir a investidura de candidato, que não apresenta, para fins de habilitação em concurso público, documento expressamente exigido pelo edital, sob pena de incorrer em ofensa ao princípio da legalidade.*
> *III - Não ofende qualquer direito líquido e certo o ato administrativo que tornou sem efeito a posse e exercício de candidato a cargo de professor da rede estadual que não preencheu os requisitos exigidos no instrumento convocatório.*
> *IV - Aplica-se, à espécie, o entendimento consolidado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...".*
> *V - Recurso ordinário conhecido, mas desprovido" (RMS 21.819/PR, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 05/02/2007, pág. 267).*

Também não se reveste de certeza a alegação de que tal pressuposto editalício fora preenchido posteriormente.

Embora a Diretora de Administração de Recursos Humanos da Secretaria de Educação tenha consignado, no expediente coligido à fl. 102, que a impetrante estava legalmente habilitada, pois, após a prolação da Decisão nº 2987/2004, que considerou ilegal sua nomeação, apresentou diploma de licenciatura em Inglês, emitido pela Universidade Católica, vê-se que o certificado de fl. 285 atesta a conclusão do curso "Programa Especial de Formação Pedagógica de Docentes para as Disciplinas do Currículo do Ensino Fundamental (Quatro Últimas Séries), do Ensino Médio e da Educação Profissional em Nível Médio", com carga horária de 540 horas aula, fazendo jus ao título de "Licenciado", com habilitação em Inglês.

Assim, embora se encontre habilitada para o ensino de inglês para o nível médio, não se pode concluir, ao menos a teor dos documentos coligidos aos autos, que o curso de nível superior frequentado pela impetrante corresponde àquele previsto no Edital, qual seja, a Licenciatura Plena em Letras, com habilitação em Inglês ou Registro "E".

Ressai inconteste, pois, a ilegalidade da posse dada à impetrante.

Contudo, o caso *sub examine* ostenta contornos particulares, que demandam um exame mais aprofundado da questão à luz do princípio da segurança jurídica e da boa-fé.

Em primeiro lugar, o poder de revisão do ato nulo pela Administração Pública, conquanto se constitua em garantia dos princípios da moralidade e legalidade, insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, sofre limitações no tempo pela "**prescrição" quinquenal**, embora a Lei trate de decadência. Em que pese o tema comporte divergência entre os administrativistas, perfilho o magistério da insigne Maria Sílvia Zanella de Pietro, *verbis*:

> *"Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (1996:589), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.919/32. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência.*
>
> *Desse modo, prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a Administração rever os próprios atos, quer por iniciativa própria, quer mediante provocação, sob pena de infringência ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas*
>
> *Na esfera federal, a questão ficou pacificada com a Lei n° 9.784/99, cujo art. 54 veio estabelecer que 'o direito da Administração de anular*

> *os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé'"* (in *Direito Administrativo, Ed. Atlas, 13ª ed., pág. 598)*.

A Lei n° 9.784/99, acima citada, que se aplica no âmbito distrital por força da Lei Local nº 2.834/2001, em seu art. 1º, preceitua, *in verbis*:

> *"Art. 1° Aplicam-se aos atos e processos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do Distrito Federal, no que couber, as disposições da Lei Federal n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999."*

No caso vertente, ascende-se clarividente ofensa ao referido dispositivo legal, pois, tendo a impetrante tomado posse em 09/04/1999, o prazo já se havia esgotado desde a constatação de que não satisfazia ela os requisitos para tanto, o ocorreu em 01/07/2004 (fl. 49), de modo que a violação efetiva do seu direito, consubstanciada na sua exoneração, operou-se após o decurso do prazo de cinco anos.

Embora a Lei nº 9.784/99 tenha sido incorporada ao âmbito distrital apenas em 2001, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, até a edição de lei específica para cada Ente Federativo, aplicar-se-á a lei federal, devendo aquela incidir apenas sobre os atos praticados após a sua vigência. Nesse sentido, confira-se:

> *"ADMINISTRATIVO. LEI N.º 9.784/99. APLICAÇÃO NO ÂMBITO ESTADUAL. CABIMENTO. EDIÇÃO POSTERIOR DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. VIGÊNCIA A PARTIR DA SUA EDIÇÃO. PERÍODO ANTERIOR. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N.º 9.784/99.*
> *1. Evidenciado o manifesto caráter infringente, devem os declaratórios ser recebidos como agravo regimental, em atendimento ao Princípio da Fungibilidade, uma vez que a pretensão do Embargante não se coaduna com a finalidade dos declaratórios de sanar omissão, contradição ou obscuridade que, por ventura, existam na decisão recorrida. Precedentes.*
> *2. A Lei Federal n.º 9.784/99, que prevê o prazo de cinco anos para a administração pública rever seus próprios atos, tem aplicabilidade no âmbito estadual quando inexistente lei local específica a tratar da matéria naquela esfera de poder. Precedentes.*

> *3. No âmbito estadual, deve a Lei Federal n.º 9.784/99 ser aplicada, até a edição da lei local específica, que incidirá sobre os atos administrativos praticados após sua vigência.*
> *4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental ao qual se nega provimento" (AgRg no REsp 979926/RN, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 17/12/2007, pág. 340).*

Cabe registrar ainda que, embora sujeitos ao crivo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, na forma do art. 78, III, da Lei Orgânica do DF, os atos de admissão de pessoal, ao contrário da concessão de aposentadoria, não são atos complexos, ou seja, seu aperfeiçoamento não depende da manifestação de vontade de dois ou mais órgãos. Tanto é assim que, ultrapassado o estágio probatório, independentemente da manifestação da Corte de Contas, o servidor adquire estabilidade, sem qualquer ressalva.

Ademais, não se permite sequer cogitar que o início do processo perante a Corte de Contas tenha qualquer influência na contagem do referido prazo, pois, segundo a própria Lei que o instituiu, é ele **decadencial**, não se sujeitando, portanto, à suspensão ou interrupção. Outrossim, consoante assinalou o eminente Ministro Luiz Fux, no voto proferido no AgRg no MS nº 8692/DF, "a Lei não concede à Administração 5 (cinco) anos para <u>iniciar</u> a anulação do ato, por isso que assim o fosse, a conclusão poder-se ia eternizar a pretexto de ter-se iniciado tempestivamente" (STJ - 1ª Seção, publicado DJ 22/04/2003, pág. 191 - grifei).

Destaco, ainda, que a Decisão nº 3256/2002, proferida no curso do processo de exame (fl. 313), na qual se verificou a necessidade de revalidação dos diplomas dos cursos realizados no exterior, não pode ser entendida como impugnação, a fim de ensejar a aplicação do § 2º do art. 54 da Lei nº 9.784/99, que assim determina:

> "§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato".

O Ministro Luis Fux, no mesmo precedente mencionado retro, interpretando o referido dispositivo, afirmou que não pretendia ele dizer mais do que *caput*, mas apenas explicitá-lo. Assim, "o que a lei expressa é que essa anulação pode dar-se por qualquer meio de impugnação; Portaria Individual, ato de Comissão, etc. **Mas, de toda forma, a administração deve <u>concluir</u> pela anulação**, até porque a conclusão pode ser pela manutenção do ato" (negritei e grifei).

Assim, como a Decisão nº 3.256/2002 tão-somente determinou a adoção de providências no sentido convalidar a falta, com a revalidação dos diplomas apresentados,

inquestionável o decurso do prazo conferido à Administração para anular o ato de posse e, consequentemente, determinar a exoneração da servidora.

Oportuno ressaltar que, não obstante as Decisões nºs 2.987/2004 e 1.644/2005 não constituírem objeto do presente *mandamus*, conforme já assinalado, o ato de exoneração publicado em janeiro de 2008 o é, sendo, necessária, portanto, a abordagem de todo o procedimento desencadeado para nele culminar.

Tal entendimento, aliás, coaduna-se com o princípio da segurança das relações jurídicas, uma vez que não pode o servidor administrado passar sua vida ao alvedrio do Poder Público, sempre temendo que esse, um dia, que não se pode precisar, e se assim lhe aprouver, possa modificar as relações jurídicas há muito constituídas, mormente em se tratando de posse em cargo público, que traz em si uma fortíssima sensação de segurança e de legitimidade, principalmente se, como na espécie, a servidora já adquiriu estabilidade.

Nessa esteira, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco anotam que "não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança, fazer **tábula rasa** das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo" (*in* Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2007, pág. 73 - destaque do original). E prosseguem aduzindo, *litteris*:

> *"Situações ou posições consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude.*
> *Nesse contexto assume relevância o debate sobre a anulação de atos administrativos, em decorrência de sua eventual ilicitude. Igualmente relevante se afigura a controvérsia sobre a legitimidade ou não da revogação de certos atos da Administração após decorrido determinado prazo.*
> *Em geral, associam-se aqui elementos de variada ordem ligados à boa-fé da pessoa afetada pela medida, a confiança na inalterabilidade da situação e o decurso de tempo razoável.*
> ... omissis ...
> *Em verdade, a segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material" (ob. cit., págs. 473/474).*

Nesse contexto, impõe-se trazer à lume o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, no processo nº 410/2002, que versava sobre a nomeação de professoras de língua estrangeira que foram empossadas mediante a apresentação de certificados de proficiência acrescidos de complementação pedagógica.

É bem verdade que a questão ali tratada não é absolutamente idêntica à presente, pois as interessadas, naquele feito, possuíam, à época da posse, os requisitos para a aquisição do Registro "E", mas não puderem obtê-lo diante da alteração legislativa; enquanto que, no caso *sub examine*, à época da posse, a impetrante possuía apenas e tão-somente o certificado de proficiência. Contudo a situação de todas acaba por se assemelhar, uma vez que nenhuma delas preenchia, naquela ocasião, os requisitos para o cargo.

O interessante é que naquele processo, ao apreciar os pedidos de reexame formulados por algumas das interessadas, a Egrégia Corte de Contas reconheceu a legalidade daquelas admissões, com base nos mesmos argumentos aqui lançados. Por oportuno, peço vênia para trazer à colação os fundamentos do voto do Conselheiro Relator Jorge Caetano, aprovado por unanimidade e que resultou na Decisão nº 6142/2005, *in verbis*:

> *"Há de se considerar, no entanto, que se trata de servidores nomeados e empossados nos respectivos cargos no primeiro semestre de 1999, que cumpriram o período de estágio probatório e que, nos termos do art. 41 da Constituição Federal, com a redação dada pelo art. 6º da Emenda Constitucional nº 19/98, adquiriram estabilidade no serviço público. Nessas condições, só poderiam ser demitidas em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante regular processo administrativo disciplinar em que lhes fosse assegurada ampla defesa; ou em razão do mau desempenho no exercício do cargo.*
>
> *Não se discute nestes autos a capacitação técnica das professoras para o desempenho de suas atividades, que acha-se sobejamente comprovada, considerando-se a aprovação no processo seletivo, os diplomas emitidos pela Universidade de Nancy, França, a aprovação nas disciplinas obrigatórias de formação pedagógica e os diplomas de conclusão de curso superior apresentados por duas das interessadas.*
>
> *Deve ser observado, também, que já decorreu o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 142 da Lei nº 8.112/90, para a propositura de ação disciplinar e que não existe ação judicial em andamento que possa levar ao desfazimento das investiduras.*
>
> *Por outro lado, também o prazo decadencial previsto na Lei federal nº 9.784/99, recepcionada no Distrito Federal pela Lei nº 2.834/2001, acha-se vencido em relação aos atos em apreciação, em que pese a Decisão nº 1.424/2004 desta Corte considerar que tal fato não obsta o exercício do Controle Externo.*

> ***Assim, em razão do decurso de tempo em que as Professoras estão exercendo suas funções e à impossibilidade de a Administração poder rever os atos admissionais em apreciação, recorro ao decidido nesta Corte no Processo nº 494/94, Decisão nº 5.450/2003, relativa a investiduras para o cargo de Delegado de Polícia, que, respaldada em precedentes judiciais referentes à teoria do fato consumado, considerou legais, excepcionalmente, as admissões de servidores que não preencheram* in totum *os requisitos editalícios estabelecidos, mas que foram nomeados e empossados nos respectivos cargos.***
> ***Vejo com ressalvas a teoria do fato consumado, mas, neste caso, não há como negar sua validade, além do que não me parece adequado que esta Corte profira decisão a que a autoridade administrativa não poderá dar cumprimento.***
> ***Ressalto, ainda, que este egrégio Plenário, quando proferiu a Decisão nº 1.578/2005, nestes autos, acolheu o entendimento manifestado no Voto do ilustre Relator de que não caberia a aplicação de penalidade ao responsável pelas admissões em apreciação, porque não houve má-fé nas nomeações ocorridas, mas, no muito, erro de interpretação da legislação.***
> *A meu ver, se o erro de interpretação da legislação não pode ser imputado à Administração para efeito da aplicação de penalidade, muito menos deve ser imputado às servidoras que em nada contribuíram para a sua ocorrência e também agiram comprovadamente de boa-fé"* (sic - *destaquei - http://www.tc.df.gov.br/portal/index.php?option=com_wrapper&Itemid=16*).

Forte em tais razões, **acolho a preliminar de decadência** no que tange à apreciação das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas. Consequentemente, não havendo qualquer ato do Presidente daquela Corte de Contas passível de ser objeto do presente *writ*, declaro sua ilegitimidade**.** No mérito, **concedo parcialmente a segurança** para, confirmando os termos da liminar, declarar nulo o Decreto de exoneração da impetrante, publicado no Diário Oficial do dia 04/01/2008, em face do transcurso do prazo decadencial para a Administração Pública rever o ato que lhe deu posse.

É como voto.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Senhor Presidente, peço vista.

Des. João Mariosi (Vogal) - Acompanho o eminente Relator.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Peço vênia à divergência, mas acompanho o eminente Relator.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Aguardo.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Desembargador Otávio Augusto para antecipar o meu voto, que é no sentido de acompanhar o eminente Relator, tendo em vista que, com os esclarecimentos feitos por S. Ex.ª, restou demonstrada a decadência.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Senhor Presidente, também vou pedir vênia ao eminente Desembargador Otávio Augusto mas antecipo o meu voto, e o faço nos moldes em que o fez o eminente Desembargador Cruz Macedo, eis que, com os esclarecimentos do eminente Relator, creio que realmente o fato foi atingido pela decadência, razão por que há de ser concedida a segurança, com a devida vênia.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Aguardo.

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Senhor Presidente, tendo resultado demonstrada amplamente a ocorrência da decadência, acompanho o eminente Relator, rogando vênia ao eminente Desembargador Otávio Augusto.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Desembargador Otávio Augusto para adiantar o meu voto, e o faço acompanhando na íntegra o eminente Relator.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Desembargador Otávio Augusto e antecipo o meu voto para acompanhar o eminente Relator.

Des. J. J. Costa Carvalho (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, também pedindo vênia para adiantar o meu voto.

Desa. Sandra De Santis (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Desembargador Otávio Augusto, mas, como estarei desconvocada para dar lugar ao eminente Desembargador Mario Machado, adianto o meu voto que é no sentido de acompanhar o eminente Relator.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Aguardo.

DECISÃO

O eminente Relator excluiu da relação processual o Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal e acolheu a preliminar de decadência administrativa, concedendo, assim, em parte, a segurança, no que foi acompanhado por nove dos Senhores Desembargadores. O eminente Desembargador Otávio Augusto pediu vista e três outros Desembargadores aguardam. Em 14/10/2008.

PEDIDO DE VISTA

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Cuida-se de Mandado de Segurança, interposto por Andreza Sanzonowicz Suls contra ato do Exmo. Senhor Governador do Distrito Federal, da Ilma. Senhora Diretora de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal e do Exmo. Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, objetivando a declaração de nulidade dos atos consubstanciados nos Memorandos n. 526/2005 - DRH, de 14/11/05, e n. 028/2008, de 19/02/2008, ambos da Secretaria de Estado de Educação do Governo do Distrito Federal, e do Decreto do Governador publicado no DO n. 03, de 04/01/2008, bem como a abstenção da prática de qualquer ato contra a impetrante com base na Decisão n. 2.987/2004 - TCDF.

Relativamente à questão da preliminar de decadência da impetração arguida pelo Exmo. Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, observa-se inicialmente que a impetrante foi nomeada, tomou posse e passou a ter exercício no QPP/FEDF em 09/04/1999, de acordo com o concurso público regido pelo Edital n. 1/98 da extinta Fundação Educacional do Distrito Federal.

Posteriormente, a impetrante foi exonerada do cargo de professora por meio do Memo. n. 526/2005 - DRH, conforme o contido na Decisão n. 2.987/2004, ratificada pela Decisão n. 1.644/2005, ambas do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por não satisfazer o requisito fixado no subitem 3.1.7 do Edital n. 1/98.

As Decisões ns. 2.987/2004 e 1.644/2005 - TCDF assim estabeleceram, respectivamente:

> *"(...) II - considerar ilegais as admissões de Andreza Silva Sanzonowicz e Claudia Silva Sanzonowicz no cargo de Professor nível 3, Língua Estrangeira Moderna/Inglês, em virtude de não terem apresentado o diploma de curso de Inglês realizado no exterior, devidamente revalidado por universidade pública brasileira, deixando de satisfazer o requisito fixado no subitem 3.1.7 do Edital n° 1/98, publicado no DODF de 30.10.98; (...)."*

> *"O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, tendo em conta a instrução e o parecer do Ministério Público, decidiu: I - negar provimento ao Pedido de Reexame interposto pela Secretaria de Educação do Distrito Federal em face da Decisão n° 2987/2004; II - restabelecer os termos dos itens II e III da Decisão n° 2987/2004; (...)."*

Irresignada, a autora impetrou o Mandado de Segurança com pedido de liminar n. 2005.01.1.132295-7, distribuído à 8ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, tendente à suspensão do ato de exoneração e dos efeitos das referidas decisões da Corte de Contas, tendo o d. sentenciante deferido liminar *inaudita altera pars* determinando a imediata suspensão da exoneração da impetrante, reintegrando-a ao cargo e restabelecendo a situação anterior.

Ocorre que, em 18 de maio de 2006, o MM. Juiz de Direito Donizeti Aparecido da Silva proferiu sentença sem resolução de mérito, julgando a impetrante carecedora do direito de ação motivado pela ilegitimidade passiva *ad causam*, ao tempo em que revogou a liminar anteriormente deferida.

Não obstante a revogação da liminar e a apresentação de recurso de apelação e de recurso especial sem efeito suspensivo, a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal manteve a impetrante em seu cargo de professora até o trânsito em julgado do referido *mandamus*, advindo, então, a Decisão n. 3.466/2007 - TCDF, de 12/07/2007, nos seguintes termos:

> *"(...) II - determinar à Secretaria de Educação que, no prazo de 30 (trinta) dias, adote as seguintes providências: a) para o integral cumprimento da Decisão n° 2.987/04, indicar o nome do(s) responsável(eis) pelas admissões de Andreza Sanzonowicz Sulz e Claudia Silva Sanzonowicz, consideradas ilegais, facultando-lhe(s) a oportunidade de exercer(em), no mesmo prazo, o direito de defesa constitucionalmente assegurado; (...); c) proceder à exoneração imediata da servidora Andreza Sanzonowicz Sulz ou, sendo o caso, informar quais os fundamentos jurídicos para sua mantença nos quadros da Secretaria, haja vista que o Mandado de Segurança impetrado por ela foi julgado improcedente por carência do direito de ação e revogada a liminar anteriormente deferida; (...)." (g.n.)*

Em cumprimento a essa decisão, em 19 de fevereiro de 2008, a impetrante foi comunicada por meio do Memorando n. 028/2008 que foi exonerada *ex offício*, conforme o Decreto de 03 de janeiro de 2008, publicado no Diário Oficial n. 03, de 04/01/08, uma

vez que a decisão judicial que permitiu seu reingresso no cargo de professor transitou em julgado a ela desfavoravelmente.

Assim, ao que se infere das informações, a impetrante somente permaneceu no cargo por força de decisão liminar deferida em 1° de dezembro de 2005, revogada em 18 de maio de 2006, tendo a Administração Pública optado por manter a servidora em atividade até o trânsito em julgado da ação tendo em vista os recursos por ela interpostos.

De tudo que se tem, segue-se que a exoneração da impetrante nada mais traduziu do que o cumprimento, ainda que tardio, da orientação que emanou do Tribunal de Contas do Distrito Federal por meio da Decisão n. 2.987/04, renovada pela Decisão n. 3.466/2007.

Assim, as atuações do Exmo. Senhor Governador do Distrito Federal e da Senhora Diretora de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal revelaram-se tão-somente no sentido de dar execução ao comando da Corte de Contas Distrital, pelo que efetivamente não podem ser averbados de autoridades coatoras.

De se ver que a impetrante efetivamente se insurge contra a Decisão n. 2.987/2004 - TCDF, que considerou ilegal sua admissão no cargo de Professor nível 3, Língua Estrangeira Moderna/Inglês, em virtude de não ter apresentado o diploma de curso de Inglês realizado no exterior devidamente revalidado por universidade pública brasileira, deixando de satisfazer o requisito fixado no subitem 3.1.7 do Edital n° 1/98, daí porque o Exmo. Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal é parte legítima para figurar no polo passivo do presente *mandamus*.

Ora, sendo ajuizada a presente ação mandamental em 24 de março de 2008 para atacar as Decisões ns. 2.987/2004 e 1.644/2005, assinala-se a ocorrência da decadência, tendo sido o *writ* interposto fora, e muito, do prazo decadencial de cento e vinte dias para impetrar o mandado de segurança (artigo 18 da Lei n. 1.533/51).

Ainda se evidencia que a Decisão n. 3.466/2007 não trouxe qualquer inovação apta a gerar o inconformismo da impetrante, pois esta apenas exigiu o cumprimento de determinação anterior de exoneração da autora, ou que fossem informados quais os fundamentos jurídicos para sua mantença nos quadros da Secretaria, haja vista que o mandado de segurança impetrado por ela foi julgado improcedente por carência do direito de ação e revogada a liminar anteriormente deferida.

Evidentemente, não se poderia, em nova sede mandamental, diante do novo ato exoneratório consequente das decisões anteriores da Corte de Contas local, agitar novamente questões alcançadas pela preclusão.

Frise-se, neste contexto, que a decisão exoneratória ora impugnada apenas repristinou a que já tinha sido editada no ano de 2005 e que fora revogada liminarmente por decisão judicial afinal também revogada.

Diante desses fatos, evidencia-se a inexistência da liquidez e certeza do direito alegado, ausente qualquer laivo de ilegalidade no decreto exoneratório levado a efeito pelo Sr. Governador do Distrito Federal, que se tem por indene a qualquer crítica jurídica.

Daí porque se reconhece a legitimidade da Corte de Contas local para figurar no polo passivo da presente ação mandamental e se tem por denegada a ordem pelo seu mérito.

Des. Nívio Gonçalves (Relator) - Senhor Presidente, com a devida vênia, penso que o Desembargador Otávio Augusto não tem razão.

Não se pode esquecer que a impetração dirige-se, essencialmente, contra o Decreto de exoneração da impetrante, publicado em 04/01/2008, dentro, portanto, do prazo.

Esclareça-se, por oportuno, que, em razão da liminar concedida no mandado de segurança nº 2005.01.1.132295-7, **o primeiro Decreto de exoneração da impetrante, publicado em 14/11/2005** (fl. 128), **foi tornado sem efeito** pelo Decreto s/nº, de 20/12/2005, publicado em 21/12/2005 (fl. 135); sendo ela novamente exonerada pelo ato aqui vergastado, publicado em 04/01/2008.

Assim, proposta em 25/03/2008, mostra-se plenamente tempestiva a ação mandamental quanto ao Decreto ora atacado.

Não se olvida que os efeitos de eventual concessão da segurança atingem, mas apenas **de forma indireta**, as Decisões do Tribunal de Contas mencionadas retro, porquanto a análise da legalidade do ato atacado, qual seja, o Decreto governamental de exoneração, implica, necessariamente, a do *iter* procedimental que o ensejou.

Contudo, como consignei no voto, os atos de admissão de pessoal, embora sujeitos ao crivo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, na forma do art. 78, III, da Lei Orgânica do DF, **não são atos complexos**, ou seja, seu aperfeiçoamento não depende da manifestação de vontade de dois ou mais órgãos, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com os atos de concessão de aposentadoria, que só se tornam definitivos depois da chancela daquela Corte de Contas. Tanto é assim que, independentemente de manifestação do TCDF, ultrapassado o estágio probatório, **o servidor adquire estabilidade, sem qualquer ressalva**.

Observe-se ainda que, conforme consignado e sobejamente esclarecido no mérito do voto condutor já proferido, o processo perante a Corte de Contas não tem qualquer influência sequer na contagem do prazo quinquenal que a Administração Pública dispõe para anular seus atos, o que só vem ratificar o fato de não se tratar de ato complexo.

Destarte, exsurge inquestionável que o ato de exoneração detém em si mesmo os efeitos concretos passíveis de serem atacados pela via do presente *mandamus*, independentemente das repercussões reflexas de eventual concessão da ordem.

Por essa razão, realmente, não houve a decadência, porque a impetrante foi exonerada duas vezes, contando-se o prazo, iniludivelmente, a partir da segunda exoneração.

Em face disso, impõe-se **acolher a preliminar de decadência apenas quanto às decisões do Tribunal de Contas**, podendo - e devendo - prosseguir o feito quanto ao decreto de exoneração expedido pelo Governador.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Senhor Presidente, entendo que todo esse procedimento foi em decorrência da atuação do Tribunal de Contas do Distrito Federal e, consequentemente, o senhor Governador, e outras autoridades, são todos executores do ato.

Na verdade, a meu ver, esses atos todos decorrem da atuação do Tribunal de Contas. O ato é do Governador, mas apenas como executor porque o Tribunal de Contas assim determinou. Por que não se exonerou tão-logo denegada a ordem de segurança anterior?

Realmente, Senhor Presidente, penitencio-me e apenas sugiro que, nos moldes do voto, inclusive, tais autoridades - seja o Governador, seja a senhora Diretora de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal - não se revelam como autoridades coatoras passíveis de figurarem no polo passivo da presente ação mandamental.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Acompanho, às inteiras, o voto do eminente Relator.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, porque entendo que o ato lesivo a direito líquido e certo da impetrante é o decreto do senhor Governador, portanto, ele é que deve figurar no polo passivo da relação jurídica processual. E é a partir desse ato que se conta a decadência e, conforme já esclarecido, ainda não ocorreu.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Senhor Presidente, como a maioria já decidiu no sentido do voto do eminente Relator, também vou acompanhar S. Ex.ª, com a devida vênia.

DECISÃO

Excluiu-se da relação processual o Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por maioria, vencido o eminente Desembargador Otávio Augusto. Acolheu-se a decadência administrativa, concedendo-se, assim, em parte, a segurança, neste ponto, também por maioria. Em 04/11/2008.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002008989-0

Impetrante - Betânia Pontes Monteiro
Informante - Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Relatora - Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
Conselho Especial

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VISÃO MONOCULAR. RESERVA DE VAGA. ORDEM CONCEDIDA.
Havendo laudo de perícia médica atestando ser a impetrante portadora de visão monocular, não há que se falar em ausência de prova do direito liquido e certo e necessidade de dilação probatória. Preliminar rejeitada.
Mostra-se desnecessária a formação de litisconsórcio passivo, considerando que havendo concessão da ordem para reserva de vaga à impetrante, a ordem de classificação será devidamente observada.
É assente o entendimento desta Egrégia Corte de Justiça no sentido de que o art. 4º, III, do Decreto nº 3.298/99 deve ser interpretado em sintonia com o art. 3º, inc. I, do mesmo diploma legal.
A visão monocular consiste numa restrição à capacidade de aprendizagem, que sobrecarrega fisicamente a pessoa, daí ser merecedora, em princípio, da discriminação positiva em questão, a qual celebra, na maior plenitude, o princípio da equidade de tratar desigualmente desiguais para alcançar, ao final, a isonomia.
Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Ana Maria Duarte Amarante Brito - Relatora, Jair Soares - Vogal, Vera Andrighi - Vogal, Otávio Augusto - Vogal, João Mariosi - Vogal, Edson Alfredo Smaniotto - Vogal, Cruz Macedo - Vogal, Romeu Gonzaga Neiva - Vogal, Mario Machado - Vogal, Sérgio Bittencourt - Vogal, Haydevalda Sampaio - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira em

proferir a seguinte decisão: concedeu-se a segurança à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 9 de dezembro de 2008.

RELATÓRIO

Adoto, inicialmente, o relatório do parecer do órgão ministerial, acostado às fls. 127/139, que ora transcrevo:

> *"Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por* **Betânia Pontes Monteiro,** *contra ato atribuído ao* **Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.**
> *Narra, a Impetrante, que postulou sua inscrição no concurso público para o cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Edital nº 1, de 18/12/2007), na condição de portadora de necessidades especiais, uma vez que é portadora de visão monocular.*
> *Alega que, após a avaliação da Junta Médica Oficial do certame, seu pedido restou indeferido, sob o argumento de que o problema clínico apresentado não se enquadra nos termos do Decreto nº 3.298/99.*
> *Diante do exposto, requer a concessão da segurança, inclusive liminarmente, para que seja incluída no rol dos candidatos portadores de necessidades especiais, observada a ordem de classificação dos candidatos.*
> *Acompanham a peça vestibular os documentos de fls. 12/92.*
> *Conforme decisão de fls. 95/97, a Desembargadora Relatora deferiu parcialmente o pedido de liminar, para que seja providenciada a reserva de vaga da Impetrante. Contra essa decisão, a União interpôs agravo regimental (fls. 100/106), ao qual foi negado provimento (fls. 118/121).*
> *O Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios prestou informações às fls. 108/115."*

Acrescento que o representante do Ministério Público oficiou pela extinção do feito sem julgamento do mérito, em face da inadequação da via eleita.

Ressaltou que:

> *"Caso o Conselho Especial assim não entenda, e considerando-se que o problema visual da Impetrante a enquadra como portadora de*

necessidades especiais, este Ministério Público oficia, primeiro, por sua intimação, a fim de que promova a citação dos demais candidatos aprovados no certame, para o mesmo cargo por ela pretendido, e que tenham sido admitidos como portadores de necessidades especiais, visto que eventual concessão da segurança culminaria em afetá-los. Finalmente, o parecer é pela concessão da segurança, para que seja classificada dentro das vagas reservadas aos candidatos portadores de necessidades especiais e, observando o número de vagas oferecidas e obedecida a ordem de classificação final do certame, nomeada ao cargo público pretendido."

É o relatório.

VOTOS

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Relatora) - Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Betânia Pontes Monteiro contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, responsável pelo concurso público para provimento do quadro de servidores deste Tribunal.

Narra que se inscreveu para concorrer a uma das vagas de técnico judiciário da área administrativa na condição de portadora de deficiência, tendo sua inscrição regularmente deferida, haja vista ser portadora de visão monocular.

Aduz que obteve êxito na prova objetiva e ao ser convocada para se submeter à perícia médica, o laudo atestou que sua deficiência não se enquadrava no Decreto nº 3.298/99 e, portanto, seu nome não constou da lista de resultado provisório dos candidatos considerados aptos.

Ao interpor recurso contra a conclusão do referido laudo não obteve êxito na via administrativa e, assim, foi publicado o resultado final da perícia médica, bem como dos candidatos portadores de deficiência aos cargos de técnico judiciário.

Requer, portanto, ser mantida no certame para as vagas reservadas a portadores de deficiência, observada a respectiva classificação da prova objetiva.

Impõe-se, inicialmente, a análise da preliminar arguida pela d. Procuradoria de Justiça.

Aduz a Procuradoria de Justiça inadequação da via eleita, sob o argumento de que não há prova nos autos de que a impetrante seja portadora de visão monocular, o que demanda dilação probatória, inviável na via estreita do *mandamus*.

Contudo, tenho que a prova documental juntada aos autos é suficiente para a análise do alegado direito líquido e certo, porquanto, em que pese o CID informado no documento de fl. 26 acostado pela impetrante não ser exatamente o que foi apontado

à fl. 140 pela d. Procuradoria como sendo o referente a cegueira de um olho, tem-se que o laudo de perícia médica de fl. 28 atesta claramente "cegueira olho esq. (visão monocular).

Nesse passo, rejeito a preliminar arguida.

Da mesma forma, não há que se falar em necessidade de intimação da impetrante para promover a emenda da inicial, requerendo a citação dos demais candidatos aprovados no certame, como litisconsortes passivos necessários, haja vista que caso seja concedida a ordem para a reserva de vaga à impetrante, a ordem de classificação será devidamente observada.

Com efeito, os demais candidatos serão atingidos, diante da mudança de classificação, contudo, não haverá violação de qualquer direito, pois, como já dito, não haverá mudança arbitrária, mas sim respeitando a ordem de classificação.

Passo ao exame do mérito.

Consoante brevemente relatado, a resposta da Junta Médica ao recurso interposto pela ora impetrante, em face do resultado provisório da perícia médica, foi no sentido de que *"O problema clínico apresentado não se enquadra na redação dada pelo Decreto 5296 de 2004 à alínea III do Decreto número 3298 de 1999".*

Peço vênia para transcrever os dispositivos legais inerentes ao tema ora debatido, o art. 4º, III, do Decreto n. 3.298/99 e art. 3º, inc. I, do mesmo diploma legal.

> *"Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:*
> *I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;*
> *II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;*
> *III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições." ;*

> *"Art. 3º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se:*
> *I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano."*

Com efeito, conforme art. 4º, III, acima transcrito, a pessoa com visão em apenas um dos olhos, denominada de visão monocular, não é enquadrada como deficiente visual.

Entretanto, tem-se que da leitura do art. 3º, supramencionado, depreende-se que a visão em apenas um dos olhos é tida como deficiência, porquanto se trata de uma anormalidade, já que o normal é enxergar com os dois olhos, e gera incapacidade para o desempenho de atividade, nos seus exatos termos.

Desta forma, não se pode olvidar que se trata de uma limitação física apta a incluir a impetrante no rol dos contemplados pela norma de inclusão, sendo uma discriminação positiva que celebra, na maior plenitude, o princípio da equidade de tratar desigualmente desiguais para alcançar, ao final, a isonomia.

Assim, entendo que a visão monocular é uma restrição à capacidade de aprendizagem que sobrecarrega fisicamente a pessoa, daí ser merecedora da discriminação positiva em questão.

Outro não é o entendimento deste Tribunal que vem reiteradamente decidindo que o art. 4º, III, do Decreto nº 3.298/99 deve ser interpretado em sintonia com o art. 3º, inc. I, do mesmo diploma legal. Confira-se, *in verbis*:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGA PARA PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. VISÃO MONOCULAR.*
> *I - A visão monocular é considerada necessidade especial, e o candidato portador tem direito líquido e certo à reserva de vaga nessa classe, observada a ordem de classificação no concurso público.*
> *II - Ordem concedida." (20080020053260MSG, Relator VERA ANDRIGHI, Conselho Especial, julgado em 09/09/2008, DJ 08/10/2008 p. 36);*

> *"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIÊNCIA VISUAL. VISÃO MONOCULAR. DECRETO 3298/99. DIREITO À RESERVA DE VAGA.*

01. Nos termos do Decreto 3298/99, a deficiência visual, definida no art. 4º, III, não implica na exclusão do benefício da reserva de vaga para candidato com visão monocular.
02. Comprovada a visão monocular do candidato, a lei assegura o direito de concorrer na cota de vagas para deficiente físico.
03. Recurso desprovido. Unânime." (20070110426812APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 11/04/2008, DJ 22/09/2008 p. 137);

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VISÃO MONOCULAR. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA. RESERVA DE VAGA - AGRAVO REGIMENTAL. UNIÃO. CONHECIMENTO. DECISÃO MANTIDA.
1 - A União, de acordo com jurisprudência predominante, tem legitimidade para interpor agravo regimental na hipótese de mandado de segurança cuja autoridade coatora é o Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
2 - Cabível a concessão de liminar visando a reserva de vaga, na hipótese de concurso público, quando o candidato possui visão monocular, enquadrando-se como portador de necessidades especiais. Precedentes do egrégio Conselho Especial.
3 - Recurso conhecido e não provido." (20080020105070MSG, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Conselho Especial, julgado em 19/08/2008, DJ 26/09/2008 p. 18).

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

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGA. CANDIDATO DEFICIENTE. VISÃO MONOCULAR. NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECONHECIMENTO.
A visão monocular constitui motivo suficiente para se reconhecer ao impetrante o seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo público pretendido, dentre as vagas reservadas a portadores de deficiência física. Precedentes do c. STF e desta c. Corte Superior.
Segurança concedida." (MS/DF 13311, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 01/10/2008);

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VISÃO MONOCULAR. DEFICIENTE VISUAL. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA RESERVA DE VAGA. ILEGALIDADE.*
> *1. Os benefícios inerentes à Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência devem ser estendidos ao portador de visão monocular, que possui direito de concorrer, em concurso público, à vaga reservada aos deficientes.*
> *2. Precedentes.*
> *3. Agravo regimental improvido." (AgRg no RMS 20190/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 15/09/08).*

Isso posto, concedo a ordem para assegurar à impetrante a sua inclusão entre as vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, obedecida a ordem de classificação, confirmando a liminar concedida.

É como voto.

Des. Jair Soares (Vogal) - De acordo, ressalvando meu ponto de vista.

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

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Com o Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Com o Relator.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Com o Relator.

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

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

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

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

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Concedeu-se a segurança à unanimidade.

———— • ————

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002015800-8

Impetrante - Paulier Guerra de Oliveira
Informante - Secretário de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania do Distrito Federal
Relator - Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Conselho Especial

EMENTA

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - TÉCNICO PENITENCIÁRIO - SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA E INVESTIGAÇÃO SOCIAL - INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO C/C EMISSÃO DE CHEQUES SEM FUNDOS DE FORMA REITERADA - ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO DO CERTAME - PERTINÊNCIA - PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA - SEGURANÇA DENEGADA.

1. A Lei Distrital n. 3.669/2005, que criou a carreira e os cargos respectivos da atividade penitenciária do Distrito Federal, discorreu sobre a forma de ingresso, prevendo a comprovação de idoneidade e conduta ilibada na vida pública e na vida privada como uma das etapas do concurso público para o provimento dos cargos de técnico penitenciário, possuindo caráter eliminatório. Do mesmo modo, o Edital regulador do certame dispôs sobre a sindicância de vida pregressa e a investigação social, ressaltando a realização de avaliação da conduta pregressa e da idoneidade moral do candidato como requisito essencial para a aprovação no concurso para o cargo de Técnico Penitenciário regido pelo Edital n. 1/2007 - SEJUSDH.

2. A jurisprudência do STJ já assentou entendimento de que o Edital do concurso público pode exigir a avaliação de conduta social, como requisito essencial para aprovação do candidato. A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial.

3. No caso dos autos, e durante o certame, procedeu-se a investigação social do candidato, na forma prevista no edital. Restou comprovado que o impetrante não possuía idoneidade moral para o exercício do cargo pretendido (Técnico Penitenciário), em virtude de contra ele haver 5 (cinco) registros de inadimplência no Serviço de Proteção ao Crédito; 8 (oito) registros de inadimplência em Cheque Lojista e 32 (trinta e dois) registros no Cadastro de emitente de cheques sem fundo - CCF. Cabe ressaltar que a emissão de cheques sem provisão de fundos configura o ilícito penal previsto no art. 171, VI, do Código Penal - estelionato.
4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Humberto Adjuto Ulhôa - Relator, Jair Soares - Vogal, Natanael Caetano - Vogal, Lécio Resende - Vogal, João Mariosi - Vogal, Dácio Vieira - Vogal, Getulio Pinheiro - Vogal, Edson Alfredo Smaniotto - Vogal, Cruz Macedo - Vogal, Romeu Gonzaga Neiva - Vogal, Haydevalda Sampaio - Vogal, Carmelita Brasil - Vogal, Waldir Leôncio Júnior - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves, em proferir a seguinte decisão: denegou-se a segurança. Decisão unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2009.

RELATÓRIO

Adoto o relatório constante do parecer de fls. 124/136, *verbis*:

"Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Paulier Guerra de Oliveira contra ato ilegal atribuído ao Secretário de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania do Distrito Federal e ao Presidente da Fundação Universa.
Informa, o Impetrante, que participou do concurso público para provimento de vagas para o cargo de técnico penitenciário, regido pelo Edital nº 1/2007 - SEJUSDH, de 22 de novembro de 2007.
Diz que logrou aprovação nas primeiras etapas do certame, consistentes em uma prova objetiva e em uma prova de aptidão física. Todavia foi contra-indicado na sindicância de vida pregressa e investigação social

realizada, devido à inclusão do seu nome no Serviço de Proteção ao Crédito - SPC.
Aduz que interpôs recurso administrativo da decisão que o reputou contra-indicado, mas o pedido administrativo foi indeferido sem apresentar os motivos para tanto.
Alega que contraiu dívidas para suportar um momento de dificuldades financeiras pelo qual sua família passava.
Sustenta que esse critério de exclusão - inscrição no SPC - não estava previsto no edital e que excluí-lo do certame pelo motivo de possuir dívidas afronta os princípios da motivação, acesso aos cargos públicos, bem como o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.
Colaciona precedentes em defesa de sua tese.
Diante do exposto, requer a concessão da segurança, para que seja declarada a nulidade do ato administrativo que o excluiu do certame, assegurando sua participação nas demais fases do certame.
Juntou os documentos de fls. 15/58.
O pleito liminar foi concedido parcialmente às fls. 61/65 a fim de assegurar a participação do Impetrante nas demais fases do certame.
Na oportunidade, o Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa, relator do feito, excluiu o Presidente da Fundação Universa do pólo passivo do mandamus *por ilegitimidade passiva* ad causam.
O Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal prestou informações às fls. 69/76, e juntou os documentos de fls. 77/122.
Suscita, preliminarmente, a ausência de direito líquido e certo. No mérito, sustenta que o candidato deve ter idoneidade moral inatacável, tendo sido esse requisito exigido no edital regulador do certame, bem como na Lei Distrital nº 3.669/2005, que criou a carreira de atividades penitenciárias.
Aduz que o candidato foi inabilitado não só por ter seu nome incluído nos cadastros de proteção ao crédito, mas também por ter 32 registros de cheques emitidos sem provisão de fundos, não preenchendo, dessa forma, o requisito estabelecido em lei.
Reafirma a necessidade de os candidatos ao cargo de técnico penitenciário devem ter a conduta inatacável em virtude da natureza das atividades a serem desempenhadas nos estabelecimentos prisionais do Distrito Federal, sob pena de infiltração do crime organizado.
Em seguida, vieram os autos ao Ministério Público, para manifestação."

Acrescento que o parecer do Ministério Público, da lavra da eminente Promotora de Justiça Luciana Asper y Valdés, com a aprovação da Vice-Procuradora-Geral de Justiça, Maria Aparecida Donati Barbosa, oficia pelo conhecimento e denegação da segurança (fls. 124/136).

É o relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) - Como relatado, PAULIER GUERRA DE OLIVEIRA impetra Mandado de Segurança contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania do Distrito Federal e pelo Presidente da Fundação Universa, informando e sustentando o Impetrante, em síntese, que foi eliminado na terceira fase (Sindicância de Vida Pregressa e Investigação Social) do processo seletivo para o cargo de Técnico Penitenciário regido pelo Edital Normativo n. 1/2007 - SEJUSDH, pelo motivo de constar a inscrição de seu nome em órgãos de proteção ao crédito, e que tal ato afronta o princípio da motivação, do acesso aos cargos públicos bem como o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Através da decisão de fls. 61/65, exclui o Presidente da Fundação Universa do pólo passivo do *writ*, oportunidade em que deferi parcialmente a liminar vindicada tão-somente para garantir ao impetrante sua participação nas demais fases do certame.

Foram solicitas as informações competentes ao Sr. Secretário de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania do Distrito Federal (fl. 66), autoridade essa imputada como coatora pelo Impetrante (fl. 02), oportunidade em que foram prestadas pelo Sr. Secretário de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal ao argumento de que a Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito Federal passou a integrar a estrutura daquele órgão (fls. 69/76), portanto, encampando o ato impugnado.

No que diz respeito à preliminar de inadequação da via eleita suscitada pelo informante, os documentos acostados à inicial são suficientes para o deslinde da controvérsia instaurada, inexistindo a necessidade de dilação probatória, devendo ser rechaçada a realçada preliminar.

Nestes termos, verifico que o presente mandado de segurança preenche as condições para admissibilidade, deduzidas na legitimidade ativa e passiva, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, bem como o pressuposto da tempestividade.

Quanto ao mérito propriamente dito, pretende o Impetrante a anulação do ato que o excluiu do processo seletivo para o cargo de Técnico Penitenciário regido pelo Edital Normativo n. 1/2007 - SEJUSDH por ter sido considerado contra-indicado na fase de sindicância de vida pregressa e investigação social, informando e sustentando, em síntese, que o motivo de constar a inscrição de seu nome em órgãos de proteção

ao crédito afronta o princípio da motivação, do acesso aos cargos públicos bem como o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Ora, a Lei Distrital n. 3.669/2005, que criou a carreira e os cargos respectivos da atividade penitenciária do Distrito Federal, discorreu sobre a forma de ingresso, prevendo a comprovação de idoneidade e conduta ilibada na vida pública e na vida privada, como uma das etapas do concurso público para o provimento dos cargos de técnico penitenciário, possuindo caráter eliminatório.

Nesse sentido, o item 9 do Edital n. 1/2007 - SEJUSDH, dispôs sobre a sindicância de vida pregressa e a investigação social, ressaltando a realização de avaliação da conduta pregressa e da idoneidade moral do candidato como requisito essencial para a aprovação no certame.

No caso dos autos, e durante o certame, procedeu-se a investigação social do impetrante, na forma prevista no edital. Restou comprovado que o candidato/impetrante não possuía idoneidade moral para o exercício do cargo (Técnico Penitenciário), em virtude de contra ele haver 5 (cinco) registros de inadimplência no Serviço de Proteção ao Crédito; 8 (oito) registros de inadimplência em Cheque Lojista e 32 (trinta e dois) registros no Cadastro de emitente de cheques sem fundo - CCF, nos termos das informações prestadas pela d. autoridade coatora.

O edital, lei de regência do concurso, prevê a investigação social como uma das etapas eliminatórias do concurso. Portanto, não procede a alegação do impetrante de violação aos princípios constitucionais por ele invocados, porquanto os fatos apurados na investigação social foram colhidos através de órgãos públicos, sendo, portanto, incontroversos, além do que não acostou o Impetrante ao *writ* qualquer documento apto a demonstrar a inveracidade de tais assertivas. Já decidiu o colendo STJ, *verbis*:

> *"A jurisprudência do STJ já assentou entendimento de que o Edital do concurso público pode exigir a avaliação de conduta social, como requisito essencial para aprovação do candidato. A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial." (RMS 22.980/MS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/2008).*

Ainda, como exposto pelo Ministério Público que oficiou no presente *mandamus*, *verbis*:

"Com efeito, o Impetrante, conforme os documentos por ele mesmo acostado aos autos (fls. 44/50), renegociou algumas dívidas e as pagou, entretanto, conforme alegou a Autoridade Coatora, ele possui cinco registros no Cadastro de Proteção ao Crédito, 32 registros no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos e oito registros de inadimplência no Cheque Lojista (fls. 78/79). (...) Note-se que a conduta do Impetrante não foi um caso isolado, extraordinário, mas reiterada, de forma que não se mostra razoável admitir que o candidato que possua o histórico acima referido possa ocupar o cargo de técnico penitenciário, cujas atribuições são de tamanha relevância. (...) Embora o posicionamento esposado pela Administração Pública seja discriminatório, ele é proporcional - adequado, necessário e proporcional em sentido estrito - ao fim que se deseja, qual seja, selecionar os candidatos dotados de idoneidade moral e conduta ilibada para estarem constantemente em contato com os internos do Sistema Prisional do Distrito Federal. Adequado, porque atinge a finalidade perseguida, qual seja, selecionar pessoas idôneas para trabalharem diretamente com pessoas condenadas pela prática de crimes, evitando, dessa forma, que os candidatos selecionados possam ser corrompidos; é necessário, vez que inexiste outro igualmente eficaz e menos restritivo de direitos fundamentais; e, por fim, é proporcional em sentido estrito, pois ponderando-se os valores constitucionalmente tutelados do interesse público a um Sistema Prisional incorruptível, concretizando os objetivos de reabilitação e reinserção social dos detentos, e o acesso aos cargos públicos, aquele deve prevalecer. Vale acrescentar que distinção, nesse caso, é imperativa, como consectário dos princípios da moralidade, isonomia, eficiência e proporcionalidade. Ressalta-se, nessa linha, que a idoneidade moral é essencial para o cargo vindicado, sob pena de colocar-se em risco a sociedade para a qual o serviço é prestado. A investigação da vida pregressa e da conduta social dos candidatos às carreiras policiais e afins é dotada de suma importância no processo seletivo, devendo o Poder Público excluir do certame àqueles que tenham praticado condutas que atentem contra a ordem pública posta. Cabe ressaltar, também, que a emissão de cheques sem provisão de fundos configura o ilícito penal previsto no art. 171, VI, do Código Penal - estelionato. (...) Por fim, não obstante a conduta pregressa do Impetrante ser incompatível com a ocupação do cargo de técnico penitenciário, o acesso aos cargos públicos não lhe é totalmente vedado, podendo buscar outras carreiras que não a ora pretendida."

Pelo exposto, **DENEGO A SEGURANÇA VINDICADA**.

Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula nº 105/STJ.

Façam-se as comunicações necessárias.

É como voto.

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

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

Des. Lécio Resende (Vogal) - Com o Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Com o Relator.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Com o Relator.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Com o Relator.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Com o Relator.

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

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

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - De acordo.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) - Com o Relator.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Denegou-se a segurança. Decisão unânime.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2008071011689-7

Recorrente - I. de R.B.
Recorrido - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Sérgio Rocha
Segunda Turma Criminal

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO TORPE, PERIGO COMUM E MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA - MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.

1. Configura-se o dolo eventual quando o agente adota conduta perigosa na direção de veículo automotor, ciente da possibilidade de produzir um resultado lesivo e assumindo o risco de produzi-lo. Nesse caso, configurado o dolo eventual o julgamento deve ser remetido ao Júri Popular.

2. Torpe é o motivo vil, repugnante, abjeto. "*Viver um momento de aventura*" não se amolda à torpeza, não significa que o motivo seja justo, mas também não configura a torpeza.

3. Configura-se a qualificadora do perigo comum no delito de homicídio quando o agente, além de causar dano à vítima, traz perigo a outras pessoas. O réu/recorrente transitava em uma via sem iluminação, com razoável número de carros trafegando e na contramão, o que possivelmente gerou perigo comum para outras potenciais vítimas.

4. A qualificadora do recurso que dificulta ou torne impossível a defesa da vítima requer a intenção do agente de praticar o homicídio surpreendendo a vítima, sendo, pois, inconciliável com o dolo eventual, no qual o agente apenas assume o risco de produzir o resultado lesivo.

5. Deu-se parcial provimento ao recurso para excluir da pronúncia as qualificadoras do motivo torpe e do meio que dificultou a defesa da vítima.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Sérgio Rocha - Relator, Arnoldo Camanho e Souza e Ávila - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Sérgio Rocha, em dar parcial provimento, por maioria, vencido o 2º Vogal, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2008.

RELATÓRIO

DOS FATOS (fls. 02/04)

Narra a denúncia que:

> *"(...) No dia 27 de abril de 2008, por volta das 01:30h, na DF 001, que liga Taguatinga a Brazlândia, nas proximidades da entrada do Acampamento 26 de Setembro, nesta cidade de Taguatinga Norte/DF, o* ***denunciado****, livre e consciente, utilizando-se do veículo Peugeot/307 Passion, placas (*sic*) JHG-2598/DF, inobstante admoestado pelos passageiros, passou a dirigir na contramão de direção de forma a assumir o risco de matar, vindo a colidir com outro veículo que trafegava em direção contrária, provocando nas vítimas* ***P.J.L.M., E.C. de O., A.T. da S., J.M. da S.*** *e* ***I.M.C. de A.****, os ferimentos descritos em laudos a serem juntados oportunamente, causando-lhes a morte.*
> *Ainda com sua conduta livre e consciente, naquele local e horário, e fazendo uso do mesmo veículo, o* ***denunciado*** *provocou nas vítimas* ***P. da S., M.A. de A.*** *e* ***G.T.S. do N.*** *as lesões corporais conforme atestarão os laudos a serem juntados aos autos.*
> *Segundo se apurou, naquela noite, o* ***denunciado*** *estava em companhia de* ***G., M.*** *e* ***I.****, ingerindo bebida alcoólica, quando, então, decidiram ir à uma festa, motivo pelo qual, adentraram no veículo Peugeot/307, que era conduzido pelo* ***denunciado*** *mesmo após este ter feito ingestão de álcool, acessando, em seguida, a DF 001, ali dando início o acusado à sua ignóbil e censurável conduta.*
> *Enquanto procurava o local da festa, o* ***denunciado*** *conduzia seu veículo de forma totalmente incompatível com as condições de tráfego e segurança, trafegando com o automóvel na contramão, fazendo com que veículos que vinham em sentido contrário fossem obrigados a se*

desviarem, além de tirar "finos" em pessoas que estavam paradas no acostamento da via.
Não obstante alertado pelos ocupantes de seu veículo sobre o perigo à integridade física e a vida a que estava expondo a todos que ali transitavam, respondeu-lhes o ***denunciado*** *que* ***"gostava de aventura"*** *e, desatendendo aos apelos dos demais ocupantes de sua "máquina mortífera", deu continuidade à condução incompatível, até que causou brutal colisão com o veículo GM/Vectra placas (sic) BMV-7685/DF, que era ocupado por* **P.J., E.C., A.T., J.M.** *e* **P. da S.**, *matando os 04 primeiros e ferindo o último, além de matar* **I.** *e ferir* **M.A.** *e* **G.T.**, *estes ocupantes de seu automóvel.*
O ***denunciado*** *agiu para satisfazer o seu sentimento de aventura, praticando conduta perigosa e desregrada em busca de prazer, sem se importar com o risco que várias pessoas que transitavam pelo local se viam obrigadas a correr em razão de seu comportamento, restando caracterizado, o* ***motivo torpe.***
Frise-se que antes mesmo do acidente, com sua conduta, o ***denunciado*** *impôs risco a todas as pessoas que ali transitavam, tendo as vítimas o infortúnio de terem suas vidas ceifadas como resultado da busca de "aventura", muito embora quaisquer das pessoas que ali trafegavam pudessem colher o mesmo destino, tal a periculosidade do meio escolhido pelo acusado e a forma com conduzia seu potente veículo.* ***Expôs,*** *assim, a* ***perigo comum****, um número indeterminado de pessoas que ali trafegavam.*
E mais, não tinham as vítimas razões bastantes para, diante das condições do local, transitando na correta mão de direção, supor que encontrariam pela frente um perseguidor de "aventuras" que estaria trafegando na contramão de direção, anomalia extrema que escapava os lindes próprios da atividade regulamentada, ***dificultando****, por derradeiro, a* ***defesa das vítimas.*** *(...)"*

DA SENTENÇA (fls. 404/410)

A r. sentença de primeiro grau pronunciou o réu, I. de R.B. como incursos nas penas dos art. 121, §2º, I, III (última parte), IV (cinco vezes) e art. 129, §1º e art. 129 (duas vezes) do CP (homicídio qualificado por motivo torpe, meio que possa resultar perigo comum e recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, lesão corporal de natureza grave e lesão corporal simples).

DAS RAZÕES DOS RECORRENTES (fls. 491/512)

Em suas razões o réu I. de R.B. alega que: **1)** não há dolo eventual na conduta do réu, porque ele tentou desviar seu veículo para evitar o acidente, devendo ser desclassificada a imputação para homicídio e lesão corporal culposos (CP 121 §3º e 129, §6°); **2)** o simples fato de o réu gostar de aventuras não basta para configurar a qualificadora do motivo torpe, devendo esta ser excluída; **3)** não restou esclarecido o que configuraria a qualificadora do perigo comum, devendo também ser excluída da pronúncia; **4)** a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima deve ser excluída porque não é compatível com o dolo eventual; **5)** o réu deve aguardar a conclusão do processo em liberdade porque não estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP, sendo ele primário e com bons antecedentes.

PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA (FLS. 566/576)

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso em sentido estrito.

É o relatório.

VOTO

Des. Sérgio Rocha (Relator) - Ouvi com atenção a sustentação do nobre Advogado, e o meu voto é o seguinte:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso em sentido estrito.

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

DA PRESENÇA DO DOLO EVENTUAL

A sentença de pronúncia é um ato processual por meio do qual o juiz monocrático analisa a admissibilidade da acusação. Limita-se ao exame da existência de prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria.

Demonstrada a existência do crime e havendo indícios suficientes da autoria, o caso deverá ser apreciado, pelo Conselho de Sentença, art. 408[1] do CPP, órgão competente para o julgamento do feito.

No caso em exame a materialidade está devidamente comprovada pelos Laudos de fls. 299/301, 278/279, 443, 229/232, 296, 298, 280, 294 e 295 e a autoria também não levanta dúvidas, diante da confissão do réu/recorrente e de toda a prova produzida nos autos.

A questão ora em debate visa examinar o elemento subjetivo do tipo penal imputado ao réu/recorrente, para aferir se a conduta por ele praticada decorreu de dolo eventual.

Rogério Greco[2] traz a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente:

> *"Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não-ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente. Já no dolo eventual, embora o agente não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo. Na culpa consciente, o agente sinceramente acredita que pode evitar o resultado; no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa".*

Importante perceber que a questão não se resolve apenas pela previsibilidade do resultado. O principal elemento é a aceitação, pelo réu/recorrente, do resultado, pois só assim restará caracterizado o dolo eventual. Se, embora previsível o resultado, o agente não o aceita, mas segue confiante que não ocorrerá, ter-se-á a culpa consciente.

Visando facilitar esse exame, o professor Damásio[3] ensina que, se pode pesquisar o elemento subjetivo do agente por meio dos aspectos externos do fato:

> *"O juiz, na investigação do dolo eventual deve apreciar as circunstâncias do fato concreto e não buscá-lo na mente do autor, uma vez que, como ficou consignado, nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade de sua causação e a consciência do consentimento. Para isso, o juiz deve valer-se dos chamados 'indicadores objetivos', dentre os quais incluem-se: 1º) risco de perigo para o bem jurídico implícito na conduta (ex: a vida); 2º) poder de evitação de eventual resultado pela abstenção da ação (condições de optar por conduta diversa); 3º) meios de execução empregados; 4º) desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico.(...)"*

Tendo por base esses indicadores, pode-se dizer que há a possibilidade de o réu/recorrente ter agido com dolo eventual, conforme se extrai dos depoimentos das testemunhas:

> *"(...) que I. começou a fazer 'as brincadeiras dele', dirigindo na contramão; que I. tirou uns dois carros, não tem certeza, mas acha 'que foi*

> *por aí', que na segunda vez que dirigiu na contramão, chocou com o Vectra; que todos que estavam no carro pediram para que I. parasse de andar na contramão; que I. atendeu da primeira vez, mas da segunda ocorreu a colisão; que não se recorda a velocidade que I. conduzia o veículo; que durante o percurso, antes de dirigir na contramão, I. perguntou ao grupo se eles gostavam de aventura; (...)" (depoimento em Juízo da Testemunha M.A.A., fl. 223)*
>
> *"(...) que antes da colisão visualizou o veiculo Peouget* (sic) *dirigido pelo acusado; que o depoente conduzia o veículo Borá* (sic)*, no sentido Taguatinga/Brazlândia, enquanto o Peouget (sic) vinha no sentido Brazlândia/Taguatinga; que o condutor do veículo Peouget* (sic) *jogou o carro para cima do carro do depoente, invadindo a pista em que vinha o depoente; que a manobra feita pelo condutor do Peouget* (sic)*, foi uma manobra 'brusca'; que deu prazo apenas do depoente jogar o seu veículo para o acostamento e o veículo passar na contra-mão; que seu irmão conduzia uma* (sic) *outro carro logo atrás e percebeu toda a manobra, que seu irmão levou o veiculo dele também para o acostamento; (...) que pararam no acostamento para telefonar e desceram dos veículos e novamente o veiculo Peouget* (sic) *vindo no sentido Brazlândia/Taguatinga invadiu a pista contrária, passando bem próximo aos dois carros estacionados no acostamento; que esses foram os dois momentos que viu o Peouget* (sic) *trafegando; que a segunda manobra de invasão da pista contrária também foi brusca; que a pista era completamente escura; que os veículos parados estavam com os motores ligados e os faróis acesos; (...)" (depoimento em Juízo da Testemunha K.F. de P.)*

Havendo indícios da prática de crime doloso contra a vida, o réu/recorrente deve ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. Tudo conforme jurisprudência desse TJDF:

> *"(...) - Tormentosa e tênue é a distinção entre dolo eventual e culpa consciente nos delitos de trânsito.*
> *- Mostra-se plausível a tese de dolo eventual, na fase de pronúncia, quando se infere dos autos que o réu tinha opção de não atingir o resultado, mas prefere assumir o risco de produzi-lo, mostrando-se indiferente quanto à sua produção. O que se verifica ante o fato de que o veículo que conduzia desenvolvia velocidade muito elevada, realizando*

> *manobras perigosas, desviando para o acostamento da pista, em vez de direcioná-lo para outras duas faixas existentes, vindo a atropelar ciclista ali presente. Soma-se a isso o estado de embriaguez em que se encontrava o réu momentos após os acontecimentos.*
> *- Desta feita, em razão da viabilidade da ocorrência de dolo eventual, imperiosa se faz remessa dos autos ao Tribunal Popular a fim de ser aferido o elemento anímico permeador da conduta do acusado. (...)" (20040710043256RSE, Relator APARECIDA FERNANDES, 2ª Turma Criminal, julgado em 24/05/2007, DJ 07/11/2007 p. 132)*

Desse modo, mantenho a r. sentença quanto a este ponto e encaminho ao Tribunal do Júri a análise do elemento subjetivo do agente.

DA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE

Conforme relatado na denúncia:

> "(...) O denunciado agiu para satisfazer o seu sentimento de aventura, praticando conduta perigosa e desregrada em busca de prazer, sem se importar com o risco que várias pessoas que transitavam pelo local se viam obrigadas a correr em razão de seu comportamento, restando caracterizado, o motivo torpe. (...)"

A qualificadora do motivo torpe está prevista no art. 121, §2º, I do CP que disciplina:

> "Homicídio Qualificado
> §2º - Se o homicídio é cometido:
> I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; (...)"

Assim, aplicando a interpretação analógica do Código Penal, para a configuração dessa qualificadora, o "outro motivo torpe" a que faz alusão o artigo deve ter intensidade equiparada às hipóteses anteriores. Por isso deve ser tão vil, repugnante, abjeto, quanto matar alguém mediante paga. Como bem ensina Fernando Capez4:

> "(4) Outro motivo torpe (§2º, I): Trata-se de interpretação analógica, pois há uma enumeração casuística (mediante paga ou promessa de recompensa), após o que se segue uma formulação

> genérica (ou outro motivo torpe). Torpe é considerado o motivo moralmente reprovável, abjeto, desprezível, vil que suscita a aversão ou repugnância geral, por exemplo, matar alguém para receber uma herança."

Heleno Fragoso5 define bem o que seja o motivo torpe:

> "(...) o motivo que ofende gravemente a moralidade média ou os princípios éticos dominantes em determinado meio social. (...)"

O motivo constante dos autos não configura motivo torpe. A incidência da circunstância qualificadora exige perfeita adequação da conduta aos elementos que a caracterizam e, nesse caso, isso não ocorreu.

O motivo para o cometimento do crime, "viver um momento de aventura" não se amolda à torpeza. Isso não significa que o motivo seja justo. Conforme brilhantemente esclareceu o Ministro Félix Fisher no voto do HC 77.309-SP6:

> *"(...) Deve-se ter em conta, por outro lado, que a existência de motivação para a prática do crime de homicídio não pode, inexoravelmente, conduzir à existência ou de um delito qualificado ou privilegiado. Há hipóteses em que configurar-se-á a prática de um homicídio simples. Basta que a motivação não seja capaz de atrair a causa de diminuição da pena (assim, não tenha sido cometido impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima) ou que as razões da ação criminosa não se qualifiquem como insignificantes - fútil, portanto - ou abjetas - torpe."*

O motivo constante na decisão de pronúncia (gosto por aventuras) não se identifica como qualificado pela torpeza.

Assim, reformo a r. sentença de pronúncia para excluir a qualificadora do motivo torpe.

DA QUALIFICADORA DO PERIGO COMUM

A qualificadora do meio que cause perigo comum, prevista no delito de homicídio se caracteriza quando o agente, além de causar dano à vítima, traz perigo a outras pessoas.

Conforme leciona Fernando Capez77 CAPEZ, Fernando. CÓDIGO PENAL COMENTADO. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2008. Página 229.

:

> *"Meio de que possa resultar perigo comum: A lei se refere a qualquer outro meio de que possa resultar perigo comum. Temos, mais uma vez, uma fórmula genérica (ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum) logo após uma enumeração casuística (emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura). Trata-se aqui do emprego de meio que possa expor a perigo um número indeterminado de pessoas. (...)"*

Segundo testemunhas ouvidas durante a instrução do processo, o réu/recorrente transitava em uma via sem iluminação, com razoável número de carros trafegando e na contramão:

> *"(...) que havia visto um Peugeot, preto, em dois momentos anteriores à colisão; que no primeiro deles o Peugeot preto invadiu na contramão, forçando K., que dirigia um Borá* (sic)*, preto, a jogar o seu carro no acostamento, quase entrando no mato, isso tudo para não colidir com o Peugeot; (...) que no segundo momento em que se deparou com o veículo Peugeot, os carros de K. e D. estavam estacionados no acostamento; que os dois veículos estavam com os faróis acesos e o pisca-alerta acionado, quando o Peugeot novamente invadiu a contramão, passando próximo aos dois carros que estavam no acostamento; que esse local era uma curva aberta; (...)" (depoimento em Juízo da Testemunha B.P. de P. - fl. 219)*

> *"(...) que esses foram os dois momentos que viu o Peouget trafegando; que a segunda manobra de invasão da pista contrária também foi brusca; que a pista era completamente escura; (...)" (depoimento em Juízo da Testemunha K.F. de P. - fl. 221)*

Ao que tudo indica, a conduta do réu/recorrente colocou em risco um número indeterminado de pessoas que porventura passaram naquele local, naquele momento, configurando, a princípio, a qualificadora ora em questão:

> *"(...) 2. O emprego de meio de que possa resultar perigo comum exige que a ação delitiva se volte contra um número indeterminado de pessoas, fazendo periclitar a incolumidade social.(...)." (20040110159229RSE, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/01/2006, DJ 29/03/2006 p. 73)*

Havendo, portanto, indícios da ocorrência dessa qualificadora, a pronúncia se impõe para julgamento perante o órgão competente - o Tribunal do Júri.

Desse modo, mantenho a r. sentença quanto a este ponto.

DA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA

A qualificadora do recurso que impede ou dificulta a defesa da vítima, em verdade, diz respeito ao modo como é praticado o homicídio, ou seja, à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Deve ser adotada a interpretação analógica.

Guilherme de Souza Nucci8 afirma que:

> *"(...) É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos dificultando-lhe a reação. (...)"*

Assim, a figura do dolo eventual é incompatível com a qualificadora do meio que dificulte a defesa da vítima. Isso porque no dolo eventual o agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo. Já a qualificadora em exame exige que haja elemento volitivo. Que o agente possua vontade de praticar a conduta típica de forma que torne impossível a defesa do ofendido.

Nesse sentido o professor Damásio de Jesus9 ensina que:

> *"RECURSO QUE DIFICULTE OU TORNE IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO (IV)*
> *(...)*
> *Dolo Eventual*
> *É incompatível com a qualificadora da surpresa, uma vez que nela o sujeito deve ter vontade de surpreender a vítima, circunstância que não é possível naquele. (...)"*

O réu/recorrente, I. de R.B., apesar de ter assumido o risco de produzir o resultado lesivo que causou com sua conduta, não agiu com intenção preordenada de produzi-lo.

Assim, tenho que não está configurada a qualificadora do modo que dificultou a defesa das vítimas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do STJ:

> *(...) 2. A qualificadora inserta no inciso IV do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal reclama, para a sua caracterização, a preordenação do agente à traição, emboscada, dissimulação ou a outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, como modo de execução do delito. (...)" (REsp 681.556/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 30/08/2007, DJe 04/08/2008)*

Assim, reformo a r. sentença de pronúncia nesse ponto para afastar a qualificadora prevista no inciso IV do §2º do art. 121, CP (recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido).

DA NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA

Diversos foram os pedidos de liberdade provisória para o réu/recorrente formulados nos autos do presente processo.

Todas as decisões determinaram a manutenção da constrição cautelar, fundamentadas na necessidade de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução penal e para assegurar a eventual aplicação da lei penal.

A forma como os fatos aconteceram e as consequências dos atos do réu/recorrente são de intensa gravidade.

Conforme muito bem definido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho do STJ em julgamento do HC 99257/DF10 que envolve fato semelhante ao ora julgado:

> *"(...) A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência. (...)"*

Ademais, o fato de o paciente ser primário e possuir bons antecedentes não permite, por si só, que ele aguarde o julgamento do processo em liberdade. Conforme dito

acima, outros fatores devem ser considerados, tais como a necessidade da preservação da segurança, da tranquilidade e da ordem pública.

Assim, mantenho a r. sentença nesse ponto.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso em sentido estrito do réu, I. de R.B., para excluir da pronúncia as qualificadores do motivo torpe (CP 121 §2º I) e do meio que dificultou a defesa das vítimas (CP 121 §2º IV), mantendo a r. sentença de pronúncia nos demais termos.

É como voto.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Souza e Ávila (Vogal) - Senhor Presidente, eminentes Pares, vou pedir a mais respeitosa vênia aos eminentes Relator e 1.º Vogal, mas estamos apreciando um caso de acidente de trânsito, em que 5 pessoas vieram a falecer, 3 pessoas tiveram lesões graves, porque o réu estava em alta velocidade, conduzindo o veículo na contramão, em uma via pública que sequer tinha iluminação.

O eminente Relator ainda anunciou, em seu voto, e o Advogado, da tribuna, também chegou a mencionar que houve esse comentário de que o réu queria viver um momento de aventura. Viver um momento de aventura, ceifando a vida de 5 pessoas, esse "viver um momento de aventura", para mim, é um motivo moralmente relevante, reprovável e vil.

Por isso, mantenho a qualificadora do motivo torpe.

Em relação ao perigo comum, peço vênia para endossar as palavras do eminente Relator, mantendo essa qualificadora também.

Quanto à qualificadora da impossibilidade ou dificuldade de defesa, o eminente Relator, em seu voto, chegou a mencionar alguns doutrinadores que dizem que essa conduta se enquadra quando se surpreende a vítima ou se dificulta a defesa da vítima. No caso, o réu vinha fazendo manobras, o eminente Relator disse isso, "tirando fino" em outros veículos, indo para a contramão, e o Advogado, da tribuna, disse que ele estava na contramão e tentou puxar para o meio da pista. Isso certamente dificulta a defesa da vítima, porque, se a vítima vê um carro na contramão e tenta sair para o meio da pista, ela também vai bater.

Então, acho que só podemos afastar as qualificadoras quando os fatos trazidos são incontestes, e, para mim, a conduta do réu também dificultou a vítima na condução do outro veículo, ensejando a batida, a colisão, e, infelizmente, a perda da vida de 5 pessoas e as lesões graves em 3 pessoas. Devemos deixar as três qualificadoras irem a Júri, para que os jurados, ou seja, pessoas iguais a esse réu e iguais às pessoas que faleceram e que sofreram lesões graves, possam realmente dizer se houve motivo torpe, se houve perigo comum e se houve dificuldade de defesa.

Não gosto de entrar muito no exame dessas qualificadoras, porque no voto, se for lido no plenário do Júri, poderá influenciar. Mas entendo que a Promotoria, o Ministério Público, no caso, está com a razão em tentar colocar essas três qualificadoras para que os jurados as apreciem, uma vez que um jovem não pode conduzir um veículo dessa forma, ceifar a vida de 5 pessoas, lesionar 3 pessoas gravemente e tentar só uma desclassificação para perigo comum, afastando o motivo torpe e a impossibilidade de defesa.

No que tange também à prisão, entendo que o Superior Tribunal de Justiça já tem precedente, em delito de trânsito, no sentido de manter o elemento preso quando ele se comporta sem se importar com a realidade social, com o respeito aos demais transeuntes em via pública. Todos temos a obrigação de cumprir o Código de Trânsito, não podemos desrespeitar a nossa legislação vigente e muito menos a vida daqueles que necessitam usar uma via pública.

Por todos esses motivos, Senhor Presidente, estou pedindo a mais respeitosa vênia a V. Ex.a e ao eminente 1.º Vogal, mas estou negando integralmente provimento a este recurso.

DECISÃO

Deu-se parcial provimento, por maioria, vencido o 2º Vogal.

Notas

1 *Art. 408 . Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.*
§ 1º - Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura. (redação anterior à Lei n. 11.689/08)

2 *GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. Página 85.*

3 *Jesus, Damásio Evangelista de. Direito Penal, 1º volume, São Paulo: Saraiva, 2003. Página 292.*

4 *CAPEZ, Fernando. CÓDIGO PENAL COMENTADO. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2008. Página 228.*

5 *FRAGOSO, Heleno. Homicídio Qualificado, Motivo Fútil e Motivo Torpe. Jurisprudência Criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Página 345/347.*

6 *(HC 77309/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008)*

8 *NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. Página 589.*

9 *JESUS, Damásio E. de, Código Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 2002. Página 205.*

10 *(HC 99257/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 22/09/2008)*

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 2007002011888-7

Suscitante - Condomínio do Edifício Línea Studio Home
Interessada - Ângela Márcia Cunha de Souza
Relator - Des. Sérgio Bittencourt
Conselho Especial

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ADMISSIBILIDADE - AÇÃO MONITÓRIA - COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS - DOCUMENTO UNILATERAL - POSSIBILIDADE.
Verificada a divergência de posicionamentos acerca da aplicabilidade de determinado direito, impõe-se a admissão do incidente de uniformização de jurisprudência.
Cabível a ação monitória desde que a prova escrita apresentada preencha os requisitos do art. 1.102-A, do Código de Processo Civil e, ainda, esteja clara a relação jurídica de crédito e débito entre as partes, mesmo que a referida prova seja constituída unilateralmente. Precedentes do colendo STJ.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sérgio Bittencourt - Relator, Waldir Leôncio Júnior, Humberto Adjuto Ulhôa, Flavio Rostirola, Maria Beatriz Parrilha, José Divino, Silvanio Barbosa dos Santos, João Mariosi, Estevam Maia, Dácio Vieira, Getulio Pinheiro, Romeu Gonzaga Neiva e Mario Machado - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira, em admitir o incidente, por maioria. Uniformizar o tema para que se entenda que o documento unilateral emitido por condomínio é eficiente para instruir ação monitória. Vencido, em parte, o Presidente, que restringia a condomínios verticais, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de julho de 2008.

RELATÓRIO

Trata-se de *Incidente de Uniformização de Jurisprudência* suscitado pelo **Condomínio do Edifício Línea Studio Home**, tendo em vista a ocorrência de

divergência entre as Turmas Cíveis deste Egrégio Tribunal de Justiça na interpretação do direito quanto ao cabimento de ação monitória, quando baseada em documentos unilaterais, para a cobrança de débitos condominiais.

O suscitante ajuizou *Ação Monitória* para obter o pagamento de taxas condominiais relativas a um imóvel de sua propriedade. Ocorre que o douto Juízo da 13ª Vara Cível de Brasília, para onde a referida ação foi distribuída, determinou que se procedesse à emenda à inicial, para que a ação fosse processada sob o rito sumário, eis que a mesma não continha documento escrito no qual a devedora tivesse se comprometido a pagar quantia líquida e certa.

O suscitante interpôs agravo de instrumento em desfavor de tal decisão, cujo seguimento foi negado, ao fundamento de que não cabe ação monitória que não esteja instruída com documento de confissão de dívida.

Contra a dita decisão foi interposto agravo interno, no bojo do qual foi requerida a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência, tendo em vista a existência de julgados divergentes do próprio Tribunal.

Os julgados divergentes foram indicados às fls. 87/160.

A Egrégia 5ª Turma Cível acolheu o pedido de instauração de uniformização de jurisprudência, suspendeu o andamento da referida ação monitória, e determinou seu encaminhamento ao colendo Conselho Especial (fls. 165/172).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela uniformização da jurisprudência desta Eg. Corte de Justiça, no sentido de que "*seja reconhecido o cabimento da ação monitória instruída com documento que, de forma inequívoca, demonstre a relação jurídica obrigacional entre o credor e o devedor, mesmo que sem a participação ou assinatura do devedor*" (fls. 179/187).

É o relatório.

VOTOS
PRELIMINAR

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Aponta o suscitante divergência entre julgados das Turmas Cíveis deste egrégio Tribunal de Justiça, proferidos em sede de apelação e de agravo de instrumento, quanto ao cabimento da ação monitória, quando lastreada em documento produzido de forma unilateral, isto é, sem a participação ou assinatura do devedor, para a cobrança de dívidas condominiais.

De fato, de uma simples consulta à jurisprudência deste Tribunal de Justiça, observa-se a existência de posicionamentos conflitantes acerca do tema em comento.

No sentido contrário à admissão da monitória ajuizada para se obter o pagamento de dívidas condominiais e instruída com documentos unilaterais, este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou:

"PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA PARA COBRANÇA DE DÍVIDA CONDOMINIAL - TRANSMUDAÇÃO INDEVIDA DO RITO INSTRUMENTÁRIO - A ação monitória não é o leito processual adequado para cobrança de crédito condominial, que tem no Código de Processo (art. 275, II, "b") Rito próprio e expresso através do procedimento sumário. A norma subjetiva, de interesse público, há de ser homenageada e assim defeso ao credor, a seu alvedrio, transmudar o trâmite procedimental, porque - do contrário e na específica espécie do crédito - de nenhum alcance, doravante, o prescrito normativo inserido na lei do processo. ademais, ao revés do pleito monitório, que reclama "a priori" *a prova escrita sem eficácia executiva, o crédito condominial, por sua vez, demanda dilucidamento cognitivo amplo*." (APC 49.456/98, Rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, 1ª Turma Cível, julgado em 28/9/98, DJ 09/12/98, p. 65)

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. DOCUMENTO ELABORADO DE FORMA UNILATERAL. IMPROPRIEDADE. RITO ORDINÁRIO.
1- Verificando tratar-se de documento elaborado de forma unilateral, deve a lide ser discutida em sede de cognição completa, não se submetendo ao âmbito restrito da ação monitória.
2- O documento que instrui a ação monitória deve ter presunção de força executiva, embora despido de executoriedade, requisito que se mostra indispensável à instauração de tal procedimento." (APC 2000.06.1.003506-5, Rel. Des. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 2ª Turma Cível, julgado em 18/6/01, DJ 19/9/01, p. 39)

"DESPESA DE CONDOMÍNIO - COBRANÇA AO CONDÔMINO - ATA DE ASSEMBLÉIA: TÍTULO EXECUTIVO - AÇÃO MONITÓRIA: DESCABIMENTO - SENTENÇA MANTIDA.
1 - As atas de assembléia do condomínio constituem título executivo extrajudicial.
2 - A ação monitória para cobrança de despesas condominiais ao condômino é incabível quando existe o título executivo." (APC 47106/97, Rel. Des. JOÃO MARIOSA, 1ª Turma Cível, julgado em 16/02/98, DJ 29/4/98, p. 30)

De outra sorte, esta Corte de Justiça também já se manifestou favoravelmente ao ajuizamento de ação monitória para a cobrança de débitos condominiais, ainda que instruída apenas com documento unilateral. Confira-se:

> *"AÇÃO MONITÓRIA. PETIÇÃO INICIAL. DOCUMENTO MONITÓRIO. TAXA CONDOMINIAL.*
> *I - Cópias da matrícula do imóvel, da convenção do condomínio e das atas assembleares que decidiram pelas taxas ordinária e extraordinária são documentos monitórios hábeis para instrução da petição inicial.*
> *II - Agravo de instrumento provido. Unânime." (AGI 2007.00.2.005985-5, Rel. Des. VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível, julgado em 27/6/07, DJ 26/7/07, p. 88)*

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. ENCARGOS CONDOMINIAIS. POSSUIDOR DE UNIDADE DE IMÓVEL. RESPONSABILIDADE DE CONDÔMINO. APLICAÇÃO DA LEI 4.591/64. ALEGAÇÃO DE LOTEAMENTO AFASTADA. EXCEÇÕES PESSOAIS NÃO ACATADAS. INSUFICIÊNCIA NA DEMONSTRAÇÃO DA DESOBRIGAÇÃO DAS QUOTAS PENDENTES. SENTENÇA MANTIDA.*
> *1 - "Tendo o condomínio amparado a pretensão em documentos sem força executiva, mas dotados da possível e necessária liquidez e certeza dos débitos existentes, admissível seja agitada a ação monitória ao invés de ação de cobrança." (2º TAC/SP, Ap. nº 656861-00/9, 3ª Câm. Rel. REGINA CAPISTRANO, 10/06/2003, JUIS/46).*
> *2 - Quando as provas carreadas nos autos demonstram que o possuidor de unidade de imóvel é condômino, tendo em vista participação e assinatura do mesmo no ato de aprovação da instituição do condomínio, com anuência das cláusulas fixadas em convenção, inclusive as relativas às contribuições condominiais, não poderá eximir-se do pagamento dos encargos aquiescidos.*
> *3 - O condômino é responsável pela quitação dos débitos comuns em aberto, já que constitui dever obrigacional, nos termos do art. 1.315 e 1.336, I do CC c/c art. 12 da Lei 4.591/64, não sendo admissível, assim, escusar-se do pagamento sob a alegação de que não utiliza os benefícios ou serviços disponibilizados, pois a fruição fica a cargo de sua comodidade e conveniência.*

4 - A alegação das exceções pessoais, objetivando a desconstituição de dívida para com o condomínio, quando não provadas de forma eficaz e contundente, não desobriga o condômino inadimplente do pagamento das quotas condominiais.
Apelação Cível desprovida."(APC 2005.07.1.013673-4, Rel. Des. ANGELO PASSARELI, 2ª Turma Cível, julgado em 22/8/07, DJ 11/9/07, p. 129)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. ENCARGOS CONDOMINIAIS. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DESCABIMENTO DO PROCEDIMENTO ESCOLHIDO. FACULDADE DO CREDOR. CABIMENTO DA VIA ELEITA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.
I - Merece censura a r. sentença hostilizada que impôs ao autor, para a cobrança de despesas condominiais, a utilização do procedimento sumário, em face da previsão expressa do art. 275, do CPC.
II - O procedimento monitório tem por objetivo abreviar a formação de título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento, tendo a natureza de processo cognitivo sumário. Tem por finalidade agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização pelo credor que comprovar a existência de crédito sem documento provido de eficácia de título executivo.
III - A documentação acostada pela parte autora demonstra a existência da dívida, mas é desprovida de eficácia de título executivo, mostrando-se hábil a utilização do procedimento monitório. Assim, impõe-se a reforma da r. sentença recorrida para se determinar o regular prosseguimento do feito." (APC 2000.06.1.003504-9, Rel. Des. JERONYMO DE SOUZA, 3ª Turma Cível, julgado em 18/6/01, DJ 29/8/01, p. 62)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA DE DESPESAS DE CONDOMÍNIO. AÇÃO MONITÓRIA. CABIMENTO.
1.Possuindo o credor documento que comprove o débito, mas que não tenha força de título executivo, mesmo que seja possível o ajuizamento de ação de cobrança pelo rito sumário, é cabível a ação monitória. Precedentes.
2.Recurso provido." (AGI 2007.00.2.007599-7, Rel. Des. ANTONINHO LOPES, 5ª Turma Cível, julgado em 21/11/07, DJ 28/02/08, p. 1835)

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE DÉBITOS CONDOMINIAIS. CABIMENTO. PRECEDENTES.*
> *- É cabível o procedimento monitório sempre que o credor possuir documento que comprove o débito, mas que não tenha força de título executivo, ainda que lhe seja possível o ajuizamento de ação de cobrança pelo rito sumário.*
> *- Recurso provido. Unânime." (APC 2006.04.1.007835-0, Rel. Des. OTÁVIO AUGUSTO, 6ª Turma Cível, julgado em 29/8/07, DJ 20/9/07, p. 124)*

Como se vê, de fato há divergência dentre as diversas Turmas Cíveis deste Tribunal de Justiça do Distrito Federal quanto à matéria em exame.

Estabelece o Código de Processo Civil acerca do *Incidente de Uniformização de Jurisprudência*, no art. 476, que:

> *"Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:*
> *I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;*
> *II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas."*

No tocante ao tema, nos ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que "*Havendo, na mesma corte, julgamentos conflitantes a respeito de uma mesma tese jurídica, é cabível o incidente a fim de que, primeiramente, o pleno do tribunal se manifeste sobre a tese, para, tão-somente depois, ser aplicado ao caso concreto levado a julgamento pelo órgão do tribunal*" (*in* "Código de Processo Civil e Legislação Extravagante", Ed. RT, 10ª ed., p. 763).

Verificada, pois, a existência de posições divergentes quanto à admissibilidade do procedimento monitório lastreado em documentos unilaterais, para cobranças condominiais, e considerando, ainda, que se encontram presentes os critérios de conveniência e oportunidade, **ADMITO** o *Incidente de Uniformização de Jurisprudência*.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Também admito, acompanhando o eminente Relator, Senhor Presidente.

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

Des. Flavio Rostirola (Vogal) - Também admito, Senhor Presidente.

Desa. Maria Beatriz Parrilha (Vogal) - Acompanho o eminente Relator.

Des. José Divino (Vogal) - Também admito o incidente, Excelência.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Senhor Presidente, com a devida vênia, não admito o incidente. A jurisprudência predominante sobre o tema é no sentido de que aquela disposição do Código de Processo Civil não é obrigatória, fica a critério e conveniência da Corte estabelecer o incidente.

A questão aqui é de Direito e interpretação de Direito Federal. O Código diz que, quando se estabelece o incidente de uniformidade, deve o Tribunal emitir uma súmula. Pergunto: o Tribunal não estaria sendo afoito em estabelecer uma súmula sobre interpretação de Direito Federal? E se o STJ, que é o intérprete maior do Direito Federal, entender diferente? A súmula fica sem efeito.

Então, na minha visão, não é conveniente que o Tribunal faça isso. Deixe que a parte vá litigar no STJ, e lá, sim, ele vai dar a interpretação correta do Direito Federal. Se fosse uma lei local, seria razoável, pois, em princípio, ficaria na jurisdição desta Corte, até porque, em princípio, não cabe recurso especial para exame de lei local. Aqui não, aqui é federal, é matéria processual. Cabe ou não cabe, nessa hipótese, a ação monitória.

Então, com essas ligeiras considerações, rogo vênia ao eminente Relator e àqueles que o acompanharam para não admitir o incidente.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Peço a máxima vênia ao eminente Relator para acompanhar a douta divergência.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, igualmente peço vênia ao eminente Relator e aos que o acompanharam para subscrever os fundamentos expendidos pelo Desembargador Estevam Maia. Lembro-me de que este tribunal editou súmulas relativas a Direito Penal e a Direito Processual Penal e uma ou duas delas vieram depois a ser...

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Desembargador Getulio Pinheiro, V. Ex.ª me permite um aparte?

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Pois não.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - É verdade, estamos aqui considerando questão de conveniência e de oportunidade, e isso cada um tem o seu convencimento, a sua opinião a respeito. Mas, veja bem, o que reparei e o que tenho reparado, neste caso específico, é que diversas ações são prematuramente extintas, o processo é prematuramente extinto, porque entende o juiz de 1.º Grau que não é cabível uma ação monitória nessas condições. Então, para efeito de celeridade processual, de outorga mais rápida da prestação jurisdicional, tendi para o lado da aceitação do incidente.

Era o que queria acrescentar.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Como todos sabem, não integro turma cível e, portanto, se me permitem dizer, não sofro na pele esse problema e não sei também qual tem sido a decisão do Superior Tribunal de Justiça em casos como este, se tem chegado ao Superior Tribunal de Justiça e se há decisão no sentido do voto proferido por V. Ex.ª.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Se V. Ex.ª desejar, tenho à mão julgado do Superior Tribunal de Justiça, o REsp 613.112, da relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, da 3.ª Turma, julgado em 20 de outubro de 2005, e a ementa está assim redigida:

> ***"Ação monitória. Débitos condominiais. Cabimento da monitória considerando a documentação apresentada, bastante para tanto. Precedentes da Corte.***
> *1. Como está em precedente desta Corte trazido pelo especial, "a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional permitem concluir que é cabível o procedimento monitório sempre que o credor possuir documento que comprove o débito mas que não tenha força de título executivo, ainda que lhe seja possível o ajuizamento da ação pelo rito ordinário ou sumário".*

E, aqui, o Relator faz remissão ao REsp 208.870, em que foi Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, também faz remissão ao REsp 426.601, da relatoria dele próprio, de 06 de dezembro de 2002, o que demonstra, então, que já havia, portanto, uma tendência jurisprudencial nesse sentido. O item 2, da ementa, diz o seguinte:

> *2. Não é necessário para a ação monitória que o documento seja emanado do devedor, "sendo suficiente, para a admissibilidade da*

ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação" (REsp n° 204.894/MG, Relator o Ministro ***Waldemar Zveiter****, DJ de 2/4/01; REsp n° 167.618/MS, Relator o Ministro* ***Barros Monteiro****, DJ de 14/6/99). Assim, basta que haja prova capaz de revelar a existência da obrigação para que se admita a monitória" (REsp nº 242.051/MG, da relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 30/10/2000.*
3. Recurso especial conhecido e provido.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Desembargador Getulio Pinheiro, veja, V. Ex.ª, a questão já está dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência, claro, não é vinculativa, mas é predominante. A parte que perder aqui vai ao STJ, porque diz a lei que, se for estabelecido o incidente, emite-se súmula. Os juízes não estão respeitando súmula nenhuma nossa, eles julgam contra a súmula. Então, vai ser inócuo. É melhor o Tribunal não fazer, e quem quiser, que se sentir prejudicado, que vá ao STJ, e esse dará a decisão final.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Desembargador Getulio Pinheiro, permita-me apenas para complementar.

Essa questão que está sendo decidida dessa forma pelo STJ - isso está no meu voto de mérito - trago aqui outros tantos precedentes nesse sentido, mas ocorre que os juízes estão é extinguindo o processo no seu nascedouro. Se houver súmula, pelo menos haverá uma parte desses juízes a observar a súmula do Tribunal de Justiça para que se evite protelação, para que se evite a subida do processo a esta Corte ou ao STJ para obter a prestação jurisdicional.

É esse o argumento que trago para justificar a conveniência e oportunidade da aceitação do incidente. Se prevalecer o raciocínio feito pelo eminente Desembargador Estevam Maia, cuja inteligência respeito e conhecimento jurídico tem servido inclusive como meu próprio alento, vamos tirar, vamos expurgar, vamos extirpar da legislação processual esse incidente. Não precisará mais, bastará que se observe a jurisprudência do STJ e pronto.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - E digo mais, não precisaria nem de Tribunal de Justiça, bastaria que fosse direto para o Superior Tribunal de Justiça. Não sei o que eu estaria fazendo aqui.

Des. Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) - Desembargador Sérgio Bittencourt, a meu ver, V. Ex.ª indicou julgado de todas as turmas no mesmo sentido. Qual é a turma que está divergindo?

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Não, trouxe de um lado e de outro, Senhor Presidente. Trouxe, inclusive, do eminente Desembargador João Mariosi que não aceita a ação monitória para cobrança de despesas ao condômino. É incabível.

Des. João Mariosi (Vogal) - Esse condomínio, pelo que me recordo, é aquele condomínio de invasão, não é o condomínio vertical.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Mas a situação é a mesma, Desembargador João Mariosi.

Des. João Mariosi (Vogal) - De jeito algum. É condomínio de crime. Esse que estamos falando aqui é um condomínio de prédio.

Se for justamente nesse sentido, voto com o eminente Desembargador Estevam Maia.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Estou convencido de que a situação é diferente.

Des. Estevam Maia (Vogal) - A uniformização é para dizer se cabe ou não. Não iremos distinguir este ou aquele condomínio. Então, vai continuar a mesma coisa!

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Desembargador Estevam Maia, neste caso, trata-se de condomínio vertical.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Mas a súmula não vai especificar isso.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Pode especificar que se trata de condomínio vertical, regido pela Lei nº 4.591.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Mas essa discussão não veio no pedido de uniformização. Está assim: condomínio de um modo geral, sem distinguir. Vai dar no mesmo.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Pelo que estou entendendo, trata-se de condomínio regido pela Lei nº 4.591/64.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Estamos imaginando que seja, mas pode ser que não seja. Pode ser que seja o outro.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Hoje, não está mais. O Código de Processo Civil manda cobrar essas dívidas por ação de processo sumário. Acabou a execução.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Senhor Presidente, já votei, há muito tempo, da mesma forma que o Desembargador Estevam Maia, no sentido da conveniência de o tribunal de interpretar tão-somente lei local, porque dela não cuidaria o Superior Tribunal de Justiça. Cabe àquela Corte, em última instância, a interpretação da lei federal que estamos a dar aqui, de forma vinculativa, aos juízes de 1.º Grau.

Se nem o Superior Tribunal de Justiça sumulou o tema, acredito que, com todas as vênias, a razão está com o eminente Desembargador Estevam Maia, a quem acompanho.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia para acompanhar o eminente Relator.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, a questão da oportunidade merece reflexão do Tribunal. Penso que o Tribunal, quando vai examinar essa questão da oportunidade, tem de se deter na sua realidade. Se existe um problema de interpretação interno e se é importante para o Tribunal dirimir essa questão, elegendo um norte que sirva inclusive para os juízes, é da sua conveniência que proceda a essa uniformização.

Não importa que a matéria seja referente à legislação federal, porque o permissivo do incidente não se atém a essa questão, até porque, se não pudesse este Tribunal editar súmula sobre matéria federal, evidentemente não se cogitaria da uniformização quando se tratasse de norma dessa natureza e devesse aguardar sempre a edição de súmula do Superior Tribunal de Justiça. O que sucede é que o Superior Tribunal de Justiça, eventualmente, pode demorar a editar uma súmula desta matéria, pode até nem vir a fazê-lo, já que se observa na tendência da jurisprudência daquela Corte a admissão, nesses casos, de ação monitória. Não havendo controvérsia nem repetição de casos idênticos, não haverá por que aquele Tribunal editar uma súmula, e continuaremos a enfrentar a questão da divisão interna em termos de interpretação dessa lei federal e até a questão dos juízes decidindo de uma forma ou de outra e, como disse bem o eminente Relator, por vezes, extinguindo antecipadamente, com indeferimento de inicial, ações que pretendam, pela via monitória, a cobrança dessas cotas.

É evidente que a edição de uma súmula por este Tribunal terá a conveniência de, se não obrigar, pelo menos fazer ver aos juízes que a matéria na Corte já está dirimida. A questão de ser respeitada ou não a súmula do Tribunal está em fazer o próprio Tribunal é outra. E haverá, no mínimo, ainda que haja esse desrespeito da súmula do Tribunal pelos órgãos de 1.º Grau, a conveniência de o Relator, no Tribunal, com mera

referência da súmula, até monocraticamente, poder dar provimento ao recurso sem necessidade de muito escrever.

Vejo, portanto, que, no caso, a questão da conveniência me parece evidente. Por isso que peço vênia à divergência para acompanhar o eminente Relator.

Des. Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) - Voto no sentido de acompanhar o eminente Relator, rogando vênia à divergência, à consideração de que restou estabelecido na Corte entendimento controvertido, embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha adotado o entendimento em uma determinada linha, parece-me que com alguma firmeza.

A mim não empolga, evidentemente, a tese de que a súmula servirá para evitar a extinção de processos no 1.º Grau. Isso não. Súmula do Tribunal não é vinculante, mas, à toda evidência, serve para que o julgamento no Tribunal se dê monocraticamente, o que já é um grande ganho.

Assim, com a devida vênia, também admito a uniformização da jurisprudência.

MÉRITO

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Como é sabido, a pretensão executiva pressupõe a inexistência de título executivo. Desta feita, conforme nos leciona Alexandre Freitas Câmara, (*in* "Lições de Direito Processual Civil", Ed. *Lumen Juris*, 5ª ed., Vol. III, p. 519), com o fito de "*facilitar o acesso ao título executivo daquele credor que não o tem e, por tal razão, precisa se valer do processo de conhecimento*", o legislador criou o procedimento monitório, também chamado de procedimento por injunção, através do qual é possível se obter, de forma célere, a formação do título executivo.

Prescreve o art. 1.102.A do Código de Processo Civil, que a "*ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel*".

Assim, o manejo de ação monitória deve estar baseado em prova escrita sem eficácia de título executivo, com o fito de se obter o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, como visto acima.

Por prova escrita, nos ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, pode-se entender "*todo documento que, embora não prove, diretamente, o fato constitutivo, permite ao órgão judiciário conduzir, através de presunção, a existência do direito alegado*" (*in* "Código de Processo Civil e Legislação Extravagante", 9ª ed., Ed. RT, p. 1053).

Assim sendo, infere-se que a prova escrita hábil para basear a ação monitória é aquela que além de refletir a idoneidade da obrigação, deixa clara a relação de crédito e débito existente entre as partes.

Nesse sentido, novamente prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que a "*ação monitória é o instrumento processual colocado à disposição do credor de* ***quantia certa***", nos ensinando, também, que "*o credor de* ***quantia certa****, ou de coisa fungível (incerta) ou, ainda, de coisa móvel (certa) é que pode se utilizar da ação monitória*" (*in* "Código de Processo Civil e Legislação Extravagante", 9ª ed., Ed. RT, p. 1050 - negritei).

Note-se, pois, que em nenhum momento se falou acerca da eventual obrigatoriedade de que os documentos utilizados, para embasar a ação monitória, devam ser produzidos de maneira bilateral.

Como já visto, desde que a prova apresentada preencha os requisitos do art. 1.102-A, do Código de Processo Civil, e deixe clara a relação jurídica de crédito e débito existente entre as partes, ela será bastante para lastrear o ajuizamento de ação monitória.

Nesse sentido, inclusive, é vasta a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Observe-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. LEGITIMIDADE ATIVA DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA. DESNECESSIDADE DE FILIAÇÃO DO CONTRIBUINTE À ENTIDADE DE CLASSE. PROVA ESCRITA. GUIA DE RECOLHIMENTO. DOCUMENTOS HÁBEIS À PROPOSITURA DA MONITÓRIA. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 332 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 282 E 356 DO STF.*
>
> (omissis)
>
> *3.* ***A guia da contribuição sindical rural é documento hábil para a instrução de ação monitória*** *(Precedentes: REsp n.º 466.366/MT, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 14/02/2007; e REsp n.º 763.307/MG, Rel. Min. José Delgado, DJU de 11/12/2006).*
>
> ***4. Isto porque o documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação.***
>
> ***5. Consequentemente, "A emissão do boleto bancário concernente à contribuição em apreço, emitido pela CNA, apesar de não possuir a anuência da parte devedora, constitui prova escrita suficiente para ensejar a propositura do procedimento monitório, tendo em vista que, gozando de valor probante, torna possível***

deduzir do título o conhecimento da dívida e a condição do devedor como contribuinte, por ostentar a qualificação cartular de proprietário rural." *(REsp n.º 423.131/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 02/12/2002).*

6. A ação monitória, a teor do art. 1.102, "a", do CPC, tem base em prova escrita sem eficácia de titulo executivo. A prova escrita consiste em documento, que embora não prove diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência desse direito alegado.

7. O procedimento injuntivo tem por objetivo obviar a formação do título executivo por meio da simplificação do processo de conhecimento e da concessão de executoriedade ao título executivo, ou seja, dar-lhe a certeza, a liquidez e a exigibilidade de que é destituído.

(omissis)

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido." (REsp 735.351/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/6/07, DJ 23/8/07, p. 210) (Negritei)

"PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL - PROVA ESCRITA - DEMONSTRATIVO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO E PLANILHA DE DÉBITOS - DOCUMENTOS HÁBEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO - PRECEDENTES.

1. ***Restringe-se a controvérsia no reconhecimento de que os documentos que instruíram a ação monitória ajuizada pelo recorrente são aptos para demonstrar a presença da relação jurídica entre credor e devedor, denotando, portanto, a existência de débito.***

2. ***A prova escrita prevista pelo artigo 1.102A do Estatuto Processual dever ser compreendida como aquela que possibilite ao magistrado dar eficácia executiva ao documento, ou seja, que lhe permita inferir a existência do direito alegado.***

3. ***Na hipótese, o autor da demanda trouxe aos autos, como documento escrito a embasar a cobrança da contribuição sindical, a planilha de cálculo com as contribuições devidas e os demonstrativos da constituição do crédito por automóvel emitidos pelo sindicato, com base no artigo 584 da CLT. Tais documentos autorizam a utilização do procedimento injuntivo.***

*4. **Desde que seja idôneo para demonstrar a aparência do direito apto a autorizar a expedição do mandado injuntivo, "qualquer documento escrito que não se revista das características de título executivo é hábil para ensejar a ação monitória".***
Recurso especial provido." (REsp 874.149/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 27/02/07, DJ 09/3/07, p. 302) (Negritei)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. VIABILIDADE PARA A COBRANÇA DE COTAS DE CONDOMÍNIO. CPC, ART. 1.102A. EXEGESE.
*I. **Possível o uso da ação monitória para a cobrança de débitos condominiais.***
II. Recurso especial não conhecido." (REsp 405.011/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 19/12/02, DJ 02/6/03, p. 300) (Negritei)

"AÇÃO MONITÓRIA. DÉBITOS CONDOMINIAIS. CABIMENTO DA MONITÓRIA CONSIDERANDO A DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA, BASTANTE PARA TANTO. PRECEDENTES DA CORTE.
*1. **Como está em precedente desta Corte trazido pelo especial, "a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional permitem concluir que é cabível o procedimento monitório sempre que o credor possuir documento que comprove o débito mas que não tenha força de título executivo, ainda que lhe seja possível o ajuizamento da ação pelo rito ordinário ou sumário"** (REsp n° 208.870/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n° 426.601/SP de minha relatoria, DJ de 6/12/02).*
*2. **Não é necessário para a ação monitória que o documento seja emanado do devedor, "sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação"** (REsp n° 204.894/MG, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 2/4/01; REsp n° 167.618/MS, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 14/6/99). **Assim, basta que haja prova capaz de revelar a existência da obrigação para que se admita a monitória** (REsp n° 242.051/MG, de minha relatoria, DJ de 30/10/2000).*

> *3. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 613.112/PR, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 20/10/05, DJ 20/02/06, p. 332) (Negritei)*

Isto posto, admito o *Incidente de Uniformização de Jurisprudência*, a fim de que se uniformize o entendimento desta Egrégia Corte de Justiça pela possibilidade da utilização de ação monitória para cobranças de taxas condominiais, ainda que a mesma esteja lastreada em documentos unilaterais, ou seja, sem a participação ou assinatura do devedor.

É o voto.

Des. Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) - V. Ex.ª não deixaria expresso que "emitido por condomínio regular"? Porque, me parece, o grande problema seria esse. Esse que é o gargalo do tema, porque alguém diz: "Não mando pagar porque o condomínio é irregular ou até criminoso".

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Não vejo por que estabelecer essa diferença, Desembargador Romão C. Oliveira.

Des. Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) - O que se está a dizer é que existem no Distrito Federal algumas dezenas de condomínios realmente criminosos, que não se poderia impor a alguém, pois estaria se beneficiando da arte do crime. Isso é o que o Desembargador João Mariosi quis frisar.

Des. João Mariosi (Vogal) - Perfeitamente. É nesse sentido, e até há decisões do Tribunal mandando o cidadão pagar o asfalto em um terreno rural, com ocupação de mais de 80% do terreno. Isso viola a Lei de Posturas do Distrito Federal. E, se o Tribunal manda pagar isso, estará consolidando um condomínio, o que não é competência dele.

Des. Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) - Mas o eminente Desembargador Relator uniformiza nos termos do seu douto voto.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Senhor Presidente, o processo trata de condomínio regular, é o Condomínio do Edifício Línea Studio Home. É um condomínio regular.

Des. Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) - A dúvida, Desembargador Sérgio Bittencourt, é que quando sair a súmula...

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Cada caso é um caso a ser examinado.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, creio que se está tentando especificar uma coisa que a súmula, na sua generalidade, não deve abrigar. A súmula vai dizer que, para cobrança de débito de condomínio, é possível uso da ação monitória. Se o condomínio é regular ou não, se deve ou não deve, isso é matéria de embargos, no caso concreto.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Com o eminente Relator, Senhor Presidente.

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

Des. Flavio Rostirola (Vogal) - De acordo com o Relator.

Desa. Maria Beatriz Parrilha (Vogal) - Acompanho o eminente Relator.

Des. José Divino (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, Senhor Presidente.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Com o Relator.

Des. Estevam Maia (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Getulio Pinheiro (Vogal) - Com o Relator.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Com o Relator, Senhor Presidente.

Des. Mario Machado (Vogal) - Com o eminente Relator.

Des. Romão C. Oliveira (Presidente e Vogal) - Meu voto é acompanhando o eminente Relator, restringindo-se, todavia, aos condomínios verticais.

DECISÃO

Incidente admitido, por maioria. O tema restou uniformizado para que se entenda que o documento unilateral emitido por condomínio é eficiente para instruir a ação monitória. Vencido, em parte, o Presidente, que restringia a condomínios verticais.

Numérico dos Acórdãos

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002009225-9
(Acórdão Nº 346.332). Relator: Des. Arnoldo Camanho de Assis
SUCESSÃO EMPRESARIAL, FRAUDE - EFEITOS DA FALÊNCIA, EXTENSÃO - ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA..... 19

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002015449-6
(Acórdão Nº 345.638). Relator: Des. Flavio Rostirola
ACIDENTE AÉREO - SEGURO OBRIGATÓRIO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INVIABILIDADE - VALOR DA PENSÃO MENSAL, MAJORAÇÃO..... 29

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002016192-7
(Acórdão Nº 347.181). Relator: Des. Otávio Augusto
AÇÃO ANULATÓRIA - PROCESSO ELEITORAL EM ASSOCIAÇÃO - ILEGITIMIDADE ATIVA DA REPRESENTATIVIDADE - EXTINÇÃO DO FEITO..... 37

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002016403-1
(Acórdão Nº 342.204). Relator: Des. Natanael Caetano
EXECUÇÃO, ACORDO - PARCELAMENTO DE DÍVIDA - OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA, SUBSTITUIÇÃO - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA 42

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000011056631-3
(Acórdão Nº 348.322). Relator: Des. João Mariosi
AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ÁREA PÚBLICA, INVASÃO - CONSTRUÇÕES IRREGULARES, DEMOLIÇÃO - DISTRITO FEDERAL, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA 47

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001011090251-7
(Acórdão Nº 341.816). Relator: Des. Fernando Habibe
RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - TRANSAÇÃO - EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO, IMPROCEDÊNCIA..... 56

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002011045887-9
(Acórdão Nº 342.083). Relator: Des. Angelo Passareli
SERVIDOR PÚBLICO, READAPTAÇÃO - CARGO SEM EQUIVALÊNCIA SALARIAL, EFEITOS - DIFERENÇA REMUNERATÓRIA, GARANTIA - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO, VEDAÇÃO 74

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011009413-3
(Acórdão Nº 344.412). Relator: Des. Mário-Zam Belmiro
MATÉRIA JORNALÍSTICA - DIVULGAÇÃO DE FATO VERÍDICO - DIREITOS DA PERSONALIDADE, MITIGAÇÃO - DANO MORAL, DESCABIMENTO 80

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004031003394-7
(Acórdão Nº 338.113). Relator: Des. Waldir Leôncio Júnior
RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - RECÉM-NASCIDO COM ICTERÍCIA - DANO MORAL E MATERIAL 91

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011032071-2
(Acórdão Nº 336.522). Relator: Des. J. J. Costa Carvalho
SOCIEDADE ANÔNIMA - RELAÇÃO SOCIETÁRIA, INDÍCIOS - ACERVO PROBATÓRIO, FRAGILIDADE..... 111

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011071469-6
(Acórdão Nº 346.265). Relator: Des. Cruz Macedo
DIREITO AUTORAL - PROJETO ARQUITETÔNICO - COAUTORIA - PARTICIPAÇÃO COMPROVADA 120

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011074086-4
(Acórdão Nº 341.534). Relator Designado: Des. Lécio Resende
DANO MORAL - PROFESSOR DA REDE PÚBLICA - AGRESSÃO MORAL E FÍSICA - ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO 132

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005071018904-8
(Acórdão Nº 341.812). Relator: Des. José Divino de Oliveira
REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - ACORDO EM AUDIÊNCIA - AMPLIAÇÃO, POSSIBILIDADE 149

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011061838-4
(Acórdão Nº 343.713). Relatora: Desa. Nídia Corrêa Lima
ANISTIADO POLÍTICO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - IMPOSTO DE RENDA, NÃO-INCIDÊNCIA 154

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011129587-4
(Acórdão Nº 343.868). Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva
PROMESSA DE COMPRA E VENDA - INEXECUÇÃO CONTRATUAL - DANO MORAL, DESCABIMENTO 168

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011018059-7
(Acórdão Nº 336.338). Relatora: Desa. Haydevalda Sampaio
SERVIDOR APOSENTADO - PROVENTOS DE APOSENTADORIA - ALTERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, IMPOSSIBILIDADE 183

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011122085-2
(Acórdão Nº 345.599). Relatora: Desa. Carmelita Brasil
REPARAÇÃO DE DANO, DESCABIMENTO - CONTA CONJUNTA, MOVIMENTAÇÃO - SOLIDARIEDADE ATIVA 188

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011135114-0
(Acórdão Nº 341.764). Relator: Des. Dácio Vieira
DANO MORAL - EXECUÇÃO POR DÍVIDA INEXISTENTE - FIXAÇÃO DO *QUANTUM*, CRITÉRIOS 195

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011029884-9
(Acórdão Nº 335.289). Relatora: Desa. Vera Andrighi
CASAMENTO - REGIME DE BENS - MODIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE - CÓDIGO CIVIL DE 2002, INAPLICABILIDADE 205

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA *EX OFFICIO* Nº 2008015015834-9
(Acórdão Nº 337.663). Relator: Des. Jair Soares
TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS - APREENSÃO DE VEÍCULO, LEGALIDADE - MULTA, APLICAÇÃO 219

APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE
Nº 2007013007992-4
(Acórdão Nº 337.420). Relator: Des. Lecir Manoel da Luz
ADOÇÃO DE MENOR - PODER FAMILIAR DA GENITORA, EXTINÇÃO - PERMANÊNCIA COM FAMÍLIA BIOLÓGICA, INVIABILIDADE - INTERESSE MENOR, PREVALÊNCIA 230

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003011077424-6
(Acórdão Nº 347.877). Relator: Des. João Egmont
LEI DE IMPRENSA - SUSPENSÃO PELO STF, EFICÁCIA - CÓDIGO PENAL, APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA 240

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005011057825-5
(Acórdão Nº 342.733). Relator: Des. George Lopes Leite
ADVOCACIA ADMINISTRATIVA - DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO, VIOLAÇÃO - PERDA DO CARGO - EFEITO AUTOMÁTICO NA CONDENAÇÃO 246

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005041006032-2
(Acórdão Nº 335.542). Relator: Des. Romão C. Oliveira
PECULATO-FURTO, TENTATIVA - INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL - ABSOLVIÇÃO, DESCABIMENTO - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE 260

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2006071022795-9
(Acórdão Nº 334.166). Relatora: Desa. Sandra De Santis
LATROCÍNIO TENTADO - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - DEGRAVAÇÃO, TRANSCRIÇÃO PARCIAL - CERCEAMENTO DE DEFESA, INOCORRÊNCIA 265

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2007031000986-7
(Acórdão Nº 336.409). Relator: Des. Getulio Pinheiro
TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - VIOLENTA EMOÇÃO - INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA 283

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2008002016680-2
(Acórdão Nº 334.504). Relator: Des. Mario Machado
CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - CONFLITO DE LEIS NO TEMPO - *TEMPUS REGIT ACTUM* 292

EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS Nº 2001071015245-0
(Acórdão Nº 336.909). Relator: Des. Edson Alfredo Smaniotto
CRIME DE TORTURA - AGRESSÃO CONTRA BEBÊ - FRATURA DE FÊMUR E MORDIDAS 303

HABEAS CORPUS Nº 2009002000037-2
(Acórdão Nº 341.167). Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos
PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA - TIPICIDADE, DÚVIDA - AÇÃO PENAL, TRANCAMENTO..... 316

HABEAS CORPUS Nº 2009002001312-7
(Acórdão Nº 346.524). Relator: Des. Roberval Casemiro Belinati
HABEAS CORPUS - DANO QUALIFICADO - QUEBRA DE PORTA DE VIDRO EM HOSPITAL - LIBERDADE PROVISÓRIA, CONCESSÃO..... 323

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002003350-2
(Acórdão Nº 337.814). Relator: Des. Nívio Geraldo Gonçalves
MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO - EXONERAÇÃO DE SERVIDOR, NULIDADE - REQUISITOS DO EDITAL, NÃO PREENCHIMENTO - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E BOA FÉ..... 332

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002008989-0
(Acórdão Nº 335.901). Relatora: Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - VISÃO MONOCULAR - RESERVA DE VAGA..... 356

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002015800-8
(Acórdão Nº 343.694). Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa
CONCURSO PARA TÉCNICO PENITENCIÁRIO - INVESTIGAÇÃO DE VIDA PREGRESSA - CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, INSCRIÇÃO - ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO, PERTINÊNCIA 364

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2008071011689-7
(Acórdão Nº 340.956). Relator: Des. Sérgio Rocha
DELITO DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DOLO EVENTUAL - CONDUTA PERIGOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO..... 371

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 2007002011888-7
(Acórdão Nº 341.973). Relator: Des. Sérgio Bittencourt
UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, ADMISSIBILIDADE - DÉBITOS CONDOMINIAIS, COBRANÇA - DOCUMENTOS UNILATERAIS - AÇÃO MONITÓRIA, CABIMENTO..... 384

———— • ————

Alfabético

A

ABSOLVIÇÃO, DESCABIMENTO . PECULATO-FURTO, TENTATIVA. INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL . CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE.....260

ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. SUCESSÃO EMPRESARIAL, FRAUDE . EFEITOS DA FALÊNCIA, EXTENSÃO. 19

AÇÃO ANULATÓRIA . PROCESSO ELEITORAL EM ASSOCIAÇÃO . ILEGITIMIDADE ATIVA DA REPRESENTANTE . EXTINÇÃO DO FEITO. ...37

AÇÃO CIVIL PÚBLICA . ÁREA PÚBLICA, INVASÃO . CONSTRUÇÕES IRREGULARES, DEMOLIÇÃO . DISTRITO FEDERAL, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....47

AÇÃO MONITÓRIA, CABIMENTO. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, ADMISSIBILIDADE . DÉBITOS CONDOMINIAIS, COBRANÇA . DOCUMENTOS UNILATERAIS 384

AÇÃO PENAL, TRANCAMENTO. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA . TIPICIDADE, DÚVIDA 316

ACERVO PROBATÓRIO, FRAGILIDADE. SOCIEDADE ANÔNIMA . RELAÇÃO SOCIETÁRIA, INDÍCIOS 111

ACIDENTE AÉREO . SEGURO OBRIGATÓRIO . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INVIABILIDADE . VALOR DA PENSÃO MENSAL, MAJORAÇÃO. 29

ACORDO EM AUDIÊNCIA . REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS . AMPLIAÇÃO, POSSIBILIDADE. 149

ADOÇÃO DE MENOR . PODER FAMILIAR DA GENITORA, EXTINÇÃO . PERMANÊNCIA COM FAMÍLIA BIOLÓGICA, INVIABILIDADE . INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA.....230

ADVOCACIA ADMINISTRATIVA . DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO, VIOLAÇÃO . PERDA DO CARGO . EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. 246

AGRESSÃO CONTRA BEBÊ . CRIME DE TORTURA . FRATURA DE FÊMUR E MORDIDAS. 303

AGRESSÃO MORAL E FÍSICA . DANO MORAL . PROFESSOR DA REDE PÚBLICA . ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. 132

ALTERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR APOSENTADO . PROVENTOS DE APOSENTADORIA 183

AMPLIAÇÃO, POSSIBILIDADE. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS . ACORDO EM AUDIÊNCIA 149

ANISTIADO POLÍTICO . CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA . IMPOSTO DE RENDA, NÃO-INCIDÊNCIA.....154

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INVIABILIDADE . ACIDENTE AÉREO . SEGURO OBRIGATÓRIO . VALOR DA PENSÃO MENSAL, MAJORAÇÃO. 29

APREENSÃO DO VEÍCULO, LEGALIDADE . TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS . MULTA, APLICAÇÃO. 219

ÁREA PÚBLICA, INVASÃO . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . CONSTRUÇÕES IRREGULARES, DEMOLIÇÃO . DISTRITO FEDERAL, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. 47

ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. DANO MORAL . PROFESSOR DA REDE PÚBLICA . AGRESSÃO MORAL E FÍSICA 132

C

CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, INSCRIÇÃO . CONCURSO PARA TÉCNICO PENITENCIÁRIO . INVESTIGAÇÃO DE VIDA PREGRESSA . ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO, PERTINÊNCIA.364

CARGO SEM EQUIVALÊNCIA SALARIAL, EFEITOS . SERVIDOR PÚBLICO, READAPTAÇÃO . DIFERENÇA REMUNERATÓRIA, GARANTIA . ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO, VEDAÇÃO.....74

CASAMENTO . REGIME DE BENS . MODIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . CÓDIGO CIVIL DE 2002, INAPLICABILIDADE. 205

CERCEAMENTO DE DEFESA, INOCORRÊNCIA. LATROCÍNIO TENTADO . INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA . DEGRAVAÇÃO, TRANSCRIÇÃO PARCIAL 265

COAUTORIA . DIREITO AUTORAL . PROJETO ARQUITETÔNICO . PARTICIPAÇÃO COMPROVADA. 120

CÓDIGO CIVIL DE 2002, INAPLICABILIDADE. CASAMENTO . REGIME DE BENS . MODIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE 205

CÓDIGO PENAL, APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. LEI DE IMPRENSA . SUSPENSÃO PELO STF, EFICÁCIA 240

CONCURSO PARA TÉCNICO PENITENCIÁRIO . INVESTIGAÇÃO DE VIDA PREGRESSA . CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, INSCRIÇÃO . ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO, PERTINÊNCIA.....364

CONCURSO PÚBLICO . MANDADO DE SEGURANÇA . VISÃO MONOCULAR . RESERVA DE VAGA.....356

CONDUTA PERIGOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. DELITO DE TRÂNSITO . HOMICÍDIO QUALIFICADO . DOLO EVENTUAL 371

CONFLITO DE COMPETÊNCIA . PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ . CONFLITO DE LEIS NO TEMPO . TEMPUS REGIT ACTUM.....292

CONFLITO DE LEIS NO TEMPO . CONFLITO DE COMPETÊNCIA . PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ . TEMPUS REGIT ACTUM.....292

CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. PECULATO-FURTO, TENTATIVA . INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL . ABSOLVIÇÃO, DESCABIMENTO 260

CONSTRUÇÕES IRREGULARES, DEMOLIÇÃO . AÇÃO CIVIL PÚBLICA . ÁREA PÚBLICA, INVASÃO . DISTRITO FEDERAL, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....47

CONTA CONJUNTA, MOVIMENTAÇÃO . REPARAÇÃO DE DANO, DESCABIMENTO . SOLIDARIEDADE ATIVA. 188

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA . ANISTIADO POLÍTICO . IMPOSTO DE RENDA, NÃO-INCIDÊNCIA.....154

CRIME DE TORTURA . AGRESSÃO CONTRA BEBÊ . FRATURA DE FÊMUR E MORDIDAS. 303

D

DANO MORAL . PROFESSOR DA REDE PÚBLICA . AGRESSÃO MORAL E FÍSICA . ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO.....132

DANO MORAL . EXECUÇÃO POR DÍVIDA INEXISTENTE . FIXAÇÃO DO QUANTUM, CRITÉRIOS.....195

DANO MORAL E MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL . ERRO MÉDICO . RECÉM-NASCIDO COM ICTERÍCIA 91

DANO MORAL, DESCABIMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA . INEXECUÇÃO CONTRATUAL 168

DANO MORAL, DESCABIMENTO. MATÉRIA JORNALÍSTICA . DIVULGAÇÃO DE FATO VERÍDICO . DIREITOS DA PERSONALIDADE, MITIGAÇÃO 80

DANO QUALIFICADO . HABEAS CORPUS . QUEBRA DE PORTA DE VIDRO EM HOSPITAL . LIBERDADE PROVISÓRIA, CONCESSÃO.....323

DÉBITOS CONDOMINIAIS, COBRANÇA . UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, ADMISSIBILIDADE . DOCUMENTOS UNILATERAIS . AÇÃO MONITÓRIA, CABIMENTO.....384

DEGRAVAÇÃO, TRANSCRIÇÃO PARCIAL . LATROCÍNIO TENTADO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA . CERCEAMENTO DE DEFESA, INOCORRÊNCIA. 265

DELITO DE TRÂNSITO . HOMICÍDIO QUALIFICADO . DOLO EVENTUAL . CONDUTA PERIGOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO.371

DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO, VIOLAÇÃO . ADVOCACIA ADMINISTRATIVA . PERDA DO CARGO . EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. 246

DIFERENÇA REMUNERATÓRIA, GARANTIA . SERVIDOR PÚBLICO, READAPTAÇÃO . CARGO SEM EQUIVALÊNCIA SALARIAL, EFEITOS . ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO, VEDAÇÃO. 74

DIREITO AUTORAL . PROJETO ARQUITETÔNICO . COAUTORIA . PARTICIPAÇÃO COMPROVADA. 120

DIREITOS DA PERSONALIDADE, MITIGAÇÃO . MATÉRIA JORNALÍSTICA . DIVULGAÇÃO DE FATO VERÍDICO . DANO MORAL, DESCABIMENTO.....80

DISTRITO FEDERAL, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA . ÁREA PÚBLICA, INVASÃO . CONSTRUÇÕES IRREGULARES, DEMOLIÇÃO 47

DIVULGAÇÃO DE FATO VERÍDICO . MATÉRIA JORNALÍSTICA . DIREITOS DA PERSONALIDADE, MITIGAÇÃO . DANO MORAL, DESCABIMENTO. 80

DOCUMENTOS UNILATERAIS . UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, ADMISSIBILIDADE . DÉBITOS CONDOMINIAIS, COBRANÇA . AÇÃO MONITÓRIA, CABIMENTO. 384

DOLO EVENTUAL . DELITO DE TRÂNSITO . HOMICÍDIO QUALIFICADO . CONDUTA PERIGOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO.....371

E

EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA . DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO, VIOLAÇÃO . PERDA DO CARGO 246

EFEITOS DA FALÊNCIA, EXTENSÃO . SUCESSÃO EMPRESARIAL, FRAUDE . ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. 19

ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO, PERTINÊNCIA. CONCURSO PARA TÉCNICO PENITENCIÁRIO . INVESTIGAÇÃO DE VIDA PREGRESSA . CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, INSCRIÇÃO 364

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO, VEDAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO, READAPTAÇÃO . CARGO SEM EQUIVALÊNCIA SALARIAL, EFEITOS . DIFERENÇA REMUNERATÓRIA, GARANTIA 74

ERRO MÉDICO . RESPONSABILIDADE CIVIL . RECÉM-NASCIDO COM ICTERÍCIA . DANO MORAL E MATERIAL.....91

EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO, IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL . TRANSAÇÃO 56

EXECUÇÃO POR DÍVIDA INEXISTENTE . DANO MORAL . FIXAÇÃO DO QUANTUM, CRITÉRIOS.....195

EXECUÇÃO, ACORDO . PARCELAMENTO DE DÍVIDA . OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA, SUBSTITUIÇÃO . PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....42

EXONERAÇÃO DE SERVIDOR, NULIDADE . MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . REQUISITOS DO EDITAL, NÃO-PREENCHIMENTO . PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ. 332

EXTINÇÃO DO FEITO. AÇÃO ANULATÓRIA . PROCESSO ELEITORAL EM ASSOCIAÇÃO . ILEGITIMIDADE ATIVA DA REPRESENTANTE 37

F

FIXAÇÃO DO QUANTUM, CRITÉRIOS. DANO MORAL . EXECUÇÃO POR DÍVIDA INEXISTENTE 195

FRATURA DE FÊMUR E MORDIDAS. CRIME DE TORTURA . AGRESSÃO CONTRA BEBÊ 303

H

HABEAS CORPUS . DANO QUALIFICADO . QUEBRA DE PORTA DE VIDRO EM HOSPITAL . LIBERDADE PROVISÓRIA, CONCESSÃO.....323

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO . TRIBUNAL DO JÚRI . VIOLENTA EMOÇÃO . INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. 283

HOMICÍDIO QUALIFICADO . DELITO DE TRÂNSITO . DOLO EVENTUAL . CONDUTA PERIGOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO.....371

I

ILEGITIMIDADE ATIVA DA REPRESENTANTE . AÇÃO ANULATÓRIA . PROCESSO ELEITORAL EM ASSOCIAÇÃO . EXTINÇÃO DO FEITO.....37

IMPOSTO DE RENDA, NÃO-INCIDÊNCIA. ANISTIADO POLÍTICO . CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA 154

INEXECUÇÃO CONTRATUAL . PROMESSA DE COMPRA E VENDA . DANO MORAL, DESCABIMENTO. 168

INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. TRIBUNAL DO JÚRI . HOMICÍDIO PRIVILEGIADO . VIOLENTA EMOÇÃO 283

INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL . PECULATO-FURTO, TENTATIVA . ABSOLVIÇÃO, DESCABIMENTO . CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE.....260

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA . LATROCÍNIO TENTADO . DEGRAVAÇÃO, TRANSCRIÇÃO PARCIAL . CERCEAMENTO DE DEFESA, INOCORRÊNCIA.....265

INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA. ADOÇÃO DE MENOR . PODER FAMILIAR DA GENITORA, EXTINÇÃO . PERMANÊNCIA COM FAMÍLIA BIOLÓGICA, INVIABILIDADE 230

INVESTIGAÇÃO DE VIDA PREGRESSA . CONCURSO PARA TÉCNICO PENITENCIÁRIO . CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, INSCRIÇÃO . ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO, PERTINÊNCIA.....364

L

LATROCÍNIO TENTADO . INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA . DEGRAVAÇÃO, TRANSCRIÇÃO PARCIAL . CERCEAMENTO DE DEFESA, INOCORRÊNCIA. 265

LEI DE IMPRENSA . SUSPENSÃO PELO STF, EFICÁCIA . CÓDIGO PENAL, APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. 240

LIBERDADE PROVISÓRIA, CONCESSÃO. HABEAS CORPUS . DANO QUALIFICADO . QUEBRA DE PORTA DE VIDRO EM HOSPITAL 323

M

MANDADO DE SEGURANÇA . CONCURSO PÚBLICO . VISÃO MONOCULAR . RESERVA DE VAGA. 356

MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . EXONERAÇÃO DE SERVIDOR, NULIDADE . REQUISITOS DO EDITAL, NÃO-PREENCHIMENTO . PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ. .332

MATÉRIA JORNALÍSTICA . DIVULGAÇÃO DE FATO VERÍDICO . DIREITOS DA PERSONALIDADE, MITIGAÇÃO . DANO MORAL, DESCABIMENTO. 80

MODIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . CASAMENTO . REGIME DE BENS . CÓDIGO CIVIL DE 2002, INAPLICABILIDADE. 205

MULTA, APLICAÇÃO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS . APREENSÃO DO VEÍCULO, LEGALIDADE 219

O

OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA, SUBSTITUIÇÃO . EXECUÇÃO, ACORDO . PARCELAMENTO DE DÍVIDA . PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....42

P

PARCELAMENTO DE DÍVIDA . EXECUÇÃO, ACORDO . OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA, SUBSTITUIÇÃO . PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....42

PARTICIPAÇÃO COMPROVADA. DIREITO AUTORAL . PROJETO ARQUITETÔNICO . COAUTORIA 120

PECULATO-FURTO, TENTATIVA . INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL . ABSOLVIÇÃO, DESCABIMENTO . CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE.....260

PERDA DO CARGO . ADVOCACIA ADMINISTRATIVA . DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO, VIOLAÇÃO . EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. 246

PERMANÊNCIA COM FAMÍLIA BIOLÓGICA, INVIABILIDADE . ADOÇÃO DE MENOR . PODER FAMILIAR DA GENITORA, EXTINÇÃO . INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA.....230

PODER FAMILIAR DA GENITORA, EXTINÇÃO . ADOÇÃO DE MENOR . PERMANÊNCIA COM FAMÍLIA BIOLÓGICA, INVIABILIDADE . INTERESSE DO MENOR, PREVALÊNCIA.....230

PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA . TIPICIDADE, DÚVIDA . AÇÃO PENAL, TRANCAMENTO. 316

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. EXECUÇÃO, ACORDO . PARCELAMENTO DE DÍVIDA . OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA, SUBSTITUIÇÃO 42

PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ . CONFLITO DE COMPETÊNCIA . CONFLITO DE LEIS NO TEMPO . TEMPUS REGIT ACTUM.....292

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ. MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . EXONERAÇÃO DE SERVIDOR, NULIDADE . REQUISITOS DO EDITAL, NÃO-PREENCHIMENTO 332

PROCESSO ELEITORAL EM ASSOCIAÇÃO . AÇÃO ANULATÓRIA . ILEGITIMIDADE ATIVA DA REPRESENTANTE . EXTINÇÃO DO FEITO....37

PROFESSOR DA REDE PÚBLICA . DANO MORAL . AGRESSÃO MORAL E FÍSICA . ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO.....132

PROJETO ARQUITETÔNICO . DIREITO AUTORAL . COAUTORIA . PARTICIPAÇÃO COMPROVADA. 120

PROMESSA DE COMPRA E VENDA . INEXECUÇÃO CONTRATUAL . DANO MORAL, DESCABIMENTO. 168

PROVENTOS DE APOSENTADORIA . SERVIDOR APOSENTADO . ALTERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, IMPOSSIBILIDADE.....183

Q

QUEBRA DE PORTA DE VIDRO EM HOSPITAL . HABEAS CORPUS . DANO QUALIFICADO . LIBERDADE PROVISÓRIA, CONCESSÃO.....323

R

RECÉM-NASCIDO COM ICTERÍCIA . RESPONSABILIDADE CIVIL . ERRO MÉDICO . DANO MORAL E MATERIAL. 91

REGIME DE BENS . CASAMENTO . MODIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE . CÓDIGO CIVIL DE 2002, INAPLICABILIDADE. 205

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS . ACORDO EM AUDIÊNCIA . AMPLIAÇÃO, POSSIBILIDADE.....149

RELAÇÃO SOCIETÁRIA, INDÍCIOS . SOCIEDADE ANÔNIMA . ACERVO PROBATÓRIO, FRAGILIDADE. 111

REPARAÇÃO DE DANO, DESCABIMENTO . CONTA CONJUNTA, MOVIMENTAÇÃO . SOLIDARIEDADE ATIVA. 188

REQUISITOS DO EDITAL, NÃO-PREENCHIMENTO . MANDADO DE SEGURANÇA, CONCESSÃO . EXONERAÇÃO DE SERVIDOR, NULIDADE . PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ.....332

RESERVA DE VAGA. MANDADO DE SEGURANÇA . CONCURSO PÚBLICO . VISÃO MONOCULAR 356

RESPONSABILIDADE CIVIL . ERRO MÉDICO . RECÉM-NASCIDO COM ICTERÍCIA . DANO MORAL E MATERIAL.....91

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL . TRANSAÇÃO . EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO, IMPROCEDÊNCIA.....56

S

SEGURO OBRIGATÓRIO . ACIDENTE AÉREO . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INVIABILIDADE . VALOR DA PENSÃO MENSAL, MAJORAÇÃO. 29

SERVIDOR APOSENTADO . PROVENTOS DE APOSENTADORIA . ALTERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, IMPOSSIBILIDADE. 183

SERVIDOR PÚBLICO, READAPTAÇÃO . CARGO SEM EQUIVALÊNCIA SALARIAL, EFEITOS . DIFERENÇA REMUNERATÓRIA, GARANTIA . ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO, VEDAÇÃO. 74

SOCIEDADE ANÔNIMA . RELAÇÃO SOCIETÁRIA, INDÍCIOS . ACERVO PROBATÓRIO, FRAGILIDADE. 111

SOLIDARIEDADE ATIVA. REPARAÇÃO DE DANO, DESCABIMENTO . CONTA CONJUNTA, MOVIMENTAÇÃO 188

SUCESSÃO EMPRESARIAL, FRAUDE . EFEITOS DA FALÊNCIA, EXTENSÃO . ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. 19

SUSPENSÃO PELO STF, EFICÁCIA . LEI DE IMPRENSA . CÓDIGO PENAL, APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. 240

T

TEMPUS REGIT ACTUM. CONFLITO DE COMPETÊNCIA . PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ . CONFLITO DE LEIS NO TEMPO 292

TIPICIDADE, DÚVIDA . PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA . AÇÃO PENAL, TRANCAMENTO. 316

TRANSAÇÃO . RESPONSABILIDADE CONTRATUAL . EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO, IMPROCEDÊNCIA. 56

TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS . APREENSÃO DO VEÍCULO, LEGALIDADE . MULTA, APLICAÇÃO. 219

TRIBUNAL DO JÚRI . HOMICÍDIO PRIVILEGIADO . VIOLENTA EMOÇÃO . INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. 283

U

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, ADMISSIBILIDADE . DÉBITOS CONDOMINIAIS, COBRANÇA . DOCUMENTOS UNILATERAIS . AÇÃO MONITÓRIA, CABIMENTO. 384

V

VALOR DA PENSÃO MENSAL, MAJORAÇÃO. ACIDENTE AÉREO . SEGURO OBRIGATÓRIO . ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INVIABILIDADE 29

VIOLENTA EMOÇÃO . TRIBUNAL DO JÚRI . HOMICÍDIO PRIVILEGIADO . INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. 283

VISÃO MONOCULAR . MANDADO DE SEGURANÇA . CONCURSO PÚBLICO . RESERVA DE VAGA. 356

———— • ————

SUGRA
SUBSECRETARIA DE SERVIÇOS GRÁFICOS

Esta obra foi composta, impressa e encadernada pela
Subsecretaria de Serviços Gráficos do TJDFT,
Área Especial nº 8, Lote "F", 70.070-680, Guará II, Brasília-DF,
com uma tiragem de 600 exemplares.