ISSN 0101.8868

Revista de Doutrina e Jurisprudência

Maio/Ago.
2009

90

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, (90): 01-440, mai./ago. 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, Bloco A, Ala C, Sala 404
CEP: 70094-900 - Brasília-DF
Fone: (61) 3343-5909
Fax: (61) 3343-7001 (Ramal 5902)

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. Silvanio Barbosa dos Santos

Composição:
Des. Roberval Casemiro Belinati
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 C. Lopes Júnior
Des. J. J. Costa Carvalho
Desa. Maria Beatriz Parrilha
Des. Sérgio Bittencourt
Des. Fernando Habibe

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Presidente da Câmara:
Desa. Nídia Corrêa Lima

Composição:
Des. Dácio Vieira
Des. Romeu Gonzaga Neiva
Desa. Haydevalda Sampaio
Des. Mário-Zam Belmiro
Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Des. Lecir Manoel da Luz
Des. João Mariosi

PRIMEIRA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Lécio Resende

Composição:
Des. Natanael Caetano
Des. Flavio Rostirola
Desa. Vera Andrighi

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. João Mariosi

Composição:
Des. Mário-Zam Belmiro
Desa. Nídia Corrêa Lima
Des. Humberto Adjuto Ulhôa

QUARTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Desa. Maria Beatriz Parrilha

Composição:
Des. Cruz Macedo
Des. Sérgio Bittencourt
Des. Fernando Habibe

QUINTA TURMA CÍVEL

Presidente da Turma:
Des. Lecir Manoel da Luz

Composição:
Des. Dácio Vieira
Des. Romeu Gonzaga Neiva
Desa. Haydevalda Sampaio

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 31 de agosto 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 Cordeiro Lopes 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

A sucessão legítima do cônjuge no Novo Código Civil
Wagner Junqueira Prado 13

O princípio da cooperação processual e a nova redação do art. 265 do CPP
Pedro de Araújo Yung-Tay Neto 29

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça do Distrito Federal 39

ÍNDICES

Numérico dos Acórdãos 419
Alfabético 427

Doutrina

A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Wagner Junqueira Prado (*)

RESUMO: O presente artigo pretende fornecer uma solução para a maioria dos problemas práticos envolvendo a sucessão legítima do cônjuge no Novo Código Civil brasileiro, através de uma interpretação holística da legislação que procure refletir a coerência do direito sucessório como um todo, ao invés de procurar obter uma interpretação de cada dispositivo isoladamente, dissociada de uma visão geral, o que poderia conduzir a soluções ilógicas ou desvinculadas dos princípios sucessórios elementares expressos no próprio Código Civil.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, trouxe diversas novidades em relação ao tema da sucessão legítima do cônjuge.

O cônjuge sobrevivente que, na vigência do Código Civil anterior (Lei nº 3.071/1916), herdava apenas na ausência de descendentes e ascendentes do falecido, passou a ser herdeiro necessário e a concorrer com os descendentes ou ascendentes à herança. A participação do cônjuge como herdeiro, todavia, restou condicionada a certos fatores, como veremos no decorrer deste trabalho.

Os dispositivos legais que trouxeram tais novidades, entretanto, apresentam muitas dificuldades interpretativas, gerando diversas dúvidas, o que complica sobremaneira o processo de inventário e partilha, principalmente após o art. 982 do Código de Processo Civil ganhar nova redação, dada pela Lei nº 11.441/2007, passando a permitir que o inventário e a partilha sejam realizados extrajudicialmente, desde que não haja testamento e todos os herdeiros sejam capazes e estejam concordes.

Apesar dos numerosos trabalhos doutrinários existentes a respeito da matéria, não se pretende aqui realizar uma compilação das diferentes opiniões esboçadas pelos seus autores, seja para apoiar-se nelas, seja para refutá-las. A idéia é, ao contrário, obter uma interpretação própria, com base exclusivamente na legislação, mas que procure refletir uma coerência do direito sucessório legislado como um todo. Isso explica a carência de referências bibliográficas sobre obras doutrinárias que tratem do direito das sucessões.

(*) Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Juiz de Direito no Distrito Federal.

No presente trabalho, nosso objetivo é buscar uma interpretação coerente e que contemple uma visão holística do direito das sucessões em vigor, ao invés de procurar obter uma interpretação meramente individual de cada dispositivo isoladamente, dissociada de uma visão geral, o que poderia conduzir a soluções ilógicas ou desvinculadas dos princípios sucessórios elementares expressos no próprio Código Civil[1]. Dessa forma, esperamos enfrentar as dificuldades existentes na legislação (que não são poucas) e fornecer uma solução para a maioria dos problemas práticos envolvendo a sucessão legítima do cônjuge no Novo Código Civil.

2. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Inicialmente, vejamos os dizeres dos dois primeiros artigos do Capítulo I do Título II do Livro V da Parte Especial do Novo Código Civil:

> "Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
> III - ao cônjuge sobrevivente;
> IV - aos colaterais.
> Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente".

1 *Segundo Ronald Dworkin, "temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido" (O império do direito, p. 213). Ao defender a integridade no direito, Dworkin esclarece que a integridade na legislação restringe aquilo que nossos legisladores podem fazer ao expandir ou alterar nossas normas, e que a integridade na deliberação judicial requer que nossos juízes tratem nosso sistema de normas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, e que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas (idem, p. 261). Para ele, "a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que... a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes" (idem, pp. 261-262).*

Apesar da ordem dos dispositivos no Código, é conveniente iniciar a nossa análise pelo art. 1830. Ele estipula que o cônjuge sobrevivente, separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos do cônjuge falecido ao tempo de sua morte (exceto quando a convivência se tornou impossível sem culpa sua), não tem direito sucessório, mesmo na ausência de descendentes e ascendentes (hipótese em que devem herdar os colaterais). Portanto, o cônjuge sobrevivente, para participar da sucessão legítima, não pode estar (1) separado judicialmente do autor da herança nem (2) separado de fato há mais de dois anos ao tempo da morte de seu consorte.

Apesar do art. 1.830 fazer referência apenas à separação judicial, o art. 1.124-A do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.441/2007, permite que a separação consensual, não havendo filhos menores ou incapazes, seja feita extrajudicialmente. A coerência do sistema exige, portanto, que também não seja reconhecido direito sucessório ao cônjuge separado extrajudicialmente, por escritura pública.

Evidentemente, a prova da separação (judicial ou extrajudicial) se faz através da certidão de casamento com a separação averbada. Já a prova do tempo de separação de fato é mais problemática, e pode ser feita documentalmente (por exemplo, através da comprovação de que houve ajuizamento de ação de alimentos por um dos cônjuges contra o outro, motivado pela separação de fato) ou através de testemunhas.

Cabe aos descendentes ou aos ascendentes, nos casos dos incisos I e II do art. 1.829, e aos colaterais, no caso de inexistência de descendentes e ascendentes do falecido (inciso III do art. 1.829), arguir a ausência de direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Tal alegação deve ser formulada na própria petição inicial do inventário, nas primeiras declarações do inventariante (art. 993 do Código de Processo Civil) ou em forma de impugnação, nos termos do art. 1.000 do Código de Processo Civil, após as primeiras declarações. Os colaterais, que a princípio não são citados para o inventário (art. 999 do mesmo diploma legal), exceto se o inventário for promovido por um deles, ainda poderão, a qualquer tempo, desde que antes da partilha, caso o inventário seja promovido pelo cônjuge sobrevivente, pedir a sua admissão no inventário nos termos do art. 1.001 do Código de Processo Civil.

Em caso de impugnação nos termos do art. 1.000 ou de pedido dos colaterais de admissão no inventário nos termos do art. 1.001 do diploma processual, deve o magistrado ouvir a respeito o inventariante e o cônjuge sobrevivente, designar audiência para colher a prova testemunhal, caso haja necessidade, e depois decidir acerca da impugnação ou do pedido. Cabe ao cônjuge sobrevivente, em sua manifestação e sendo o caso, alegar e comprovar documentalmente (ou arrolar

testemunhas), na hipótese de mera separação de fato, que a convivência se tornou impossível sem culpa sua.

Observe-se que a alegação de inexistência de direito sucessório do cônjuge sobrevivente não constitui matéria de alta indagação, devendo sempre ser decidida nos próprios autos do inventário, seja porque a separação judicial ou de fato pode ser comprovada documentalmente, seja porque quando a existência e data da separação de fato tiverem que ser comprovadas por testemunhas, a prova oral a ser produzida é bastante simples. Da mesma maneira, havendo alegação do cônjuge sobrevivente, em caso de mera separação de fato, de que a convivência se tornou impossível sem culpa sua, ainda que a prova não possa ser feita documentalmente, a prova oral a respeito também é de simples produção. Não há necessidade, portanto, de remessa da questão aos meios ordinários.

No sistema anterior, o cônjuge era apenas meeiro, jamais concorrendo na sucessão com os descendentes ou ascendentes do autor da herança. Segundo o art. 1.611 do Código Civil anterior (Lei nº 3.071/1916), o cônjuge era herdeiro legítimo apenas na ausência de descendentes e ascendentes, se ao tempo da morte do outro não estava dissolvida a sociedade conjugal[2], hipótese em que lhe cabia a totalidade da herança. Mas não era herdeiro necessário. Por essa razão, e na ausência de descendentes e ascendentes, o testador podia excluí-lo da herança testando todo o seu patrimônio.

No novo Código Civil, passando o cônjuge a ter o *status* de herdeiro necessário (art. 1.845), e concorrendo na sucessão com os descendentes ou ascendentes do falecido (art. 1.829, incisos I e II), houve a necessidade de se estipular outra hipótese em que não se reconhece direito sucessório ao cônjuge sobrevivente: a da separação de fato. É que, no Brasil, principalmente nas comunidades mais carentes e com maior dificuldade de acesso à justiça, é muito comum a pessoa permanecer separada de fato de seu cônjuge por longo período (até mesmo por décadas) sem providenciar o divórcio, mesmo depois de formar outro núcleo familiar, através da união estável. Evidentemente que, em casos tais, não seria coerente permitir que o cônjuge figurasse como herdeiro legítimo, pois inexistente qualquer vínculo afetivo entre ele e o autor da herança. Se o relacionamento (vida afetiva) do casal já estava rompido, seja pela separação judicial, seja pela separação de fato, há necessidade realmente de exclusão da qualidade de herdeiro do cônjuge.

Todavia, andou mal o legislador ao exigir, para exclusão do direito sucessório do cônjuge, uma separação de fato por prazo superior a dois anos. Entendemos que seria mais coerente estabelecer simplesmente a separação

2 *Nos termos do art. 2º da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.*

de fato, sem qualquer prazo. É que, nos termos do art. 1.723, § 1º, do Novo Código Civil, mesmo casada, mas estando separada judicialmente ou de fato (independentemente de qualquer prazo), a pessoa pode constituir união estável. Portanto, no sistema em vigor, é possível que alguém, separado de fato do cônjuge há menos de dois anos, constitua união estável com terceiro, vindo posteriormente a falecer. Nessa hipótese, o texto legal do art. 1.830 permite ao cônjuge sobrevivente pleitear a qualidade de herdeiro, ao mesmo tempo em que o companheiro, nos termos do art. 1.790 do mesmo diploma legal, também está autorizado a herdar.

Não há coerência em se permitir que essas duas pessoas (cônjuge e companheiro) figurem como herdeiros ao mesmo tempo, já que, antes de seu falecimento, o autor da herança não tinha mais vínculo afetivo com seu cônjuge, em virtude da separação de fato, vínculo esse que, à época de sua morte, existia somente em relação ao companheiro. Em nosso entender, se existe união estável com terceiro posterior à separação de fato do cônjuge, independentemente do prazo dessa separação de fato, por uma questão de coerência e integridade no direito, o cônjuge perde a qualidade de herdeiro legítimo necessário, devendo participar do inventário apenas na qualidade de meeiro dos bens comuns, adquiridos anteriormente à separação de fato. O companheiro, além de meeiro dos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável (em virtude do regime de bens adotado na hipótese, por força do art. 1.725 do Código Civil), figuraria como herdeiro desses mesmos bens, nos termos do art. 1.790 do Código Civil. Do contrário, teríamos que aceitar a abusiva hipótese do cônjuge sobrevivente herdar parte dos bens adquiridos onerosamente pelo autor da herança na vigência de união estável posterior à separação de fato (bens particulares do falecido, em relação ao cônjuge; porém, bens comuns, em relação ao companheiro)[3]. Na inexistência de união estável posterior à separação de fato, todavia, permanece o cônjuge sobrevivente com direito sucessório, se no momento do óbito o tempo de separação de fato não era superior a dois anos.

Também não se houve bem o legislador ao permitir ao cônjuge separado de fato manter o direito sucessório quando não tiver culpa na separação de fato. É que, se nem mesmo na ação de separação judicial se permite atualmente a perquirição da culpa, também não faz sentido a apuração da culpa exclusivamente para fins sucessórios. Estaria melhor o art. 1.830 se se limitasse a estabelecer a separação de fato como causa de exclusão do direito sucessório do cônjuge, sem abordar a questão da culpa do cônjuge supérstite.

3 *Esta passagem será melhor compreendida após a leitura do item 3.*

Possuindo o cônjuge sobrevivente direito sucessório, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, além da meação decorrente do regime de bens do casamento, ele ainda poderá figurar como herdeiro necessário[4], em concorrência com os descendentes ou ascendentes do autor da herança.

3. O CÔNJUGE SOBREVIVENTE CONCORRENDO COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO

Voltemo-nos agora ao art. 1.829 e seu inciso I do Código Civil.

Segundo tais dispositivos, a sucessão legítima defere-se primeiramente aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, desde, é claro, que o cônjuge possua direito sucessório, nos termos do já analisado art. 1.830. O inciso I do art. 1.829, porém, traz outros requisitos para que o cônjuge supérstite possa herdar, ao excluí-lo da sucessão quando: (1) casado com o falecido sob o regime da comunhão universal; (2) casado com o falecido sob o regime da separação obrigatória de bens; (3) casado com o falecido sob o regime da comunhão parcial, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares.

As duas primeiras hipóteses não comportam maior debate. No regime da comunhão universal, comunicam-se todos os bens adquiridos pelos cônjuges, antes ou depois do casamento (art. 1.667 do Código Civil). Assim, como o cônjuge supérstite já é meeiro de todos os bens adquiridos pelo falecido, ainda que anteriormente ao casamento, não há necessidade de protegê-lo na sucessão, atribuindo-lhe quinhão na herança, pois de qualquer maneira ele já é detentor de metade do patrimônio total do casal. Já no regime da separação obrigatória de bens, aplicável nas hipóteses de (1) casamento contraído com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, (2) casamento de pessoa maior de 60 anos e (3) casamento de pessoa que dependeu de suprimento judicial (art. 1.641 do Código Civil), é a própria lei que obriga os contraentes a administrarem com exclusividade os seus bens particulares, adquiridos anteriormente ao casamento (art. 1.687 do Código Civil). Assim, não seria coerente, na dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges, que o outro pudesse herdar parte do patrimônio particular do falecido, já que o regime da separação obrigatória de bens tinha o objetivo oposto, ou seja, impedir que os bens particulares de um cônjuge se comunicassem ao patrimônio do outro. Vale ressaltar que o inciso I do art. 1.829 fez remissão equivocada ao art. 1.640, parágrafo único, já que as hipóteses de obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens estão descritas, na verdade, no art. 1.641 do Código Civil.

---

4 *Conforme esclareceremos no item 5, não nos parece correto incluir o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, já que sua qualidade de herdeiro depende de outros fatores, não aplicáveis aos demais herdeiros necessários (descendentes e ascendentes).*

Estranhamente, ao excluir expressamente da qualidade de herdeiro, em concorrência com os descendentes, o cônjuge supérstite casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens, o art. 1.829, inciso I, permite que o cônjuge casado sob tal regime não em virtude de obrigação legal, mas por opção do casal (separação convencional de bens), ocupe a qualidade de herdeiro. É uma incongruência da lei, já que, se o próprio Código Civil, em seu art. 1.640, parágrafo único[5], permite que os contraentes optem pelo regime da separação de bens, não deveria agora, após a morte de um dos cônjuges, aquinhoar o outro com parte na herança, em concorrência com os descendentes, já que isso obviamente contraria o objetivo do casal ao optar por aquele regime. Não cabe aqui, todavia, qualquer interpretação restritiva que possa prejudicar o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, sendo recomendável, no entanto, alteração legislativa que venha a suprimir a palavra "obrigatória" no inciso I do art. 1.829, a fim de melhorar a coerência do sistema.

O ponto nevrálgico é, sem dúvida, a situação do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial. Lembre-se que, no Brasil, na quase totalidade dos casamentos celebrados a partir da vigência da Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que modificou o art. 258 do Código Civil de 1916[6], foi adotado o regime da comunhão parcial. O Novo Código Civil continua adotando o regime da comunhão parcial como regime legal de bens, na ausência de estipulação em contrário pelos cônjuges[7].

De acordo com o art. 1.829, inciso I, e apesar da péssima redação do dispositivo, acreditamos que o fator mais importante a ser analisado não é a estranha pontuação utilizada pelo legislador, mas sim a finalidade da norma, que é, sem dúvida, proteger o cônjuge sobrevivente em determinada situação, aumentando-lhe o patrimônio através da atribuição de quinhão na herança.

A melhor interpretação, portanto, é a de que o cônjuge supérstite, casado com o autor da herança sob o regime da comunhão parcial, e desde que possua direito sucessório (art. 1.830), só concorre à herança com os descendentes caso o falecido tenha deixado bens particulares. Evidentemente, na ausência de bens particulares do falecido, não é necessário atribuir ao viúvo o *status* de herdeiro, pelas mesmas razões já expostas quando tratamos do regime da comunhão universal: é

5 *"Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula..."*

6 *Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.*

7 *Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.*

que a meação do cônjuge sobrevivente, nesse caso, já é equivalente à metade de todos os bens do casal (ou até superior, caso ele próprio possua bens particulares), não havendo necessidade de protegê-lo na sucessão. Ao contrário, havendo bens particulares do falecido (adquiridos anteriormente ao casamento, ou recebidos em virtude de doação ou sucessão), e sendo tais bens de valor significativo, a meação do cônjuge supérstite será proporcionalmente pequena em relação à totalidade dos bens do casal. Nessa hipótese, é perfeitamente justificável a intenção da lei de aquinhoar o cônjuge sobrevivente, como forma de proteção patrimonial, evitando que ele permaneça apenas com a sua meação, que poderia ser, comparada ao patrimônio total do casal, ínfima ou desproporcional, incapaz de manter o seu padrão de vida após a viuvez. Por outro lado, todavia, caso os bens particulares deixados pelo autor da herança sejam de pequeno valor, em comparação com o montante dos bens pertencentes ao casal, ou se, ao contrário, é o viúvo quem possui bens particulares de valor significativo, o cônjuge sobrevivente ficará em vantagem despropositada na partilha dos bens, ao figurar como meeiro e herdeiro, ainda que ausente qualquer necessidade protetiva, em prejuízo, portanto, dos descendentes, que terão seu quinhão reduzido injustamente. Esse, infelizmente, é o preço a pagar pela fórmula açodada que o legislador adotou, e cujo objetivo é aumentar o amparo patrimonial do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial, mas que pode, em certos casos, aumentar indevidamente o patrimônio de quem não precisa dessa proteção. Caberá, portanto, à jurisprudência, nos casos em que a aplicação do dispositivo venha provocar uma situação contrária à pretendida pela finalidade da norma, optar pela sua não utilização, a fim de manter a coerência e integridade do sistema.

Apesar da redação do dispositivo exigir que o falecido tenha deixado "bens particulares" (no plural), entendemos que, por uma questão de coerência do sistema, basta que o falecido tenha deixado um único bem particular para que o cônjuge supérstite, casado sob o regime da comunhão parcial, possa concorrer à sucessão com os descendentes. Observe-se que um único bem particular autor da herança pode ter valor superior à totalidade dos aquestos.

Nos demais regimes de bens (de participação final nos aquestos ou dotal, este último no caso de casamento celebrado sob a vigência do antigo Código Civil), o cônjuge, possuindo direito sucessório (art. 1.830), é sempre herdeiro em concorrência com os descendentes.

Evidentemente, e não havendo no art. 1.829 nenhuma restrição, o quinhão de herança do cônjuge sobrevivente, da mesma maneira que o dos demais herdeiros necessários, recai sobre a totalidade da herança, formada pela meação do falecido sobre os bens comuns do casal e pelos seus bens particulares, sobre os quais o viúvo não possui meação, em decorrência do regime de bens do casamento (de

comunhão parcial, de separação convencional, de participação final nos aquestos ou dotal, este último celebrado na vigência do Código Civil anterior).

A interpretação realizada por parte da doutrina, no sentido de que o quinhão do cônjuge supérstite não recai sobre a totalidade do monte, mas apenas sobre os bens particulares do falecido, não encontra amparo algum na lei. Todos os herdeiros legítimos, constantes do rol do art. 1.829, participam da partilha de todos os bens do espólio, à exceção dos legados. É o que prevê o art. 1.788 do Código Civil:

> "Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo".

Além disso, o art. 1.832 do Código Civil[8] estipula, como regra, que concorrendo com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Evidentemente, não será possível respeitar tal disposição atribuindo-se quinhão aos herdeiros sobre a totalidade dos bens passíveis de sucessão legítima e quinhão ao viúvo incidente apenas sobre parte daquele acervo (os bens particulares do falecido).

O art. 1.829 não formulou nenhuma exceção à regra geral, de que o quinhão recai sobre todos os bens não testados, que possa ser aplicada ao cônjuge sobrevivente. Pelo contrário, a referência do inciso I à existência de bens particulares do falecido serve apenas para conferir ao viúvo, casado sob o regime da comunhão parcial, a qualidade de herdeiro concorrente, jamais para limitar o quinhão do cônjuge, qualquer que seja o regime de bens do casamento (exceto, evidentemente, os da comunhão universal e da separação obrigatória de bens, em que o cônjuge não é herdeiro concorrente por expressa disposição legal), aos bens particulares deixados pelo autor da herança.

Entender o contrário seria permitir, por absurdo, que o companheiro pudesse vir a ter um tratamento mais afortunado que o cônjuge no tocante à herança[9] (quando os bens comuns totalizarem valor muito superior aos bens particulares do falecido), já que o quinhão daquele recai exclusivamente sobre os bens comuns (art. 1.790 do Código Civil). Por esse motivo também, entendemos que o quinhão

8 *Tal dispositivo será melhor analisado ao final deste item.*

9 *Recorde-se, aqui, que na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725 do Código Civil), o que já garante ao companheiro um tratamento igual ao da grande maioria dos casamentos na constituição do patrimônio comum.*

do cônjuge, casado sob regime de bens que lhe permita herdar concorrendo com os descendentes do falecido, deve incidir sobre todos os bens do espólio (comuns e particulares). Resta esclarecer que não estamos sustentando aqui que o cônjuge merece tratamento privilegiado em relação ao companheiro no tocante à sucessão, mas apenas buscando a interpretação mais coerente dentre as possíveis na hipótese. Desde a Constituição Federal de 1988, passando pelas Leis de nº 8.971/1994 e 9.278/1996, e agora pelo Novo Código Civil, a legislação tem buscado garantir, cada vez mais, os direitos daqueles que vivem em união estável. Se ainda não chegamos à situação ideal, ou se o Novo Código Civil acabou suprimindo direitos sucessórios anteriormente materializados nas Leis de nº 8.971/1994 e 9.278/1996, é possível sustentar que a legislação deve evoluir no sentido de equiparar a situação do companheiro à do cônjuge em relação aos direitos sucessórios. Não é possível, porém, a nosso ver, afirmar que, em determinadas situações, o companheiro pode receber tratamento privilegiado em relação ao cônjuge no tocante à sucessão, pois tal interpretação é portadora de inconfundível incoerência, seja do ponto de vista histórico, seja do ponto de vista sistemático, violando qualquer integridade que se pretenda atribuir ao sistema.

Por fim, vale acrescentar que o legislador atribuiu ao cônjuge supérstite não somente a condição de herdeiro concorrente com os descendentes (art. 1.829, inciso I), mas também a condição de herdeiro necessário (art. 1.845). Dessa forma, não pode o intérprete trilhar o caminho de, como regra, privilegiar o interesse dos descendentes em relação ao do cônjuge (por exemplo, reduzindo o monte sobre o qual recai a herança do viúvo), sem que a lei expressamente o permita, sob pena de estar agindo na contramão do que pretendeu o legislador. Se for assim, melhor seria retornarmos ao sistema do Código Civil de 1916, em que o cônjuge, além de não ser considerado herdeiro necessário, somente herdava na ausência de descendentes e ascendentes, jamais concorrendo com eles à sucessão.

Situação bem diferente é a do companheiro que, nos termos do art. 1.790, também é herdeiro legítimo (apesar da estranha localização que o legislador deu a esse dispositivo), mas seu quinhão incide apenas sobre a meação do falecido nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Note-se, ainda, que como o companheiro não é herdeiro necessário (conforme o art. 1.845 do Código Civil), nada impede que o testador o exclua da sucessão legítima, dispondo da metade de seu patrimônio, se houver herdeiros necessários, ou da totalidade, não os havendo. Observe-se que, havendo herdeiros necessários, eles possuem direito, nos termos do art. 1.846 do Código Civil, à metade dos bens da herança (legítima). Se o testador dispôs da outra metade sem contemplar o companheiro, nada lhe caberá nos termos do art. 1.790, pois o companheiro não poderá ter quinhão incidindo

sobre a legítima dos herdeiros necessários, sob pena de redução da legítima e violação ao art. 1.846.

Essa é a solução apresentada pela conjugação dos arts. 1.790, 1.845 e 1.846 do Código Civil. Não foi boa, todavia, a opção legislativa. Seria melhor se o legislador, suprimindo o art. 1.790, incluísse o companheiro no art. 1.829, tratando cônjuge e companheiro da mesma maneira no tocante à sucessão legítima.

Não é recomendável, todavia, a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários constante do art. 1.845, mas sim a retirada dessa qualidade do cônjuge, pelas razões que ainda teremos oportunidade de expor[10]. O tema da sucessão legítima do companheiro, todavia, é matéria para outro trabalho.

Sobre o tema deste item, resta analisar o art. 1.832 do Código Civil, que dispõe:

> "Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer".

A regra, portanto, é de que cabe ao cônjuge sobrevivente a mesma fração da herança atribuída aos demais herdeiros que sucedem por direito próprio (por cabeça). Assim, concorrendo com filhos do falecido (sejam também filhos seus ou não), caberá ao cônjuge ¼ da herança, havendo três filhos, 1/3 da herança, havendo dois filhos, e metade da herança, havendo apenas um filho.

Por exceção, a parte final do dispositivo atribuiu ao cônjuge supérstite uma quota mínima de ¼ da herança, desde que ele seja ascendente de todos os herdeiros com que concorrer, ou seja, desde que não existam descendentes exclusivos do falecido concorrendo à sucessão. Nesse caso, havendo quatro filhos do casal, caberá ¼ da herança ao cônjuge, e 3/16 a cada um dos filhos; havendo cinco filhos do casal, caberá ¼ da herança ao cônjuge, e 3/20 a cada um dos filhos; havendo seis filhos do casal, caberá ¼ da herança ao cônjuge, e 3/24 a cada um dos filhos; e assim sucessivamente.

Havendo, todavia, pelo menos um descendente exclusivo do falecido, não se podendo aplicar a exceção, aplica-se a regra geral da primeira parte do artigo. Não comungamos, portanto, da opinião de que o legislador esqueceu-se de prever a hipótese de existência de descendentes comuns e exclusivos do autor da herança concorrendo com o cônjuge supérstite à sucessão. Na verdade, o art. 1.832 é bastante claro ao atribuir, por exceção, uma quota mínima da herança

10 Vide item 5 deste trabalho.

ao viúvo somente na hipótese de concorrência à sucessão exclusivamente com descendentes comuns, não se podendo falar em quota mínima do cônjuge quando houver pelo menos um descendente exclusivo do falecido, restando ao cônjuge, nessa hipótese, a aplicação da regra geral, atribuindo-lhe quota igual a dos herdeiros que sucederem por cabeça.

É princípio básico do direito sucessório que os herdeiros que ocupam a mesma categoria devem receber o mesmo quinhão na herança. O Novo Código Civil, a respeito do tema, estipula:

> "Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes".

Esse dispositivo afasta, por absoluta incoerência com o sistema, qualquer interpretação que, garantindo uma fração mínima da herança ao cônjuge sobrevivente, permita que os descendentes comuns e os descendentes exclusivos do falecido, ocupantes da mesma classe (filhos, por exemplo), recebam quinhões desiguais.

Considerando, todavia, a possibilidade do testador destinar parte do patrimônio a título de sucessão testamentária, deve-se interpretar a palavra "herança", constante do art. 1.832, como sendo a parte da herança sujeita à sucessão legítima. Dessa maneira, a quota mínima do cônjuge, caso concorra exclusivamente com seus descendentes, não é a quarta parte da herança, mas sim a quarta parte do montante passível de sucessão legítima. Se aplicássemos aqui uma interpretação literal, tendo o falecido testado metade da herança, e cabendo ao cônjuge sobrevivente ¼ da mesma (25% do total da herança), restariam aos filhos comuns apenas ¼ do total, para ser entre eles dividido.

Em nossa opinião, não foi boa idéia estabelecer, ainda que por exceção, uma quota mínima em favor do viúvo. É que o número de descendentes comuns do casal é variável, de forma que é impossível ao legislador estabelecer uma quota fixa que reflita uma situação justa em qualquer hipótese. Seria melhor suprimir do art. 1.832 a parte final, ou seja, a exceção da quota mínima, mantendo exclusivamente a regra contida na primeira parte.

4. O CÔNJUGE SOBREVIVENTE CONCORRENDO COM OS ASCENDENTES DO FALECIDO

Inexistindo descendentes do autor da herança, o cônjuge sobrevivente possuidor de direito sucessório (nos termos do art. 1.830) concorre na sucessão com os ascendentes (arts. 1.829, inciso II, e 1.836, ambos do Novo Código Civil). Note-

se que, ao contrário da hipótese anterior (concorrência com os descendentes), o cônjuge supérstite agora herda qualquer que seja o regime de bens do casamento.

Nos termos do art. 1.837 do Código Civil, se concorrer com ascendente em primeiro grau (pais do falecido), caberá ao cônjuge sobrevivente um terço da herança. Porém, se houver um só ascendente, ou se for maior aquele grau (avós do falecido), caberá ao cônjuge metade da herança. Na última hipótese, a outra metade da herança ainda deverá ser dividida entre os ascendentes da linha paterna e da linha materna do falecido (art. 1.836, § 2º, do Novo Código Civil), à razão de 25% do espólio para cada linha (já que os outros 50% cabem ao cônjuge sobrevivente). Observe-se que a divisão aqui não é por cabeça entre os ascendentes de segundo grau ou superior, mas por linha. Apenas dentro de cada linha é que a divisão é por cabeça (por exemplo, entre o avô e a avó maternos).

Não existe direito de representação na classe dos ascendentes, de forma que o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, § 1º, do Novo Código Civil).

Não havendo descendentes nem ascendentes do falecido no momento da abertura da sucessão, ao cônjuge sobrevivente, desde que possua direito sucessório (art. 1.830 do Novo Código Civil), caberá a totalidade da herança (arts. 1.829, inciso III, e 1.838, ambos do mesmo diploma legal).

Se o cônjuge sobrevivente não tiver direito sucessório, a totalidade da herança caberá aos colaterais até o quarto grau (art. 1.839 do Código Civil).

5. O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Estipula o Novo Código Civil:

> "Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge".

É importante ressaltar que, apesar do teor do dispositivo, o cônjuge sobrevivente nem sempre é herdeiro necessário. Somente possuirá esse *status* o cônjuge que tiver direito sucessório[11] (art. 1.830) e, se concorrer com os descendentes do falecido (art. 1.829, inciso I), o regime de bens do casamento também o permitir[12]. Concorrendo, ao contrário, com ascendentes do falecido, e tendo direito sucessório, nos termos do art. 1.830, independentemente do regime de bens do casamento, o cônjuge será herdeiro necessário.

11 Vide item 2 deste trabalho.
12 Vide item 3 deste trabalho.

Portanto, não nos parece correto incluir o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, já que, para ser herdeiro, deverá ele preencher os requisitos dos arts. 1.829, inciso I, e 1.830 do Código Civil, requisitos esses que não se aplicam aos demais herdeiros necessários. Assim, os descendentes e ascendentes sempre terão assegurada a sua participação na sucessão legítima, enquanto que a concorrência do cônjuge fica condicionada a certos fatores. Assim, seria mais lógico e coerente excluir o cônjuge do art. 1.845, já que nem sempre ele poderá participar da sucessão legítima.

6. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A respeito do tema, o Novo Código Civil estipula que:

> "Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar".

Portanto, o cônjuge sobrevivente, possuindo direito sucessório ou não, e independentemente do regime de bens do casamento, tem o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único imóvel residencial do espólio. A finalidade do dispositivo é resguardar o cônjuge supérstite, garantindo-lhe a mesma moradia que possuía na constância do casamento após a partilha dos bens, evitando o seu desamparo. Todavia, se constar do espólio mais de um bem imóvel de natureza residencial, não haverá direito real de habitação em favor do viúvo.

Lamentavelmente, sendo omisso a respeito o art. 1.831, o direito real de habitação é conferido vitaliciamente ao cônjuge supérstite. Atualmente, seria recomendável estipular a cessação desse direito real em caso de novo casamento ou união estável do titular do benefício. Aliás, o art. 1.611, § 2º, do revogado Código Civil de 1916, já previa a limitação do direito real de habitação enquanto durasse a viuvez do cônjuge sobrevivente.

Note-se que o Novo Código Civil não concedeu o direito real de habitação ao companheiro. E não é possível invocar tal direito com base no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996, não revogada expressamente pelo Novo Código Civil.

A nosso ver, o Novo Código Civil, ao regulamentar integralmente a união estável no Título III do Livro IV da Parte Especial, ab-rogou as Leis de nº

8.971/1994 e 9.278/1996. A respeito do tema, estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942):

> "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
> § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Além disso, o inciso IV do art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998 estabelece que "o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa". O Novo Código Civil, evidentemente, não quis complementar as leis anteriores que tratavam da união estável, nem fez qualquer remissão expressa aos referidos diplomas legais.

Assim, como o Novo Código Civil regulamentou inteiramente a união estável nos arts. 1.723 a 1.727 e 1.790, estão revogados os diplomas legais anteriores que tratavam do mesmo tema. É bem verdade, todavia, que o Novo Código Civil deveria ter revogado expressamente as Leis de nº 8.971/1994 e 9.278/1996, como estipula o art. 9º da Lei Complementar 95/1998[13].

Reconhecemos, por fim, que seria recomendável incluir o companheiro na redação do art. 1.831 do Código Civil, garantindo-lhe tratamento igualitário ao cônjuge também no tocante ao direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, se for o único bem imóvel residencial a inventariar.

7. CONCLUSÃO

Ao tentar obter uma interpretação coerente do direito sucessório como um todo, e que esteja calcada exclusivamente na lei, chegamos, evidentemente, a algumas conclusões que podem ser contestadas por diversos motivos.

Para exemplificar, nossa opinião de que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial, herda sobre a totalidade da herança passível de sucessão legítima (e não apenas sobre os bens particulares do falecido) não reflete a posição majoritária na doutrina nacional.

---

13 "Art. 9º. A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas".

Esperamos, todavia, ter obtido a melhor interpretação que uma visão holística da legislação sucessória permitiria, considerando que, apesar de nossos esforços em realçar a integridade do sistema, diversas falhas legislativas, que foram abordadas em nossa exposição, dificultaram o nosso propósito. Isso nos levou, inclusive, a elaborar algumas sugestões de reforma, visando tornar a legislação mais coerente.

Não foi nossa intenção desconsiderar os trabalhos doutrinários já realizados, mas apenas produzir uma interpretação sob uma ótica diferente, que focasse não em cada dispositivo separadamente, mas que procurasse uma lógica no direito sucessório visto em seu conjunto, que encontrasse ali os seus princípios e os respeitasse, para que tais princípios viessem, depois, nos ajudar na interpretação de cada dispositivo individualmente. Por isso, deixamos de embasar nossas conclusões em trabalhos realizados por outros autores, procurando sempre realçar o fundamento legal.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 set. 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

_____. Lei nº 3.071, de 1º jan. 1916 (antigo Código Civil).

_____. Lei nº 6.515, de 26 dez. 1977 (Lei do Divórcio).

_____. Lei nº 8.971, de 29 dez. 1994.

_____. Lei nº 9.278, de 10 mai. 1996.

_____. Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002 (Novo Código Civil).

_____. Lei nº 11.441, de 4 jan. 2007.

_____. Lei Complementar nº 95, de 26 fev. 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 265 DO CPP

Pedro de Araújo Yung-Tay Neto (*)

Dispõe o art. 266 do Código de Processo Civil Português que *na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes* ***cooperar entre si****, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio*.[01]

Tal regra traduz o princípio da colaboração ou cooperação, que vem sendo objeto de estudo e aplicação em diversos países do velho continente, com especial destaque para a Alemanha (considerada por muitos como o local de origem do princípio), França e Portugal.

Para a doutrina mais tradicional, o dever de cooperação recíproca entre partes e Magistrados costuma subdividir-se em pelo menos quatro elementos essenciais: dever de prevenção, de esclarecimento, de consulta e de auxílio às partes.

Interessa-nos, por ora, e com especial relevo, o último elemento[02].

Por dever de auxílio tem-se entendido a necessidade de os atores processuais colaborarem, sempre que possível, para a eliminação (ou redução) das dificuldades existentes no curso das ações judiciais - cíveis ou criminais.

Pensando no atual processo penal brasileiro, uma das dificuldades com as quais os operadores já de há muito se deparam é a tentativa de conciliação da pauta de audiências judiciais com as agendas pessoais de advogados militantes.

Antes da mini-reforma de 2008, a legislação processual penal previa que *a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o Juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato* (art. 265).

A Lei Federal n. 11.719/08 incluiu dois parágrafos ao art. 265, passando a prever (§1º) que *a audiência* ***poderá*** *ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer e (§2º) que incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência*. Caso não o faça *o juiz não determinará o adiamento de ato*

(*) *Juiz de Direito titular da 2ª Vara Criminal de Ceilândia (DF). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais.*

Disponível em: <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>. Acesso em: 14 abr. 2009.

Para uma visão panorâmica sobre o tema, indicamos a leitura de artigo do procurador Walter Rosati Vegas Junior, "O princípio da cooperação e as questões de ordem pública. Uma visão da garantia do contraditório". Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1499, 9 ago. 2007.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10261>. Acesso em: 14 abr. 2009.

algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.

É comum na vida forense que prestigiados advogados sejam demandados a comparecer a inúmeras audiências em Juízos diversos espalhados nas Comarcas onde residem e também naquelas circunvizinhas.

No Distrito Federal, onde existem diversas Circunscrições Judiciárias espalhadas dentro da mesma Unidade Federativa, o problema parece se agravar, face à possibilidade de designação de audiências no mesmo dia da semana, mesmo horário e em Circunscrições com muitos quilômetros de distância.

Como solucionar a questão e evitar os sucessivos pedidos de adiamento ou redesignação de audiências?

Em homenagem ao Princípio da Cooperação, acreditamos que a consulta aos advogados, em audiência, acerca da melhor data para a continuação da audiência de instrução e julgamento, pode evitar inúmeros problemas.

Tal procedimento (solicitar aos dignos advogados que consultem suas agendas e, inclusive, entrem em contato telefônico com seus escritórios para que possam esclarecer as melhores datas para a realização de suas audiências) visa a evitar, justamente, futuros pedidos de adiamento de audiências, eis que muitas vezes - e não obstante a vontade pessoal do Juiz em procurar atendê-los - não é possível pautar toda a atividade jurisdicional em função da agenda pessoal dos dignos advogados.

Ademais, não haveria qualquer razão para o Magistrado parar a audiência, permitir às partes que consultem suas agendas e escritórios (via telefônica, inclusive) e atrasar as demais audiências se, após todo este procedimento, e após a intimação dos demais advogados, das vítimas e testemunhas em audiência (o que facilita, sobremaneira, os procedimentos cartorários), ainda precisasse remarcar novamente a audiência, com todas as dificuldades que isso representa tanto para o Judiciário (com a mobilização de um servidor para fazer as expedições, outro para encaminhá-las à Central de Mandados, um oficial de justiça para cumprir as diligências, gastos com papel, tinta para impressora, energia elétrica, combustível, etc.), quanto para as vítimas e testemunhas, para os demais advogados que também programam suas agendas, para os próprios réus, que têm direito constitucional à "Razoável Duração do Processo", além dos demais acusados que aguardam uma data para o encaixe de suas audiências.

Ou seja, o atendimento de 01 (um) único pedido de adiamento de pauta - em especial quando ausente qualquer motivo *justificável* para tanto - causa transtornos e prejuízos incalculáveis a todo o sistema de Justiça Criminal e, de modo particularmente gravoso, à própria sociedade e aos demais denunciados, razão pela qual parece importante tentar evitar tais problemas consultando, em audiência,

os Srs. Advogados, todas as vezes em que haja necessidade de designar nova data de audiência, procurando, sempre, conciliar as necessidades pessoais dos nobres Defensores com as possibilidades de pauta do Juízo (Princípio da Cooperação).

Conquanto possa parecer que a redesignação de uma audiência não provoque prejuízo imediato para os acusados, não há dúvidas de que desencadeia vários prejuízos para a sociedade.

Observe-se que - uma vez permitido às partes que consultem suas agendas pessoais antes da designação de audiência - o indeferimento do pedido de adiamento da audiência traduz-se em medida de profundo respeito do Poder Judiciário para com: a) a defesa dos demais denunciados (em hipóteses nas quais haja mais de um acusado), que, certamente, programou sua agenda e compromissos para estar presente à audiência marcada deixando, muitas vezes, de atender a outros eventuais clientes que poderiam tê-lo contratado; b) as vítimas e testemunhas arroladas, que também deixaram seus afazeres de lado e gastaram seus (geralmente escassos) recursos financeiros para comparecerem ao ato judicial, muitas vezes perdendo dia de serviço ou em prejuízo ao convívio de suas famílias; c) os Oficiais de Justiça e serventuários do Juízo, que se empenharam na confecção e cumprimento dos diversos mandados expedidos; d) o Erário, eis que além dos recursos humanos mobilizados para a realização do ato também foram gastos recursos públicos com papéis, impressoras, computadores, energia elétrica, combustível, dentre outros; e) os demais réus em ações penais que correm perante o Juízo, eis que a designação de um dia de audiência faz com que os demais processos tenham de aguardar data para que sejam marcados; bem como, e principalmente, para com os Princípios Constitucionais da Legalidade, Razoável Duração do Processo, Celeridade, Eficiência, Economia Processual e Cooperação, os quais se traduzem em alguns dos pilares modernos do atual Estado Democrático de Direito e são corolários lógicos do próprio Princípio da Ampla Defesa, a qual deve ser indistintamente garantida a todos os réus em ação penal, independentemente de serem acusados de fatos delitivos, em tese, praticados na carente periferia das cidades-satélites da Capital Federal ou acusados em processos de grande repercussão nacional.

Tendo em vista as inovações trazidas pela recente Lei Federal n. 11.719/2008, não localizamos jurisprudência firmada a respeito da nova redação do art. 265, e seus parágrafos, do Código de Processo Penal.

Contudo, o entendimento anterior - o qual acreditamos deva prevalecer quando observado o Princípio da Cooperação Processual - era no sentido de que o Juiz estava autorizado a indeferir o pedido de adiamento da audiência, devendo para tanto nomear defensor "*ad hoc*" para patrocinar a defesa do acusado, tudo nos termos do art. 265 do CPP. É o que se depreende dos seguintes julgados, *in verbis*:

> "A falta de comparecimento do defensor constituído à audiência para ela intimado, mesmo se motivada, não determina o adiamento do ato, devendo, ao réu, ser nomeado defensor substituto, como ocorrido - parágrafo único do art - 265 do CPP". (**TJDFT** - HBC516789, Relator CARNEIRO DE ULHOA, Turma Criminal, julgado em 02/10/1989, DJ 02/10/1989 p. 1).
>
> "A ausência do defensor do réu não importará adiamento de ato algum, devendo o juiz, pois, em casos tais, e no intuito de harmonizar o dever de realização da Justiça com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato. (Inteligência do artigo 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal). Ordem denegada. (**STJ** - HC 18.753/PE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04.12.2001, DJ 25.02.2002 p. 453).
>
> "Se o advogado do réu, devidamente intimado, não comparece à audiência de inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, não há que se falar em nulidade processual se o ato foi realizado na presença de defensor *ad hoc*, nos termos do art. 265, parágrafo único, do CPP (Precedentes). *Habeas corpus* denegado. (**STJ** - HC 62.817/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12.12.2006, DJ 26.02.2007 p. 623).
>
> "A ausência eventual do Advogado constituído, ainda que motivada, não importará em necessário adiamento da audiência criminal para a qual havia sido ele regularmente intimado. Em ocorrendo tal situação, deverá o magistrado processante designar um defensor *ad hoc*, vale dizer, nomear um Advogado para o só efeito do ato processual a ser realizado, a menos que, valendo-se da faculdade discricionária que lhe assiste, adie a realização da própria audiência". (**STF** - HC 73524/SP, Relator Min. CELSO DE MELLO, 1ª Turma, DJ 06.09.96, pp. 31851).

Em respeito ao Estado Democrático de Direito, ao Jurisdicionado e ao Erário e tendo em vista os altos custos da máquina pública com incontáveis remarcações de audiências, aderimos ao posicionamento de que, tendo o Magistrado cumprido com seu dever de cooperação, permitindo aos advogados consultarem suas agendas e entrarem em contato telefônico com seus escritórios, e tendo, todos, afirmado que poderiam comparecer no dia designado, cumpre ao Poder Judiciário indeferir qualquer pedido posterior de adiamento ou redesignação de data

(excetuando-se, obviamente, os imprevisíveis casos fortuitos e de força maior), tudo com fundamento no art. 265, §§1º e 2º, do CPP (com a nova redação dada pela Lei Federal n. 11.719/08) eis que diante da possibilidade dada, em audiência, às Defesas, de consultarem suas agendas e escritórios, não haveria motivo justificado que autorizasse qualquer adiamento.

———— • ————

Jurisprudência

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002003554-4

Agravante - M. Z. P. A.
Agravado - MPDFT
Relator - Des. Dácio Vieira
Quinta Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE - DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER E INSCRIÇÃO DE MENOR NO CADASTRO DE ADOÇÃO - MÃE QUE PADECE DE PROBLEMAS PSIQUIÁTRICOS - INTERESSE DO MENOR - IMPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Dácio Vieira - Relator, Esdras Neves - Vogal, Haydevalda Sampaio - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Haydevalda Sampaio, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida em sede de ação de desconstituição do poder familiar que determinou o imediato cadastramento da criança para adoção (decisão - fls. 78/79).

Sustenta a agravante que desde o final da gravidez vem sendo acompanhada pelo Juízo e que, "*apesar de não haver nenhum indício fundado que a agravante tem problemas psiquiátricos e psicológicos, somente relatos que induzam a tomar tal posicionamento, não houve por parte do Juízo* a quo, *o esgotamento de todos os meios possíveis para a mantença do menor no seio de sua família de origem*".

Alega que sua ausência na realização de exame psiquiátrico e psicológico não constitui motivo bastante para ensejar o cadastramento do menor para a adoção.

Pugna, assim, pelo provimento do recurso, para que seja reformada a decisão que determinou a inclusão do menor no cadastro de adoção.

O pedido de concessão de efeito suspensivo foi indeferido por decisão proferida por esta Relatoria (fl. 91).

Informações às fls. 101/102.

Acrescento que o Ministério Público, por meio da 4ª Promotoria de Justiça Cível e de Defesa dos Direitos Individuais Indisponíveis, Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude, oficiou no sentido da manutenção da suspensão liminar do poder familiar e pela revogação da determinação da criança no cadastramento de adoção.

É o relatório.

VOTOS

Des. Dácio Vieira (Relator) - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Insurge-se a agravante contra decisão interlocutória proferida em sede de ação de desconstituição do poder familiar, cujos fundamentos são os seguintes, *verbis*:

> "Cuida-se de pedido de destituição do poder familiar ajuizado pelo Ministério Público em desfavor de M. Z. P. A., genitora do infante I. O. P. A., nascido aos 30 de julho de 2007.
>
> Apesar dos esforços expendidos pela instituição, não existe possibilidade de reintegração familiar do abrigado, quer junto à genitora, pessoa agressiva e que aparenta, inclusive, ser portadora de distúrbios mentais, quer junto à família extensa, sendo que se encontra institucionalizado desde o seu nascimento.
>
> A genitora visitou apenas uma vez o filho, ameaçando os funcionários da instituição e, intimada por este Juízo e, ainda, pelo próprio IML, não compareceu à perícia psiquiátrica agendada para o dia 11.02.2008, tendo, em consequência, sido cancelada a perícia psicológica designada para o próximo mês de maio.
>
> A medida de abrigamento é excepcional e provisória, já estando a criança abrigada há sete meses, pelo que mostra-se visível a necessidade de se antecipar a tutela pleiteada.
>
> Evidente o abandono material e afetivo perpetrado pela genitora, concedo-a, suspendendo, liminarmente, o poder familiar de M. Z. P. A., com relação a seu filho I. O. P. A., com fulcro nos

> artigos 1.638, do Código Civil e 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
> Determino o imediato cadastramento da criança para adoção. À secção de Adoção para as providências cabíveis.
> Traslade-se para os autos da Pasta Especial, em apenso, cópia desta decisão.
> Oficie-se ao abrigo comunicando esta decisão, para que suspenda eventuais visitas e, bem assim, qualquer outra providência no sentido de reintegração familiar do abrigado.
> Traslade-se para estes autos cópia de fs. 46, da Pasta Especial.
> Expeça-se mandado de citação da requerida, devendo o oficial de justiça proceder na forma do art. 218 do CPC".

Como visto, o presente agravo de instrumento reporta-se a decisão proferida em Pasta Especial, da Vara da Infância e Juventude, tomada com base em requerimento, trazido por cópia às fls. 71/75, do Ministério Público do DF, de destituição do pátrio poder e imediato cadastramento da criança I. O. P. A. para adoção, tendo em vista que "*I. já está abrigado desde 13 de agosto de 2007 e até o momento não se vislumbra a mínima perspectiva de a situação da requerida ser modificada ou de os familiares biológicos virem a se organizar para cuidar do bebê ou mesmo da requerida*".

A d. Procuradoria de Justiça, citando a manifestação da Promotoria de Justiça, sustenta que "*a decisão de cadastramento para adoção, no caso, embora tenha a clara intenção de abreviar o período que a criança fica institucionalizada, carece de segurança jurídica quando não decorre de sentença que julga ação de destituição do poder familiar. Isto porque provoca uma solução antecipada da lide, usurpando o devido processo legal, que deve se dar com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Tratando-se de criança com menos de um ano de idade que é cadastrada para adoção, a decisão autoriza imediata entrega da criança para adotante que esteja cadastrado junto à Vara da Infância e da Juventude, gerando situação que dificilmente pode ser transformada sem que haja danos emocionais de toda ordem, quer para a criança, quer para os pretendentes à adoção, caso a ação de destituição do poder familiar não seja ao final procedente. Assim, trata-se de medida com efeitos irreversíveis. Isso se dá porque, havendo dispensa do estágio de convivência no caso de adotandos com menos de um ano de idade (parágrafo 1º, do artigo 46, do Estatuto da Criança e do Adolescente), estes, quando abrigados, costumam ser imediatamente entregues à família adotante. No presente caso, a medida provoca um tumulto processual, pois que o processo de adoção se interpõe no curso do processo de destituição do poder familiar.*

Em alguns casos, até se justifica a medida liminar de cadastramento para adoção, mas esses são os casos em que, por outros meios, normalmente pelo trâmite de pasta especial, a situação de abandono da criança já está suficientemente demonstrada".

O que se verifica do caso trazido nesta sede recursal é que, a pasta especial decorreu de encaminhamento do caso pelo Hospital Regional da Asa Sul, relatando que M. Z. encontrava-se em tratamento psiquiátrico, com nove meses de gestação.

Verifica-se que após o nascimento (decisão de fl. 31), foram mãe e filho encaminhados à entidade Auta de Souza, e após ao Lar da Criança Padre Cícero, sendo certo que ambas as instituições informaram da impossibilidade desta permanência naqueles abrigos, tendo em vista a agressividade da mãe, "*baixo nível de compreensão", "mudança de humor constante" (fls. 32/33 e 49/50).*

Importa considerar, *in casu*, as informações prestadas pelo Juízo, em face deste recurso, *verbis*:

> "A agravante passou a ser acompanhada por este Juízo desde o final da gravidez, sendo que a criança encontra-se abrigada dede 13 de agosto de 2007, posto que frustradas as tentativas de mantença de mãe e filho em abrigo e do desinteresse da família extensa em responsabilizar-se por ambos.
> Não se logrou êxito, inclusive, em realizar uma avaliação psicológica e psiquiátrica da agravante, que demonstra, por suas atitudes, ser portadora de distúrbios de comportamento, em razão do seu não comparecimento, apesar de regularmente intimada".

Com esta moldura fática a situação do menor, hoje com quase dois anos de idade mostrou-se irreversível, prorrogando-se ao longo do tempo, institucionalizada desde o seu nascimento em 30 de julho de 2007, sendo certo que, foram levadas a efeito todas as possibilidades de manutenção da criança em companhia da mãe, a demonstrar o acerto da decisão aqui desafiada.

Consabidamente, a destituição do poder familiar e a consequente inclusão do menor no cadastro de adoção constituem medidas extremas que somente deverão ser levadas a efeito após exauridas todas as possibilidades de sua permanência com a família biológica. Como visto linhas volvidas, não há interesse da família extensa em acolher mãe e filho; a mãe não se submete a tratamento e o menor encontra-se em abrigo desde o seu nascimento.

Em casos como o presente, o norte a ser seguido é aquele que direciona para a proteção do menor, sendo esta a orientação hodierna dominante:

> "ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ADOÇÃO - PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR. Se restou demonstrado que a genitora do menor não se desincumbiu dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar, deve ser mantida a r. sentença que julgou procedente o pedido de adoção em favor do casal que, desde os primeiros meses de vida da criança, vem lhe proporcionando carinho e condições para o seu pleno desenvolvimento" (APE 20050130056782, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Bittencourt, DJ 13-11-2007, pág. 125).
> ADOÇÃO - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - SITUAÇÃO CONSOLIDADA NO TEMPO - DESINTERESSE DA MÃE BIOLÓGICA.1 - No processo de adoção, o interesse do menor deve prevalecer, principalmente quando a situação da adotanda perdura no tempo, não possuindo ela vínculo afetivo com a mãe biológica, reconhecendo os adotantes como seus pais.2 - A falta de interesse da mãe biológica é patente, mormente por ter se desinteressado pelo processo, tanto que se encontra em local ignorado e nada fez para reatar os laços com a criança, sendo evidente o abandono material e afetivo. 3 - Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (20030130048740APE, Relator HAYDEVALDA SAMPAIO, 5ª Turma Cível, julgado em 05/12/2007, DJ 21/02/2008 p. 1500)
> "CIVIL. ADOÇÃO. PÁTRIO PODER. ABANDONO. LIMITAÇÕES. PROBLEMAS EMOCIONAIS E DEPENDÊNCIA ALCOÓLICA. BEM-ESTAR DA ADOTANDA.I. A adoção de menor abandonada pelos genitores quando recém-nascida é medida apta a garantir a sua criação afetiva e moral, promovendo-lhe o necessário bem-estar familiar, mormente quando se comprova que os pais biológicos possuem limitações de ordem psiquiátrica e dependência alcoólica. II. Negou-se provimento ao recurso. (20060130005306APE, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 12/03/2008, DJ 02/04/2008 p. 95)

Ora, evidente, ainda, a situação de risco vivenciada pelo infante, uma vez que, sem tratamento psiquiátrico adequado, a genitora comporta-se de forma agressiva e juntando-se à avaliação psicológica e psiquiátrica, o que pode ser constatado pelo reconhecimento em Juízo desde o final da gravidez.

Assim, atento aos comandos do estatuto menorista, há de se deferir ao infante a proteção máxima representada pelo instituto da adoção, já que seus in-

teresses devem prevalecer sobre quaisquer outros, não se justificando seja mantido continuamente institucionalizado.

Todo o conjunto probatório labora no sentido do acerto da decisão agravada.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

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

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento. Unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002017854-8

Agravante - Amom da Silva Oliveira
Agravado - Distrito Federal
Relator Designado - Des. João Mariosi
Terceira Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONCURSO PÚBLICO - PROVIMENTO PARA O CARGO DE TÉCNICO PENITENCIÁRIO - AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA - AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS - ILEGALIDADE.
- A obrigação de participar de exames psicológicos não resulta da aferição de aptidões intelectuais ou mesmo da idoneidade moral, de que cuidam expressamente algumas leis, dentre elas a de nº 4.878/65, em seu artigo 9º, inciso VII.
- Demonstrada a utilização de critérios subjetivos na avaliação psicológica, há que se deferir a antecipação da tutela a fim de garantir a participação do candidato no curso de formação profissional.
- Agravo provido. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nídia Corrêa Lima - Relatora, João Mariosi - Vogal e Relator Designado, Mário-Zam Belmiro - Vogal, sob a presidência do Desembargador João Mariosi, em conhecer. Dar provimento, por maioria. Vencido a eminente Relatora, redigirá o acórdão o 1º Vogal, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de março de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto por Amom da Silva Oliveira, contra decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito Plantonista, nos autos da Ação Ordinária de n. 2008.01.1.151998-4 ajuizada contra o Distrito Federal.

Na referida ação ordinária, o autor requereu, liminarmente, que o Distrito Federal o habilitasse para participar do curso de formação profissional do concurso público para o cargo de Agente Penitenciário, tendo em vista ter sido reprovado no exame psicológico.

A douta Juíza Plantonista indeferiu o pedido liminar, por considerar imprescindível a oitiva do Distrito Federal quanto à ausência de manifestação acerca do recurso administrativo aviado pelo autor, bem assim por considerar que a avaliação psicológica observou os critérios objetivos.

Inconformado, o autor hostilizou a supramencionada decisão, pugnando pela concessão de efeito suspensivo ativo ao presente recurso e, ao final, para que lhe seja dado provimento, de modo a permitir sua participação no Curso de Formação Profissional para o Cargo de Agente Penitenciário.

Para tanto, sustentou o agravante, em síntese, que a decisão interlocutória subtraiu o direito de participação isonômica no certame, além de comprometer o próprio objeto da ação originária, uma vez que não poderá participar do curso de formação, diante do fato de já haver sido designada data para matrícula e início do curso.

Alegou o agravante que a ausência de objetividade na avaliação psicológica e que a omissão quanto ao recurso administrativo interposto é ilegal e inconstitucional.

O agravante aduziu, ainda, que estão presentes os requisitos necessários para o deferimento da antecipação de tutela recursal.

Esta Relatoria, nos termos da decisão de fls. 93/96, indeferiu o efeito suspensivo ativo ao recurso.

O Distrito Federal não ofereceu resposta.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Nídia Corrêa Lima (Relatora) - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Amom da Silva Oliveira interpôs Agravo de Instrumento contra decisão proferida nos autos da Ação Ordinária ajuizada contra o Distrito Federal.

Na referida ação ordinária, o autor requereu, liminarmente, que o Distrito Federal o habilitasse para participar do curso de formação profissional do concurso público para o cargo de Agente Penitenciário, tendo em vista ter sido reprovado no exame psicológico.

A douta Juíza Plantonista indeferiu o pedido liminar, por considerar imprescindível a oitiva do Distrito Federal quanto à ausência de manifestação

acerca do recurso administrativo aviado pelo autor, bem assim por considerar que a avaliação psicológica observou os critérios objetivos.

Inconformado, o autor hostilizou a supramencionada decisão, pugnando por sua reforma, a fim de que pudesse participar do Curso de Formação Profissional para o Cargo de Agente Penitenciário.

Para tanto, sustentou o agravante, em síntese, que a decisão interlocutória subtraiu o direito de participação isonômica no certame, além de comprometer o próprio objeto da ação originária, uma vez que não poderá participar do curso de formação, diante do fato de já haver sido designada data para matrícula e início do curso.

Alegou o agravante que a ausência de objetividade na avaliação psicológica e que a omissão quanto ao recurso administrativo interposto é ilegal e inconstitucional.

Após detido exame dos autos, verifica-se que razão não assiste ao recorrente.

Por ocasião do exame do pedido liminar, indeferi o efeito suspensivo ativo ao recurso, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

> *"O agravante pugnou pelo deferimento do efeito suspensivo ativo ao presente recurso, a fim de ser habilitado a participar do curso de formação profissional do concurso público para o cargo de Agente Penitenciário, a despeito de ter sido reprovado no exame psicológico.*
>
> *De partida, cumpre consignar o cabimento do presente agravo de instrumento, porquanto a decisão hostilizada é suscetível de causar ao agravante uma lesão grave e de difícil reparação, uma vez que, na hipótese de não ser garantida a sua participação no curso de formação, será excluído do processo seletivo.*
>
> *Com essas considerações, passo à análise dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela recursal pleiteada.*
>
> *Com efeito, a possibilidade de ocorrência de um dano de difícil reparação autoriza não apenas o conhecimento do agravo de instrumento, como também satisfaz o requisito legal do* 'periculum in mora', *imprescindível para o deferimento da antecipação de tutela recursal.*
>
> *Contudo, não sobressai a relevância da fundamentação trazida pelo agravante, na medida em que não há nos autos razões para que seja autorizada sua participação na fase seguinte do concurso.*
>
> *Conforme bem destacou a MMª Juíza Plantonista, os três argumentos em que se embasa o autor, ora agravante, não autorizam o deferimento da liminar.*

O primeiro deles, diz respeito a supostas interferências durante a realização do exame psicológico. Ocorre que o agravante não trouxe para os autos qualquer elemento de prova hábil a demonstrar tais intercorrências, razão pela qual a referida alegação não merece prosperar.

O segundo argumento em que se embasa o autor, ora agravante, refere-se ao critério subjetivo utilizado na avaliação psicológica a que foi submetido.

Nesse particular, não há, 'prima facie', *como dissentir da conclusão a que chegou a douta magistrada de primeiro grau, porquanto o processo de avaliação psicológica por que passou o agravante apresenta critérios objetivos, tendo sido utilizadas, inclusive, escalas para o que a psicologia define como padrões aceitáveis para a recomendação dos candidatos para ocupação do cargo de Agente Penitenciário.*

Não por outra razão, esta egrégia Corte de Justiça já editou súmula acerca da matéria, destacando a necessidade de a avaliação psicológica apresentar critérios objetivos. Confira-se:

"Súmula 20 - A validade do exame psicotécnico está condicionada à previsão legal, à exigência de critérios objetivos e à garantia de recurso administrativo."

Referido enunciado também torna imprescindível a garantia de recurso administrativo. Este, aliás, é o terceiro e último argumento do autor, ora agravante, para o deferimento da liminar.

Conquanto o agravante sustente que a 'Fundação Universa', responsável pela elaboração do exame psicológico, não tenha apresentado resposta ao recurso administrativo, afigura-se temerário o deferimento do pedido para inclusão do recorrente no curso de formação, sem que sejam esclarecidas as circunstâncias que envolvem o aludido recurso administrativo.

A propósito, cumpre assinalar que o próprio autor pugnou pela manifestação do Distrito Federal antes da apreciação do pedido liminar, assim se manifestando, 'ad litteris'*:*

"Devendo o Réu se manifestar, no prazo de 72 horas, sobre o pedido de antecipação de tutela, após o que requer seja deferida a tutela antecipada para suspender os efeitos dos atos administrativos identificados... (fl. 29).

Ademais, a decisão ora hostilizada é clara quanto à possibilidade de reapreciação do pedido liminar após o Distrito Federal apresentar as informações pertinentes sobre o recurso administrativo.

Destarte, ausentes os requisitos inerentes ao provimento acautelatório,

> *conforme preceitua o art. 558 do Código de Processo Civil,* ***indefiro o efeito suspensivo ativo*** *ao presente agravo de instrumento, mantendo incólume a r. decisão* 'a quo'."

Mantenho o entendimento firmado inicialmente, uma vez que, a despeito da possibilidade de o Poder Judiciário analisar eventuais ilegalidades ocorridas em concursos públicos, na hipótese vertente não há prova inequívoca quanto à utilização de critérios subjetivos na avaliação psicológica a que se submeteu o agravante, não havendo, portanto, qualquer mácula capaz de inquinar o certame.

Pelas razões expostas, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, mantendo incólume a r. decisão de primeiro grau.

É como voto.

Des. João Mariosi (Vogal e Relator Designado) - Peço vênia a V. Ex.ª, mas tenho voto escrito em sentido contrário, e uma das coisas da subjetividade do teste psicológico palográfico de Barcelona é justamente porque a parte não pode saber quais os limites da razoabilidade, ou seja, a reprovação, no caso específico, seria abaixo de 25%, e a aprovação seria até 81% de acerto das questões.

Então, não se sabe se esse candidato - e isso é altamente subjetivo, porque é justamente para não haver "cova" - está justamente no fato de que quem fez 82%, 85% está tão reprovado como se fosse um idiota que tivesse feito 5%, 6%, e é proibido acertar. Poderia até dar uma música de carnaval, que é proibido acertar todas as questões em um concurso público, sem dizer qual a porcentagem que não poderia acertar. Porque se estivesse dito no edital que quem acertasse mais de 82% estaria reprovado, evidentemente o limite seria objetivo e não subjetivo, apesar de ser uma questão altamente subjetiva, porque a pessoa não é obrigada a ser ignorante, embora todos nasçam ignorantes.

Juntarei a decisão, são 19 laudas, com estudo jurídico e técnico sobre o exame palográfico de Barcelona e, com a licença de V. Ex.ª, dou provimento ao agravo.

Trata-se de agravo contra decisão que indeferiu o pedido liminar, para que a agravante pudesse participar do curso de formação do concurso público para o cargo de Técnico Penitenciário do Quadro de Pessoal do Distrito Federal, a despeito haver sido considerada inapta no exame psicológico.

A respeito do assunto tenho voto em que abordo não só a amplitude técnica do exame psicotécnico como analiso, também, o conceito de não-recomendado, geralmente utilizado pelos profissionais e com base no qual se rejeitam os candidatos a ele submetidos.

Eis o voto, no que interessa:

" (...)

QUANTO AO MÉRITO

Insurge-se o Agente Administrativo não tanto contra o pedido do Impetrante, mas contra a forma como vem sendo decidida a matéria. Critica-se em 1º e 2º graus a subjetividade das entrevistas, a falta de cientificidade nos chamados exames psicológicos e o fato de se não admitir recurso contra a decisão ou avaliação de não-recomendação de determinados candidatos. Entendo que a coercitividade se exaure na realização dos exames - o que geralmente não é a matéria em estudo, porquanto o Impetrante não se insurge para não fazer os exames.

O que se questiona é o fato de o candidato ser afastado da concorrência, apenas porque não foi recomendado.

A obrigação de participar desses exames psicológicos não resulta da aferição de aptidões intelectuais ou mesmo da idoneidade moral, de que cuidam expressamente algumas leis, dentre elas a de nº 4.878/65, em seu artigo 9º, inciso VII.

A nosso ver, a aptidão intelectual a ser medida, já o fora qualitativamente antes da realização de exames, consoante a prática de eliminar os menos capazes, para se obter menos candidato em exames individuais. Nenhum candidato com Quociente de Inteligência abaixo de 65, de significação deficiente, ou mesmo acima disto: (marginal de 66 a 79; rude de 80 a 90) lograria aprovação em certame de grande concorrência, maxime com nota mínima de aprovação. Duvido mesmo que alguns de significação normal (de 91 a 110), desde que nos limites inferiores, lograsse algum êxito.

O conceito de idoneidade moral é um termo mais adstrito ao foro íntimo das pessoas e diz respeito a alguns aspectos macro-sociais, que em nada ensejariam verificação comportamental e não poderiam ter o condão de quantificar os indivíduos para uma classificação em concurso público. Em termos de servidor público o que significaria idoneidade moral, máxime desdobrando os termos quanto à substância (idoneidade) ou na sua qualidade (moral, a-moral e imoral)?

Numa sociedade pluralista, fruto do caldeamento e interação de diversas raças e povos, não há como impor a alguém uma idoneidade moral, a não ser no que ela tange à obrigatoriedade legal, art. 37 da Constituição.

Não nos esqueçamos de que há duas centúrias de anos ter escravos e dispor sobre suas vidas era sinal de prosperidade e firmeza administrativa, qualificando o proprietário. Hoje, constitui crime. A sociedade condenava o divórcio, mas admitia o concubinato com escravas, hoje é direito posto em matéria de família. O suicídio é objeto em cultura ocidental, mas constitui forma de remição de dívida por honra, em algumas regiões orientais.

Faz parte do Código de Ética dos profissionais em psicologia não envolvimento do psicólogo nos padrões de seu observado.

Advém da má compreensão do Agente Administrativo a interpretação errônea do conceito de não-recomendado para algum cargo ou curso. O que faz o psicólogo, ao recomendar ou não-recomendar um candidato, é apenas assinalar que, após uma bateria de exames e entrevistas, o pretendente ao cargo terá dificuldades ou incompatibilidades ou não com relação ao cargo pleiteado. Alguns psicólogos, dependendo de sua formação, consideram incompatibilidade o fato de o concorrente estar melhor e mais satisfeito em outra função.

Às vezes um não-recomendado, com base nos mesmos exames, época, destino e lugar e até com o mesmo psicólogo, tem mais e melhores condições no exercício do cargo, do que outro recomendado. A recomendação ou não-recomendação é feita, tendo como pressuposto a intenção do candidato em permanecer no cargo por muito tempo.

Nestes casos o psicólogo age mais como orientador profissional do que um simples analista. Tudo dependente do que seria o chamado perfil ou padrão do hipotético e perfeito ocupante daquele cargo. Perfilhar este homem impoluto, sem rosto, sem sexo, eficiente e sem defeitos é tarefa de muita pesquisa inútil. O ser humano é fruto milenar de uma congérie de hábitos entitativos, onde quantitativamente seria impossível montar uma perfeição.

Os perfis psicológicos são, portanto, retrato de estereótipos intuídos aleatoriamente pelo Administrador, que os fornece aos analistas.

Realce-se que é não negado valor científico aos exames em si; estes são úteis e válidos para avaliação futura e destinação de atividades dentro do órgão administrativo. O que é trazido à discussão é o caráter reprovatório dado ao conceito emitido pelo psicólogo, que, por sinal, se atém ao perfil traçado pelo Administrador.

A relevância da questão do perfil psicológico é que deve ser conhecida meritoriamente em Mandado de Segurança. Diverge-se de entendimentos outros em que tal matéria deva ser conhecida em via ordinária por meio de provas, inclusive pericial.

O problema não está no estudo do perfil e sua inadequação ao candidato, mas na sua descrição. O Administrador deverá descrever o servidor perfeito de acordo com a lei ou leis e regulamentos de regência. A discricionariedade de seus atos tem limite na lei, conforme constitucionalmente se vê da obrigatoriedade legal, Constituição, art.5º, II.

A descrição do servidor que extrapolar os princípios do Art.37 da Carta Magna constitui abuso de autoridade.

É, portanto, direito do Impetrante ou do Autor conhecer a descrição do tipo psicológico descrito pelo Administrador e dele divergir, se o caso, quer preventivamente, quer após a realização dos exames psicológicos. É também direito seu reprimir pelo *mandamus* ou por liminares o afastamento de concurso ou curso, com base em não-recomendação após os exames psicológicos.

Na verdade, segundo ponto de vista do psicólogo, a não-recomendação pode significar que o concorrente esteja perdendo oportunidade de melhorar sua condição de vida ou porque esteja sendo utilizado em atividade inferior à sua capacidade ou porque tem outras aspirações. Por esse motivo, muitos jovens não foram selecionados em concursos para serventes, somente porque tinham o 2º grau completo, pois havia interesse em estabilidade no serviço, o que aconteceria somente com concorrentes habilitados em 1º grau incompleto. Pretendia tal Administrador que os serventes não fossem tão rotativos, nem se preocupassem com os baixos salários. O mesmo aconteceu com alunos de cursos de medicina e direito, recusados (não-recomendados), porque estavam em cursos superiores e não poderiam ser inspetores de alunos na área pública, não porque não preenchiam os requisitos do perfil psicológico do Inspetor de Alunos, mas porque estavam destinados à atividade considerada mais elevada pelo analista.

Em ambos os casos houve visão deturpada da realidade social e distorcida dos direitos fundamentais. O Estado não pode querer tutelar os indivíduos e traçar-lhes um roteiro para a vida. Não há lei impedindo tais brasileiros de concorrerem e ocuparem esses cargos públicos. Esqueceram-se de que a alguém pode interessar ser apenas um servidor público do que exercer uma atividade de nível superior. Não exige nenhuma lei - se o fizesse seria inconstitucional - que a condição principal para ingresso em determinado cargo ou carreira fosse o de caráter duradouro ou permanente.

Já houve casos de exigência de exames psicológicos a serem realizados em qualquer clínica, ou de restringir tais exames a clínicas credenciadas. Os resultados foram divergentes, porque os perfis psicológicos eram divergentes e a técnica empregada apresentava as metodologias de algumas correntes da psicologia aplicada. Como conseqüência, os não-recomendados em uma clínica refaziam os exames em outra.

O caso mais típico, no âmbito do Poder Judiciário, foram os exames psicológicos realizados por convênio entre o Governo de Rondônia e o Hospital das Forças Armadas em Brasília, DF, e pelos psicólogos da penitenciária de Porto Velho, RO, para o primeiro concurso de Juiz de Direito do novo Estado. O número de aprovados em Brasília foi muito grande. O número de recomendados em Brasília foi muito grande. Ao inverso, os não-recomendados em Porto Velho eram a maioria. Para compatibilizar os exames, anularam-se os feitos em Brasília, obrigando-se os

candidatos a outros em Porto Velho. Os recomendados de Brasília passaram a ser não-recomendados. Buscou-se a causa da modificação e constatou-se que o perfil psicológico do Juiz seria de um indivíduo corrupto e venal quanto às pretensões do cidadão contra os interesses do Governo. A pergunta que levava o candidato à não-recomendação era de qual o posicionamento entre ele e o magistrado e uma parte numa ação de grande valor contra o Estado. Se o candidato respondesse que ficaria com o direito, era considerado não recomendado. Afastado tal questionamento, os mesmos recomendados de Brasília continuavam a ser recomendados pelos psicólogos de penitenciária.

Não consta que algum dos candidatos não-recomendados, tornados recomendados, tivesse cometido algum desatino no exercício da magistratura. Ao contrário, sabe-se de muitos recomendados que hoje estão afastados por decisão coletiva de tribunais.

Como se vê, não se trata de questionar se a Psicologia Experimental é ou não uma ciência, quando modernamente é extensa a biografia que defende sua independência da Filosofia, porque tem objeto e métodos próprios.

Nunca é por demais relembrar que um dos próceres da Psicologia, no começo do século XX, saiu com esta definição nada científica: A Psicologia é aquilo pelo que os psicólogos se interessam "e a única maneira de descobrir sua natureza é anotar o que estão procurando realizar". Cattel, J. McK - The Conception and method of Psychology. Pop. Sci. Mon, 1904, vol.46 pág.176/186.

Os que estudam a Psicologia Experimental sabem que talvez ela corra o risco de não superar a etapa do empirismo pré-científico.

As denominadas técnicas psicométricas para conhecimento da conduta humana se apoiam em instrumentos científicos ou em afirmações empíricas? Como se vê, nem mesmo a qualidade dos instrumentos cognitivos é detectada.

Mesmo para aqueles que têm a Psicologia como ciência, no rigor técnico, o mesmo não se pode dizer da PSICOMETRIA, que é uma "ciência auxiliar da Psicologia", porque a possibilidade de se medir psicologicamente alguém reside no fundamento da "unidade psicossomática do homem". "Todo fenômeno psíquico tem repercussão somática". Somente se pode aferir o efeito somático do fenômeno psíquico. O que, por si só, restringe o aspecto científico e LEGAL desses exames.

O que está em questão é a própria avaliação subjetiva do exame psicológico que, aliás, não pode ser afastada, sob o risco de perder a sua cientificidade.

> Os estudiosos da psicologia divergem quanto à certeza, objetividade e segurança dos testes psicológicos, quando desviados de seu aspecto cognitivo de tendências para desqualificação de candidatos. O professor francês Paul Guillaum, em sua obra

> MANUAL DE PSICOLOGIA, assim se expressa: "... os próprios processos cerebrais jamais são observados no ser vivo; não podem ser senão reconstituídos idealmente, por meio de hipóteses apoiadas na observação de causas ou conseqüências mais ou menos remotas. No estado atual da ciência, a maioria dos dados concretos precisos, pacientemente acumulados pela histologia cerebral, ainda não pode receber significação fisiológica plausível..."... as hipóteses fisiológicas, construídas sobre dados da observação psicológica, não passavam de transposições metafóricas destas. Fez-se corresponder a uma associação entre processos cerebrais hipotéticos. Sem dúvida, os fatos psíquicos devem ser o fundamento dessas especulações que, como todas as hipóteses científicas, são legítimas e podem tornar-se fecundas, se delas se verificarem conseqüências. Mas sempre é o caso: a facilidade de tais construções é perigosa, não se deve crer que correspondem a verificações diretas, as quais, hoje em dia, na maioria dos casos, são completamente impossíveis.

Da mesma forma JEAN COBET - *in* TESTES PARA ADMISSÃO EM EMPRESAS E EMPREGOS PÚBLICOS - tradução de Cecília Tavares de Araújo - Editora Tecnoprint S/A - 1985 - pág.8/9, assim pontifica sobre a matéria: "É possível que estes testes permitam aos doentes mentais projetar suas ideias fixas, mas querer aplicá-las às pessoas normais, constitui um grande erro." No esmo diapasão está a Professora ANNE ANASTASI, da Universidade de Fordham, Graduate School, na sua obra: TESTES PSICOLÓGICOS: TEORIA E APLICAÇÃO:

> "...passo importante na padronização de um teste é o estabelecimento de normas. Sem estas, os resultados nos testes não podem ser interpretados. Os testes psicológicos não têm padrões predeterminados de "aprovação" e "reprovação". O resultado do indivíduo pode se avaliado apenas através da comparação com os resultados obtidos por outros."

Além do problema da legalidade da descrição do perfil psicológico do ocupante do cargo em disputa, outro fato torna inadequado tomar a recomendação ou não-recomendação como fatores de aproveitamento do candidato.

Salientou-se que a formação do analista pode dar enfoque divergente a um mesmo tipo de resposta para a mesma pergunta.

A respeito da precisão das provas projetivas e psicométricas, GODEARDO BAQUERO MIGUEL, psicólogo e professor de TESTES E MEDIDAS PSICO-EDUCACIONAIS, assim se manifesta:

> "Alguns psicólogos dirão que a personalidade está mudando continuamente e que, portanto, não tem sentido falar da precisão, a qual por si indica constância. Esta dificuldade certamente tem peso, mas, mesmo assim, cremos que se os testes projetivos querem classificar-se dentro de um marco científico, devem ser submetidos às provas de precisão.
> Quanto à validade dos testes ensina o mesmo especialista que esta pode referir ao conteúdo ou ao conceito. A "validade do conteúdo" depende de uma correlação entre o conteúdo de um teste e as qualidades que o psicotécnico quer medir e conclui: "O tipo de validade de conteúdo não nos serve para validar testes projetivos."

No que diz respeito à "validade de conceito" continua ensinando que este coeficiente se refere à existência de determinados traços psicológicos numa determinada prova:

> "Nos testes projetivos não existe correlação entre as perguntas e as conclusões que se querem deduzir das respostas dadas. ISTO IMPEDE UMA ANÁLISE OBJETIVA.
> Alguém poderia racionalizar, até certo ponto, uma determinada conduta: percepção de borrões de tinta, a descrição de histórias fotográficas, e achar uma correspondência com a personalidade do indivíduo. Mas em realidade, esta análise é antes pura analogia, e as analogias não nos dão base para uma demonstração "científico-estatística."

Continua ainda o analisador e criador de alguns testes psicométricos:

> "Se o que nos interessa é uma valorização de tipo qualitativo-descritivo, que norma seguiremos? Psicólogos com formação escolar diferente darão interpretação diferente: suponhamos que uma pessoa vê ou desenha em um teste projetivo uma torre de uma igreja. Para o freudiano é um símbolo fálico. Para o junguiano talvez um arquétipo. Para o adleriano um sintoma

> de complexo de inferioridade. Para outro talvez uma simples ideia religiosa."

In TESTES PSICOMÉTRICOS E PROJETIVOS, Godeardo Baquero, Edições Loyola, 5ª Edição, São Paulo, SP. 1983.

> *Dois autores clássicos da Psicologia como ciência, Robert WOODWORTH e Donald MARQUIS, demonstram que as medidas de personalidade buscam na verdade um "INDIVÍDUO MÉDIO". Esta busca do "MÉDIO" padece de dois vícios: 1º) o do "erro generoso", quando o analista tende a colocar seus conhecidos acima da média normal;*
> *2º) o do "efeito auréola"* (hallo effect)*, que advém da empatia ou impressão favorável do analista considerando-o excelente em determinado traço e ampliando esta excelência em todos os demais traços.*

Para eles se houver má impressão inicial, torna-se difícil ao analista afastar-se dessa impressão ao classificá-lo em relação a outros traços psicológicos.

Para evitar o primeiro tipo de vício, garante o Administrador que nenhum dos seus examinadores tiveram qualquer relacionamento com qualquer dos candidatos. Para afastar a pretensa influência da impressão primeira, afirma o mesmo Administrador que o resultado se deveu por conclusão de equipe.

A equipe, contudo, pode padecer do mesmo "EFEITO AURÉOLA", conforme ensinam os citados professores de Colúmbia, USA:

> "Em primeiro lugar, pode ser que diversos julgadores (analistas) tenham os mesmos preconceitos e que, portanto, a avaliação final conserve a distorção causada por eles..."
> A Segunda restrição é que não adianta combinar avaliações, se os julgamentos em separado forem apenas conjeturas. Se três julgadores avaliarem o indivíduo "X", que lhes é inteiramente desconhecido, a simples combinação desses julgamentos não poderá sequer aproximar-se duma avaliação justa. Por outro lado, um juiz (analista) influenciado por preconceitos pode persuadir seus colegas a influenciar indevidamente no julgamento final. E existem formas sutis de preconceito. A própria personalidade do observador influencia suas impressões sobre outra pessoa, fazendo que o juiz sinta simpatia ou antipatia especial em relação aos traços pessoais do observado. (Robert Woodworth e Donald Marquis,

> Psicologia, Tradução de Lavínia Costa Raymond, Companhia Editora Nacional, São Paulo, SP 4ª edição, 1964.)

Outros julgamentos pretendem emprestar validade aos exames psicológicos, admitindo o desconhecimento do conteúdo por parte dos examinadores. Esse enfoque judicial trescala injustiça por dois motivos:

> a) nem todos os concorrentes estão ou são jejunos em exames psicológicos;
> b) nem todos os examinandos confiam em seus examinadores, a ponto de se "abrir" e revelar o seu interior.

O fato de querer quantificar os candidatos pela "RECOMENDAÇÃO" e "NÃO-RECOMENDAÇÃO" mascara os resultados.

Isto já aconteceu no passado, quando os exames psicológicos foram aplicados em bateria aos jovens americanos, recrutados para a guerra.

Tivemos dois fatos curiosos. O Exército precisava de jovens para combate, mas queria colocá-los em atividades, onde eles fossem realmente mais aptos. Ao mesmo tempo necessitava treiná-los no menor espaço de tempo possível. Resultado. Os jovens universitários não eram "francos" em suas respostas, ou "errando" as respostas dos questionários, ou "respondendo" de maneira a serem aproveitados em outras atividades menos perigosas.

O mesmo não acontecia com o grande número de recrutados que pretendia pertencer à Força Aérea. Os jovens eram ansiosos por atividades aéreas. Novamente os universitários falseavam a verdade, a fim de conseguir permanecer naquela arma, afirmando desejos, tendências e vontades que não tinham.

Para suprir esses incidentes, armaram-se engodos, para superar o problema. O engodo é sempre plausível em termos de análise infantil, mas desonesto no que diz respeito a adultos. É ilegal em se tratando de resultado classificatório, muito embora a não-recomendação não tenha esse objetivo.

A propósito os mestres de Colúmbia, assim se posicionam:

> *"TESTE SITUACIONAL DE PERSONALIDADE. É fácil submeter a teste o conhecimento que o indivíduo tem sobre regras de boa conduta, boas maneiras ou tato; mas, às vezes, as regras são conhecidas e não obedecidas. Desejamos, portanto, dispor de testes que nos apresentem amostras de comportamento real. Testes desta natureza têm de ser disfarçados de alguma maneira, pois não se pode dizer ao sujeito:*

> *- Este teste tem por finalidade verificar se você tem bom humor. Ou então: - Este teste tem por fim avaliar sua boa vontade em cooperar. Se fizéssemos essas declarações, provavelmente não obteríamos amostras eis do comportamento da pessoa submetida ao teste. Em teste de capacidade pode-se verificar o que o sujeito é capaz de fazer, mas num teste de personalidade desejamos verificar o que ele realmente fará em certas situações de vida. Op. cit., pág.119. Como têm salientado alguns membros do Ministério Público, os testes psicológicos se tornaram* **arcana imperii**. *De fato. Como poderia o Poder Judiciário admitir terem os examinadores procedido com retidão, quando os mestres da Psicologia Aplicada empregam ardis para obterem resultados corretos, segundo seu ponto de vista? Como se pode falar em objetividade, quando a subjetividade é não só a tônica, mas também o corolário?*

Pior que tudo isto é tornar os meios e fórmulas inacessíveis a todos quantos objetivam conhecer as técnicas empregadas, como realça o Desembargador Romeu Jobim:

> "O próprio Administrador não conhece os motivos pelos quais os psicólogos não recomendaram o candidato, sendo, pois, lícito concluir que trata-se de um "segredo de Estado" tão absoluto, que é ocultado do próprio Estado (Estado-Administração e Estado-Juiz). *Apud* Elvan Loureiro - Procurador de Justiça do DFT. O segredo de justiça objetivado pelo Administrador, quando o magistrado tomaria conhecimento da bateria dos exames e dos resultados, fere outro direito da parte, indisponível, que é o de conhecer as provas contra si feitas, Constituição art. 5º, XV."

O mesmo Desembargador Romeu Jobim, nos Embargos de declaração na ap. Cível 25.605, coloca com objetividade direito constitucional do concorrente:

> "Vai daí a meu enfoque, não poder uma pessoa, em consonância com o art.5º da Constituição, sofrer discriminação pelo fato de, em sua personalidade, haver este ou aquele traço predominante, isso, repita-se, em sendo tal contestação possível. Vai daí ... não poder alguém ser impedido do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, já que a lei a dispor sobre a matéria só pode cogitar de qualificações profissionais."

Da mesma forma que nas ações ordinárias, também em Mandado de Segurança há possibilidade da proteção do direito líquido e certo de se candidatar a um cargo público. Utilizando-se do Poder Judiciário encontra a parte a certeza e a liquidez necessárias para hostilizar o ato de Agente Administrativo que toma um laudo sucinto, monocórdico e impreciso quanto aos termos, como reprovação, quando cientificamente o profissional afirmou singelamente a não-recomendação.

Se o juiz monocrático não pode substituir os critérios da Administração pelos seus próprios critérios, este também não pode tomar critérios da ciência para cometer um abuso de poder.

O afastamento legal do recurso até mesmo para o Poder Judiciário é de inconstitucionalidade flagrante, pois estar-se-ia impedindo ao órgão do Poder o controle judicial dos atos administrativos. Toda criação de requisitos patrocinadores da arbitrariedade administrativa merece o repúdio jurídico.

Recentemente a jurisprudência do Tribunal do Distrito Federal e Territórios tem encontrado um grande número de julgadores, que começaram a entender o exame psicométrico ou profissiográfico como válido somente porque assim está disposto em lei mais recente.

Transcrevo o texto para poder julgar, por hermenêutica o conteúdo dispositivo do texto.

Eis a norma:

> LEI Nº 3.669, DE 13 DE SETEMBRO DE 2005
> DODF DE 16.09.2005
>
> Art. 1º Fica criada a Carreira de Atividades Penitenciárias no Quadro de Pessoal do Distrito Federal, constituída de um mil e seiscentos cargos de Técnico Penitenciário, de provimento efetivo, estruturada na forma constante do Anexo.
>
> Art. 4º O ingresso em cargo da Carreira de Atividades Penitenciárias do Distrito Federal dar-se-á no Padrão I da Terceira Classe da Tabela de Escalonamento constante do anexo desta Lei, mediante apresentação de certificado de conclusão de ensino médio ou habilitação legal equivalente, emitido por instituição autorizada por órgão oficial, e aprovação em concurso público.
>
> Parágrafo único. O concurso público de que trata o *caput* será realizado em cinco etapas:
> I - prova objetiva, de conhecimentos gerais e específicos, de caráter eliminatório e classificatório;

II - teste de aptidão física, de caráter eliminatório;

III - prova de aptidão psicológica, de caráter eliminatório;

LEI N° 2.743, DE 19 DE JULHO DE 2001
DODF DE 20.07.2001)

Dispõe sobre a reestruturação da Carreira de Assistência Pública em Serviços Sociais, criada pela Lei n° 085, de 29 de dezembro de 1989.

Capítulo I
DO INGRESSO NA CARREIRA

Art. 2° O ingresso na Carreira Assistência Pública em Serviços Sociais far-se-á no Padrão I da 3° Classe do respectivo cargo, mediante aprovação em concurso público, atendidos os seguintes requisitos:

I - para o Cargo de Assistente Superior em Serviços Sociais, exigir-se-á diploma de curso superior ou habilitação legal equivalente, com formação na área específica para a qual ocorrerá o ingresso;

II - para o Cargo de Assistente Intermediário em Serviços Sociais, exigir-se-á certificado de conclusão de 2° grau ou habilitação legal equivalente, conforme área de atuação;

III - para o Cargo de Atendente de Reintegração Social, exigir-se-á certificado de conclusão de 2° grau ou habilitação legal equivalente, bem como recomendação em exame psicotécnico, aprovação em provas de resistência física e aceitação em investigação social do candidato, de caráter eliminatório.

IV - para o Cargo de Assistente Básico em Serviços Sociais, exigir-se-á comprovante de escolaridade até a 8° série do 1° grau, conforme área de atuação.

PUBLICAÇÃO CONSOLIDADA DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, DETERMINADA PELO ART. 13 DA LEI Nº 9.527, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1997.
Do Provimento, Vacância, Remoção, Redistribuição e Substituição
Capítulo I
Do Provimento
Seção I
Disposições Gerais

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:
I - a nacionalidade brasileira;
II - o gozo dos direitos políticos;
III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
V - a idade mínima de dezoito anos;
VI - aptidão física e mental.

Não há nenhuma conotação de que o adjunto adnominal MENTAL se refira a exame, que o governo denomina de testes psicológicos, pois aptidão mental pode significar e significa, sobretudo, capacidade de reter nomes, fazer operações matemáticas em diversas bases, ou mesmo exercer aquilo que indevidamente se chama de memória local. Ademais a palavra de valor APTIDÃO que é com restrição, porque esse adjetivo não é um próprio do termo, no sentido lógico formal do órganon aristotélico não significa exclusividade no denominado exames e testes psicológico ou profissiográfico.

O grande tributarista e Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda, Dênerson Dias Rosa, comentando este inciso, assim se pronunciou:

> Todavia, a determinação da existência ou não de aptidão física exige análise e ponderação das características existentes, o que deve ser feito da forma mais objetiva, inclusive para atendimento ao constitucional princípio da impessoalidade, o que torna necessário que, para que uma pessoa possa ser declarada apta ou não para determinado cargo, seja realizada uma avaliação técnica, o que habitualmente se dá por meio de Juntas Médicas Oficiais.
> Para a maioria, a conceituação de aptidão física e mental pode apresentar-se à primeira vista com permissiva de um grande

> patamar de subjetivismo, todavia, sob pena de tornar-se injusta ou despropositada a sua conceituação e interpretação, deve ser a mesma buscada dentro do conjunto legal vigente.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso.
É como voto.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) - Conheço do recurso, presentes os pressupostos que autorizam a sua admissibilidade.

Data venia, o meu posicionamento é diverso daquele externado pela eminente Relatora.

Com efeito, consoante o entendimento por mim defendido, a realização de avaliação psicológica nos processos seletivos para o cargo de Agente Penitenciário do Distrito Federal está prevista no artigo 9º, inciso VII, da Lei nº. 4.878/65, guardando conformidade com o disposto no inciso I do artigo 37 da Constituição Federal.

Não tem validade, contudo, avaliação psicológica cujos critérios utilizados mostram-se imprecisos e não permite o acesso irrestrito aos candidatos dos métodos empregados, sob pena de cerceamento de defesa e afronta aos princípios da ampla defesa, do devido processo legal, da publicidade, da motivação e da isonomia.

É certo que os incisos I e II, artigo 37, da Constituição Federal rezam que os cargos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, e ainda, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Não obstante, cabe ao Poder Judiciário analisar os procedimentos adotados no processo de seleção para a investidura nos cargos públicos, não só para salvaguardar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mas também em honra ao princípio da ampla defesa, do devido processo legal, da publicidade, da motivação e da isonomia.

Dessa maneira, é mister que conste no edital os critérios com base nos quais os candidatos inscritos serão avaliados, além de possibilitar o acesso irrestrito aos fatores específicos que culminaram na não-recomendação do candidato, para que se permita a avaliação do grau de objetividade dos métodos firmados pela banca examinadora.

A meu ver, no caso dos autos não foi garantido à agravante o pleno acesso às informações e métodos utilizados, razão por que merece ser provido o presente recurso.

Com essas breves considerações, **DOU PROVIMENTO** ao agravo.
É o meu voto.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento, por maioria. Vencida a eminente Relatora, redigirá o acórdão o 1º Vogal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002019431-2

Agravante - Viação Planeta Ltda.
Agravada - Petrobrás Distribuidora S/A
Relatora Designada - Desa. Nídia Corrêa Lima
Terceira Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA DE PARTE DO FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA NÃO DEMONSTRADA.
1. Havendo a possibilidade de a execução ocorrer por diversas formas, deve o magistrado sopesar os interesses das partes, optando por aquela que não seja demasiadamente onerosa para o executado e, ao mesmo tempo, que permita a efetividade do processo.
2. Não há óbice legal à penhora de parte do faturamento da empresa, mormente quando não indicado bem livre e desembaraçado passível de penhora.
3. Verificado que a empresa executada não demonstrou que a penhora que recaiu sobre percentual do seu faturamento é excessivamente onerosa a ponto de inviabilizar seu regular funcionamento, não há como ser afastada ou reduzida a constrição judicial.
4. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os senhores Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Mário-Zam Belmiro Rosa - Relator, Nídia Corrêa Lima - Vogal e Humberto Adjuto Ulhôa - Vogal, sob a presidência do Desembargador João Mariosi, em conhecer, negar provimento ao recurso, por maioria, vencido o Relator. Redigirá o Acórdão a 1ª Vogal, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 1º de abril de 2009.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o confeccionado por ocasião da decisão que apreciou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, que ora transcrevo (fls. 1034/1036):

"Cuida-se de agravo de instrumento, interposto por VIAÇÃO PLANETA LTDA., em face da r. decisão do MM Juiz de Direito da Segunda Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília que, nos autos da ação de execução, proposta por PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A em desfavor do agravante, deferiu a penhora do percentual de 30% (trinta por cento) sobre o faturamento bruto da empresa devedora.
Eis o teor da decisão atacada (fl. 938):
'Defiro a penhora de 30% (trinta por cento) sobre o faturamento bruto da empresa devedora, até o limite da dívida, consoante jurisprudência pacífica desta eg. Corte de Justiça.
Nomeio o Dr. João Carlos Coelho de Medeiros como Administrador judicial.'
Inconformada, sustenta a recorrente, em síntese, que, de acordo com o entendimento jurisprudencial a respeito do tema, não seria possível a penhora sobre o faturamento da sociedade, sob pena de inviabilizar o exercício de suas atividades.
Diz a agravante, também, que a penhora, na forma ordenada, afronta as disposições do art. 620 do Código de Processo Civil, porquanto muito onerosa para a devedora.
Assim, requer a concessão de efeito suspensivo, desconstituindo-se a penhora ordenada, e, ao final, o provimento do recurso."

Acrescento que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferido (fls. 1034/1036).

As contrarrazões do recurso vieram às fls. 1043/1050, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Informações do douto Juiz à fl. 1052.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro Rosa (Relator) - Conheço do agravo, presentes os pressupostos que autorizam a sua admissibilidade.

Registre-se que, na oportunidade da decisão que apreciou o pedido de efeito suspensivo, entendi, de um juízo de cognição sumária, próprio daquela fase, que a recorrente fazia jus à liminar, a qual, como sói acontecer, deveria perdurar até o julgamento do agravo.

Agora, com a vinda de outros elementos aos autos, e de uma detida análise destes, verifico que razão não assiste à recorrente.

De fato, consoante se observa da peça de fls. 1034/1036, a liminar foi concedida ao fundamento de que a executada ofertara bens à penhora, suficientes a garantir a execução.

Acontece, porém, que o bem nomeado foi, corretamente, recusado pela credora, por não se encontrar livre e desembaraçado, pendendo sobre o mesmo várias restrições, consoante se observa da peça de fl. 161v.

Daí, à míngua de bens para fazer frente à execução e tendo em vista o largo espaço de tempo que o credor busca, sem sucesso, receber o que lhe é devido, sem que a executada tenha, durante todo esse período, manifestado o desejo de quitar o débito, a melhor solução é exatamente a encontrada pelo nobre Juiz da causa.

Aliás, a douta Desembargadora a quem este recurso foi inicialmente distribuído, entendeu, em anterior agravo, não obstante posteriormente julgado prejudicado, possível a penhora *on line* sobre os valores mantidos pelos devedores em instituições financeiras, consoante se verifica da peça de fl. 917, e isso exatamente em virtude da ausência de bens para garantir o pagamento.

Desse modo, e considerando que as recentes reformas implementadas no Código de Processo Civil convergem para uma execução mais célere e eficiente, em especial atenção à efetividade da prestação jurisdicional, não há como se permitir o eterno andamento de uma execução ajuizada em face de uma empresa de reconhecida capacidade econômica, permissionária de serviços públicos, no ramo de transporte coletivo de passageiros.

É certo, e não se pode deixar de reconhecer, que podendo a execução correr por diversos modos, deve o juiz sopesar o interesse das partes e optar por aquela que, ao mesmo tempo, satisfaça a efetividade do processo e não onere em demasia o devedor.

No caso, diante do manifesto interesse da devedora em protelar a execução, a efetividade do processo só se apresenta viável mediante a penhora de parte de seu faturamento.

Sobre o tema, esta Casa assim tem se manifestado:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. BLOQUEIO DE PARTE DOS VALORES DEPOSITADOS EM CONTA CORRENTE. FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA NÃO DEMONSTRADA.*
>
> *1. Havendo a possibilidade de a execução ocorrer por diversos modos, deve o magistrado sopesar os interesses das partes, optando por aquela que, ao mesmo tempo em que permita a efetividade do processo, não seja demasiadamente onerosa para o executado.*

2. Não há óbice a que parte dos valores mantidos por empresas em instituições financeiras seja atingida por constrição judicial, ainda que proveniente de seu faturamento.
3. Verificado que a constrição judicial atingiu praticamente a totalidade dos valores mantidos em conta corrente pela empresa agravante, não se pode deixar de reconhecer a existência de onerosidade excessiva, justificando, a redução da penhora para percentual que não inviabilize seu regular funcionamento.
4. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.
(20080020108761AGI, Relator NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, julgado em 24/09/2008, DJ 03/10/2008 p. 114)."

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA DEMAIS RECURSOS. NÃO CUMPRIMENTO DA NORMA DO ART. 526 DO CPC. PETIÇÃO APÓCRIFA. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. GRADAÇÃO DOS BENS LEVADOS À PENHORA. SISTEMA EXECUTIVO VIGENTE. 1. Os Embargos de Declaração interrompem o prazo para a interposição dos demais recursos. O aclaramento da decisão por parte do Juízo prolator da decisão vergastada, mesmo se o percentual continue o mesmo, faz com que haja o acolhimento dos embargos. 2. O não cumprimento da norma estabelecida no art. 526 do Código de Processo Civil por parte do agravante, leva a não admissibilidade do recurso, quando a parte adversa arguiu tal fato, por inteligência do parágrafo único do artigo retro. No entanto, se o advogado do agravado deixou de assinar a Contra minuta ao Agravo de Instrumento, tem-se por não admitir tal informação, eis que é um documento sem validade jurídica e imprestável ao fim a que se destina. 3. O devedor deve satisfazer sua obrigação, e em caso de omissão é cabível a adoção de medidas à efetivação da garantia da ordem judicial. A penhora sobre o faturamento da empresa é permitida, mas por ser medida excepcional é admissível se as circunstâncias do processo de execução evidenciam a conduta da devedora (dificuldade de prosseguir com a execução por outro modo). Se não restou demonstrado que o percentual a ser retido a título de bloqueio seja excessivamente oneroso, de forma a impedir o regular desempenho de suas atividades, a penhora sobre o faturamento é possível.

(20080020095899AGI, Relator ROMULO DE ARAUJO MENDES, 6ª Turma Cível, julgado em 17/09/2008, DJ 01/10/2008 p. 110)."

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - PENHORA DE PERCENTUAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA - POSSIBILIDADE - DEIXANDO A PARTE DE CARREAR AOS AUTOS PROVA DE QUE O BLOQUEIO DE 30% (TRINTA POR CENTO) DE SEU FATURAMENTO DIÁRIO CONSTITUI MEDIDA CAPAZ DE INVIABILIZAR O REGULAR DESEMPENHO DE SUAS ATIVIDADES, NÃO HÁ COMO SER ACOLHIDO PEDIDO DE REDUÇÃO OU AFASTAMENTO DA CONSTRIÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO(20080020024939AGI, Relator SILVA LEMOS, 5ª Turma Cível, julgado em 28/05/2008, DJ 21/08/2008 p. 73)."

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DE EMPRESA E SOBRE AS COTAS SOCIAIS DOS DEVEDORES. POSSIBILIDADE.
Não caracteriza qualquer irregularidade a determinação de penhora sobre percentual de faturamento de empresa privada, quando esta, instada a reforçar a penhora, não o faz, tampouco oferece bens nesse sentido.
O nosso ordenamento não dispõe sobre a impossibilidade de constrição das cotas dos sócios, de empresa devedora, mormente por serem estas bens dotados de conteúdo econômico e que servem, dentre outros, para dar lastro às atividades da empresa.
Recurso conhecido e não provido.
(20080020048594AGI, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 04/06/2008, DJ 18/06/2008 p. 76)."

Na hipótese, porém, considero que o percentual arbitrado na origem mostra-se elevado, devendo ser reduzido para 15% (quinze por cento), a fim de possibilitar a normal continuação das atividades da agravante.

Por tais fundamentos, **dou parcial provimento** ao recurso, para reduzir a 15% (quinze por cento) o percentual da penhora que recaiu sobre o faturamento bruto da empresa devedora.

É o meu voto.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Vogal) - Senhor Presidente, com a devida vênia do eminente Relator, entendo que a decisão que determinou a penhora de parte do faturamento da ora apelante deve ser mantida.

Oportuno assinalar, inicialmente, que a reforma do Código Civil, no que toca ao processo de execução, não estabelece a necessidade de que a exequente comprove ter esgotado os meios de localização de bens passíveis de penhora.

É que a novel ordem processual tem dispensado atenção especial à efetividade da prestação jurisdicional, no sentido de garantir ao demandante vencedor a consecução do direito material deduzido em Juízo. Para tanto, as novas disposições processuais convergem para uma execução mais célere e eficiente.

Evidentemente, não se pode deixar de reconhecer que, podendo a execução ocorrer por diversos modos, deve o magistrado sopesar os interesses das partes, optando por aquela que, ao mesmo tempo em que permita a efetividade do processo, não seja demasiadamente onerosa para o executado.

Assim, a escolha do objeto a ser penhorado deve ter como balizamento bem cujas características facilitem o processo de execução, de forma que a satisfação do crédito ocorra de modo rápido e sem embaraços injustificados para o exequente.

Neste sentido, transcrevo lição de Humberto Theodoro Junior (*in* Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, 24ª edição, Ed. LEUD, p. 273), *verbis*:

> *'A jurisprudência, mesmo antes da reforma da Lei nº 11.382/2006, já entendia que a ordem do art. 655 não era absoluta e inflexível. O texto renovado do art. 655 afina-se com a jurisprudência ao estatuir que 'a penhora observará, preferencialmente' a gradação da lei (e não obrigatória ou necessariamente).*
>
> *Admite-se, de tal sorte, a justificação da escolha dentro dos parâmetros (i) da facilitação da execução e sua rapidez, e (ii) da conciliação, quanto possível, dos interesses de ambas as partes. Segundo a posição do Superior Tribunal de Justiça, ora prestigiada pelo novo texto do art. 655,* caput, *'a gradação legal há de ter em conta, de um lado, o objetivo de satisfação do crédito e, de outro, a forma menos onerosa para o devedor. A conciliação desses dois princípios é que deve nortear*

> *a interpretação da lei processual, especificamente os arts. 655, 656 e 620 do CPC'.*
> *Não há mais a regra rigorosa que outrora declarava ineficaz a nomeação fora da ordem legal (art. 656), de maneira que dúvida não há de se ter que o direito de escolher o bem a penhorar dentro da gradação do Código não é absoluto, mas relativo.*
> *As regras do art. 655 devem ser observadas também na penhora relativa ao cumprimento da sentença* (exceptio per officium iudicis), *em que não há citação do devedor mas expedição direta do mandado de penhora, após o prazo de cumprimento voluntário. Ao credor, no requerimento da diligência, cabe indicar o bem a penhorar (art. 475-J, § 3º)'.*

No caso em apreço, tendo em vista a recusa do exequente quanto ao bem oferecido à penhora, foi determinada a constrição judicial de 30% (trinta por cento) do faturamento bruto da ora agravante, até o limite da dívida (fl. 938).

Cumpre destacar que o imóvel ofertado pelo pela ora agravante à penhora, conforme se verifica do documento de fls. 160, encontra-se gravado por outras constrições, razão pela qual foi recusado de forma legítima pela exequente, ora agravada.

Impõe-se, dessa forma, verificar se a constrição judicial se mostra excessivamente gravosa.

Tenho que o percentual determinado pelo d. Magistrado prolator da r. decisão recorrida não se mostra excessivo, a ponto de inviabilizar a continuidade das atividades desenvolvidas pela agravante e, ao mesmo tempo, se mostra capaz de permitir a satisfação da dívida exequenda.

Em casos análogos, esta egrégia Corte e colendo Superior Tribunal de Justiça adotaram igual posicionamento. Confira-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE FATURAMENTO - INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO - DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO (SÚMULA 284/STF) - ADMITE-SE A PENHORA SOBRE O FATURAMENTO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - VERIFICAÇÃO DE QUE A EXECUÇÃO ESTÁ SENDO CONDUZIDA DE FORMA MENOS GRAVOSA - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS (SÚMULA 7/STJ). (...). 2. Admite-se a penhora sobre o faturamento da empresa somente em situações excepcionais, as quais devem ser avaliadas pelo magistrado à luz das circunstâncias fáticas apresentadas no curso*

da execução fiscal. (...) 4. Recurso especial não conhecido". (REsp 879.238/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.08.2008, DJe 05.09.2008).

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA EM SUBSTITUIÇÃO À ANTERIOR - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE NULIDADES - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. Inexistentes as nulidades apontadas na realização do leilão, não procede a objeção da executada, tanto mais porque não se consumou a arrematação. 2. O insucesso do leilão não obriga o credor a adjudicar o bem penhorado. Essa modalidade de quitação constitui mera faculdade. 3. A penhora incide, preferencialmente, sobre dinheiro e pode substituir a incidente sobre outros bens, desde que haja desistência do credor. 4. A penhora sobre o faturamento diário da empresa é admissível, desde que não inviabilize seu normal funcionamento, sendo desnecessária a nomeação de administrador. 5. Recurso parcialmente provido. Unânime". (20070020100441AGI, Relator ESTEVAM MAIA, 4ª Turma Cível, julgado em 05/12/2007, DJ 13/12/2007 p. 95).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTEÇA. PENHORA INCIDENTE SOBRE CRÉDITOS EM CONTA BANCÁRIA DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. 1. É possível a incidência de penhora sobre numerários depositados em conta bancária da pessoa jurídica executada, quando não acarreta danos irreparáveis ou de difícil reparação. 2. Inexiste prova inequívoca de que a constrição inviabilizará as atividades da Agravante. 3. Agravo improvido". (20070020042132AGI, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 15/08/2007, DJ 06/09/2007 p. 131).

Portanto, tendo em vista que a constrição judicial imposta na r. decisão recorrida não se mostra excessivamente onerosa, resta inviabilizado o acolhimento da pretensão recursal.

Com estas considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo de Instrumento.

É como voto.

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Vogal) - Acompanho a 1ª Vogal.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento ao recurso. Por maioria, vencido o Relator. Redigirá o acórdão a 1ª Vogal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009002001065-0

Agravante - Distrito Federal
Agravada - GVT Global Village Telecom Ltda.
Relator - Des. Natanael Caetano
Primeira Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. LIMINAR. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTO. IMPEDIMENTO. REFORMA PARCIAL.
O lançamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS é feito por homologação. Entretanto, quando o contribuinte não informa à autoridade administrativa a incidência do tributo, o lançamento ocorre de ofício, cujo procedimento tem início com o auto de infração. Sendo assim, a decisão liminar que impede qualquer tipo de autuação, gera prejuízos ao Fisco, impossibilitando-o de lançar o crédito tributário discutido nos autos. Cabível, portanto, a reforma parcial da decisão, para que se admita a autuação para fins de formalização do crédito tributário, ficando o Distrito Federal impedido, tão somente, de aplicar penalidade decorrente do não pagamento do ICMS e de exigir o crédito tributário.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Distrito Federal contra a r. decisão de fls. 88/90, que deferiu o pedido de liminar requerido pela ora agravada

em sede de mandado de segurança preventivo, determinando que o ora agravante não autue nem compila a ora agravada a realizar o pagamento de ICMS em relação às transferências de ativos fixos entre seus próprios estabelecimentos.

Alega o Distrito Federal que inexiste *periculum in mora* apto a autorizar a concessão da medida, mas, ao contrário, entende que há *periculum in mora* inverso, ao argumento de que antes da inscrição de qualquer débito tributário em dívida ativa há um procedimento administrativo em que são assegurados ao contribuinte a ampla defesa e o contraditório, não havendo qualquer risco de a ora agravada sofrer dano irreparável ou de difícil reparação. Ainda, alega que eventual sucesso no *writ* serviria de base para desconstituir qualquer autuação que pudesse vir a ser lavrada pelo fisco distrital. Aduz, também, que a liminar concedida é satisfativa, pois se a administração tributária ficar impedida de fazer a autuação e de exigir o pagamento do imposto, não haverá qualquer obstáculo ao integral transcurso do prazo decadencial para o lançamento do tributo ou do prazo prescricional para a cobrança. Por fim, diz que inexiste *fumus boni juris,* pois o ICMS é devido quando da entrada de bens no território do Distrito Federal, mesmo que tal se dê em razão de deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Pede, ao final, seja cassada a liminar concedida nos autos de origem.

Às fls. 126/127, suspendi a decisão agravada no ponto em que determinou que não houvesse a autuação da agravada para fins de formalização da exigência do crédito tributário.

A agravada apresentou resposta às fls. 130/132, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Informações do Juízo prolator da decisão agravada à fl. 133.

É o relatório.

VOTOS

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

Verifica-se dos autos que a ora agravada impetrou mandado de segurança preventivo contra o Distrito Federal, visando a impedir a cobrança de ICMS sobre as transferências de bens de seu ativo imobilizado no Distrito Federal para diversos Estados e vice-versa.

Na exordial do *mandamus*, alegou a ora agravada estar pacificado na jurisprudência a não incidência do ICMS sobre transferências de bens do ativo imobilizado quando inexistente a mudança de titularidade da mercadoria (transferência meramente física).

Requereu, então, em liminar, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até o julgamento final do *writ*. Confira-se o pedido da impetrante/agravada, abaixo transcrito:

> "…À *vista do exposto, pede a impetrante a concessão da medida liminar,* inaudita altera parte, *para determinar-se à autoridade coatora que se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de autuar a impetrante pelo não pagamento do ICMS sobre as operações de transferência de bens de seu ativo imobilizado entre seus próprios estabelecimentos, sejam em operações interestaduais ou internas, destinadas ao Distrito Federal ou deste oriundas para outros Estados da Federação. Tal medida suspenderá a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV, do CTN), impedindo-se a execução, inscrição em cadastros de inadimplentes, negativa de certidões com efeitos negativos em razão dos débitos de ICMS debatidos neste writ" (grifo nosso - fl. 22).*

O MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido da ora agravada, nos seguintes termos:

> "…*Em face do exposto, defiro a liminar a fim de que a autoridade coatora* ***não autue*** *nem compila a impetrante a realizar o pagamento de ICMS em relação às transferências de ativos fixos, entre seus estabelecimentos, descritos nas notas fiscais de fls. 39/59, n.º…" (negritei / fl. 90).*

Segundo o agravante, a decisão agravada não se limitou a suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas foi além e o proibiu de fazer a autuação da agravada. Afirma que tal fato impede o Fisco de lançar o crédito tributário e, consequentemente, não há a suspensão do prazo decadencial.

A meu ver, tem razão em parte o agravante, pois pelo que se vê do pedido da agravada, que fora acima transcrito, ela requereu a concessão de liminar no mandado de segurança visando à suspensão da exigibilidade de crédito tributário (ICMS) até julgamento final do *writ*, para que fosse impedida a execução, a inscrição da empresa em cadastros de inadimplentes e a emissão de certidão positiva de débito.

O MM. Juiz de 1º grau, todavia, impediu a autuação da empresa agravada, impedindo o lançamento do crédito tributário e não só a imposição de multas por descumprimento da legislação.

A meu ver, portanto, está com a razão o agravante, pois a decisão agravada, na forma como foi preferida, impede qualquer tipo de autuação, ou seja, a lavratura de auto de infração por meio do qual o Fisco aplica penalidade por descumprimento da legislação tributária e **também a lavratura de auto de infração por meio do qual o Fisco fixa o valor do crédito tributário, dando início ao seu lançamento**.

Isso é o que se depreende do artigo 9º do Decreto n.º 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal no âmbito da União, cujas disposições foram praticamente reproduzidas nos Estados. Confira-se:

> *"Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão* ***formalizados em autos de infração*** *ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito." (negritei).*

No caso dos autos, como se trata de Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS, o lançamento se dá, normalmente, por homologação. Entretanto, quando o contribuinte não informa à autoridade administrativa a incidência do tributo, o lançamento ocorre de ofício, cujo procedimento tem início com o auto de infração.

Portanto, apesar de ter o MM. Juiz *a quo* determinado que o ora agravante se abstivesse de autuar a agravada, com o fim de impedir a imposição de **penalidade** decorrente do descumprimento da legislação tributária, é de se reconhecer que tal decisão tem o condão de alcançar o auto de infração lavrado com o fim de dar início ao procedimento de lançamento do crédito tributário.

Ocorre que o lançamento do crédito tributário é o único meio capaz de constituí-lo, sendo certo que, se não for dado início ao procedimento do lançamento, não mais terá o Fisco a oportunidade de constituir o crédito, caso se reconheça na sentença do mandado de segurança o cabimento de sua cobrança.

Importante ressaltar que a pretensão da ora agravada, ao requerer a liminar no mandado de segurança, não foi de impedir o lançamento do crédito tributário, mas de suspender a sua exigibilidade, para que fosse, como dito alhures, impedida a execução, a inscrição da empresa em cadastros de inadimplentes e a emissão de certidão positiva de débito.

Não obstante, a decisão agravada foi além e impediu, além da exigência do crédito tributário, o seu lançamento, o que induvidosamente pode acarretar grave prejuízo à arrecadação de tributos pelo Distrito Federal.

Pelo exposto, entendo que merece parcial reforma a decisão agravada, para que o agravante fique impedido tão somente de impor penalidade por descumprimento da legislação tributária, bem como de exigir o crédito tributário, podendo, todavia, autuar a agravada para fins de formalização da exigência (lançamento) do crédito tributário.

Com tais considerações, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao presente agravo de instrumento para, reformando a decisão agravada, suspender a exigibilidade do ICMS incidente sobre as transferências de bens do ativo imobilizado da agravada, quando inexistente a mudança de titularidade da mercadoria, bem como para determinar que o Distrito Federal se abstenha de aplicar penalidade em razão do não pagamento do ICMS nesses casos, podendo, tão somente, autuar a agravada para fins de formalização do crédito tributário.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer e dar parcial provimento, unânime.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009002001717-6

Agravante - Roberto Braggio Junior
Agravado - Banco do Brasil S/A
Relator - Des. José Divino de Oliveira
Sexta Turma Cível

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR. NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL DE CADASTRAMENTO DE LEILOEIRO. INTERESSADO. EXCLUSÃO. AÇÕES CÍVEIS EM ANDAMENTO. DECISÃO IRRECORRÍVEL. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

I - Embora tenha sido arguido, não cuidou o agravado de provar o descumprimento do ônus previsto no art. 526, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mediante certidão expedida pela secretaria do Juízo. Depois, a ausência do comprovante de interposição do agravo não constitui circunstância capaz de dificultar ou impossibilitar o exercício da ampla defesa por parte do recorrido, daí porque não tem o condão de impedir o conhecimento do recurso. Preliminar rejeitada.

II - Ninguém jamais será presumido culpado até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível. Assim, somente a condenação penal transitada em julgado descaracteriza a presunção *juris tantum* de não culpabilidade. Inteligência do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

III - A exclusão do agravante do procedimento de credenciamento de leiloeiro, por considerá-lo inidôneo moralmente com base apenas em sua condição de parte passiva de ações cíveis em curso, ainda sem solução definitiva, não se revela compatível com o princípio da presunção de inocência, cuja aplicabilidade alcança também a esfera administrativa, máxime porque a norma constitucional não o restringe ao âmbito penal.

IV - Deu-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, José Divino de Oliveira - Relator, Ana Maria Duarte Amarante e Jair Soares - Vogais, sob a presidência da Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante, em conhecer. Dar provimento. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por ROBERTO BRAGGIO JUNIOR contra decisão de conteúdo negativo proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível de Brasília.

O Banco do Brasil S/A divulgou Edital de Cadastramento de Leiloeiro Oficial, exigindo dos interessados, dentre outros documentos, certidões negativas dos distribuidores, no Distrito Federal, da Justiça Federal e das Varas Criminais da Justiça local, ou de folhas corridas, passadas pelos cartórios dessas mesmas justiças, e, nos Estados, pelos Cartórios da Justiça Federal e Local do distrito em que tiver seu domicílio, na forma determinada pelo artigo 2º, "d", do Decreto n° 21.981, de 19.10.32 (fl. 27, item b).

O pedido de cadastramento formulado pelo agravante foi indeferido, sob a alegação de que as certidões por ele apresentadas estavam em desconformidade com a regra editalícia, porquanto noticiavam a existência de ações em seu desfavor, quando deveriam ser negativas (fl. 49 e 84/87). Por isso, impetrou mandado de segurança objetivando a concessão de liminar a fim de ser mantido no certame, cujo requerimento foi negado.

Daí a interposição do agravo de instrumento, sustentando o recorrente, em suma, que a norma invocada para denegar a habilitação - art. 2º do Decreto n° 21.981/32 - somente tem pertinência quando da inscrição do interessado na Junta Comercial, sendo inaplicável ao procedimento de escolha de leiloeiros. Depois, embora esteja figurando isoladamente em ações judiciais em curso, nunca foi condenado nas esferas cível e criminal, estando exercendo regularmente a profissão. Por fim, a exigência de certidões negativas não consta do rol do art. 27 da Lei n° 8.666/90. Assim sendo, o ato que o excluiu é ilegal e abusivo.

Pede a antecipação dos efeitos da tutela recursal e a reforma da decisão impugnada.

A liminar foi indeferida.

Dispensei as informações.

O agravado apresentou resposta ao recurso.
A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do agravo.
É o relatório.

VOTOS

Des. José Divino de Oliveira (Relator) -
PRELIMINAR - NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO - REJEIÇÃO

O agravado sustenta que o agravante não providenciou a juntada aos autos de origem do comprovante de interposição do recurso, daí porque o agravo deve ser considerado inadmissível, conforme preconiza o art. 526, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

De fato, constitui requisito de admissibilidade do agravo de instrumento, dentre outros, a juntada no processo originário de cópia da petição recursal, cuja providência é necessária para possibilitar ao magistrado o juízo de retratação.

Entretanto, embora tenha sido arguido, não cuidou o agravado de provar o descumprimento da norma mediante certidão expedida pela secretaria do Juízo. Depois, a ausência do comprovante de interposição não constitui circunstância capaz de dificultar ou impossibilitar o exercício da ampla defesa por parte do recorrido, daí porque tal alegação não possui fomento jurídico para impedir o conhecimento do recurso.

Assim sendo, afasto a preliminar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A pretensão do agravante de ser cadastrado como leiloeiro oficial do Banco do Brasil S/A esbarrou na exigência editalícia de inexistência de ações cíveis e criminais contra si em andamento, conforme previsão contida no art. 2º, 'd', do Decreto n° 21.891, de 19.10.32, cujo diploma regulamenta o exercício da profissão de leiloeiro.

O item 2.11, 'b', do Edital de Cadastramento de Leiloeiro Oficial está assim redigido:

> *"(...)*
> *2.1.1. DOCUMENTAÇÃO PARA AUTÔNOMO E PESSOA JURÍDICA*
> *(...)*
> *b) certidões negativas dos distribuidores, no Distrito Federal, da Justiça Federal e das Varas Criminais da Justiça local, ou de folhas corridas, passadas pelos cartórios dessas mesmas justiças, e, nos Estados, pelos*

> *Cartórios da Justiça Federal e Local do distrito em que o candidato tiver seu domicílio, na forma determinada pelo artigo 20, item "d" do Decreto n° 21.981, de 19.10.1932)" (fl. 27).*
> *Por seu turno, o art. 2º, 'd', do Decreto n° 21.981/32, assim dispõe:*
> *"Art. 2º Para ser leiloeiro, é necessário provar:*
> *(...)*
> *d) ter idoneidade, comprovada com apresentação de caderneta de identidade e de certidões negativas dos distribuidores, no Distrito Federal, da Justiça Federal e das Varas Criminais da Justiça local, ou de folhas corridas, passadas pelos cartórios dessas mesmas Justiças, e, nos Estados e no Território do Acre, pelos Cartórios da Justiça Federal e Local do distrito em que o candidato tiver o seu domicílio.*
> *Apresentará, também, o candidato, certidão negativa de ações ou execuções movidas contra ele no foro civil federal e local, correspondente ao seu domicílio e relativo ao último quinquênio.*

Como visto, o ato de indeferimento do pedido deduzido pelo agravante está amparado em regra editalícia, cuja exigência, em tese, possui respaldo em norma legal.

Conforme se extrai dos autos, há pelo menos três ações em andamento, nas quais o recorrente figura no pólo passivo (fl. 53).

Por isso, em princípio, não vislumbrei ilegalidade alguma na decisão agravada.

Todavia, após realizar uma profunda análise dos fatos da causa, observo que a simples existência de ações cíveis propostas em face do impetrante não pode resultar em empecilho ao almejado cadastramento, salvo condenação definitiva, transitada em julgado.

Com efeito, de acordo com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, *verbis*:

> *"Art. 5º (...)*
> *LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."*

Conforme se extrai da referida norma, a pessoa jamais será presumida culpada até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível. Assim, somente a condenação penal transitada em julgado descaracteriza a presunção *juris tantum* de não culpabilidade.

Portanto, a exclusão do interessado em participar do procedimento de seleção, por considerá-lo inidôneo moralmente com base apenas em sua condição de parte passiva de ações em curso, não se revela compatível com o princípio da presunção de inocência, cuja aplicabilidade alcança também a esfera administrativa, máxime porque a norma constitucional não o restringe ao âmbito penal.

Ademais, o agravante encontra-se regularmente inscrito no seu órgão de classe, estando exercendo regularmente a profissão de leiloeiro.

Quanto às ações em curso, a situação é a seguinte:

- não responde à ação penal;

- há duas ações cíveis na Justiça Federal, nas quais o agravante figura no pólo passivo (n° 2001 34 00018351-5 - ordinária - e 90.0005076-6 - ação popular). A primeira foi julgada improcedente, estando pendente de recurso. A outra ainda está tramitando;

- Na Justiça local constam quatro ações nas quais o recorrente ocupa o pólo passivo; a de n° 2002 01 1 060687-5 - indenização - foi julgada procedente em primeira instância, cuja sentença foi reformada, por maioria, na segunda instância, para julgar improcedentes os pedidos, tendo sido negado provimento aos embargos infringentes; a de n° 2007 01 1 080995-2 - obrigação de fazer - encontra-se arquivada; as de nº 2007 01 1 105612-5 - obrigação de fazer - e 2008 01 1 103257-8 - indenização - estão em andamento.

Como visto, o recorrente não responde a nenhuma ação penal, mas apenas figura no pólo passivo de ações cíveis, ainda sem solução definitiva.

Nesse contexto, não é razoável que o Poder Judiciário chancele o ato que o excluiu do certame, em virtude das referidas ações, que pela natureza não tem o condão de conspurcar a honra do agravante.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a r. decisão impugnada, deferir a liminar vindicada para assegurar ao agravante o cadastramento como leiloeiro oficial do Banco do Brasil S/A.

É como voto.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, pois o fato de ser acionado evidencia, muitas vezes, ânimo de discutir determinadas dívidas ou obrigações a si supostamente atribuídas, não podendo, por si só, caracterizar um desdouro à honorabilidade de uma pessoa.

Des. Jair Soares (Vogal) - Senhora Presidente, com a devida vênia, nego provimento.

Exige o edital, para se cadastrar como leiloeiro, que o candidato não ostente contra ele qualquer ação. O agravante ostenta. Inclusive, uma das

ações é ação popular. Bastante grave a conduta que leva ao ajuizamento dessa ação.

E a exigência não é apenas com relação a ele, mas a todos os candidatos que participaram da seleção que está sendo realizada pelo agravado. Permitir que ele participe, quando é exigência para todos, quebra o princípio da isonomia.

Com relação ao princípio constitucional de presunção de inocência, a aplicação é na ação penal. Não se estende a exigências feitas em edital para isentar pessoas que respondem ações de natureza cível ou qualquer outra.

Desa. Ana Maria Duarte Amarante (Vogal) - Mantenho o meu voto, com a devida vênia do eminente 2º Vogal, considerando que a ação popular em comento, que impressiona à primeira vista, quanto à suposta nódoa na folha corrida do agravante, já conta com decisão favorável em 1º Grau de jurisdição, havendo maior reforço à presunção que milita, ou deve militar em seu favor.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento. Maioria.

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2007002000436-0

Agravantes - Tribunal de Contas do Distrito Federal e Distrito Federal
Agravados - Os mesmos
Relator - Des. Sérgio Bittencourt
Conselho Especial

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - AÇÃO MOVIDA PELO DISTRITO FEDERAL - COLIDÊNCIA DE INTERESSES - PATROCÍNIO DA CAUSA PELA PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL - EVOCAÇÃO INADEQUADA DO ART. 111, § 2º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL - EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA PELA ASSESSORIA JURÍDICA DA PRÓPRIA CORTE DE CONTAS - POSSIBILIDADE.
O Distrito Federal possui legitimidade *ad causam* e interesse processual para impetrar mandado de segurança de ato emanado de sua Corte de Contas. Precedentes.
Em mandado de segurança impetrado pelo Distrito Federal contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal afasta-se o preceito do art. 111, § 2º, da Lei Orgânica, a fim de que a defesa seja feita pela assessoria jurídica do órgão.
A Administração Pública está jungida ao princípio da legalidade estrita. Não se justifica, assim, a manutenção dos benefícios conhecidos por "quintos" e "décimos" após a edição da Lei Distrital 1.864/98, máxime calcada em simplório argumento de que a retirada poderia prejudicar os compromissos financeiros assumidos pelos servidores beneficiados pela ilegalidade.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sérgio Bittencourt - Relator, J. J. Costa Carvalho, Vera Andrighi, Flavio Rostirola, José Divino, Silvanio Barbosa dos Santos, João Mariosi, Edson Alfredo Smaniotto, Lecir Manoel da Luz, Romeu

Gonzaga Neiva e Mario Machado - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Nívio Gonçalves, em rejeitar as preliminares, negar provimento ao agravo regimental do TCDF e dar provimento ao agravo regimental do Distrito Federal, maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de janeiro de 2009.

RELATÓRIO

O **Distrito Federal** impetrou *Mandado de Segurança* contra ato do **Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, consistente na edição da Decisão 67/06 que concedeu aos servidores daquela Corte o direito de receberem as vantagens pecuniárias conhecidas como "quintos" e "décimos", por entender inaplicáveis à hipótese as Leis Distritais 1.004/96, 1.141/96 e 1.864/98.

Após regular processamento, foi concedida a liminar pleiteada pelo impetrante e, consequentemente, determinada a suspensão de todos os efeitos da referida decisão administrativa (fls. 443/448).

Vieram as primeiras informações (fls. 455/976 e 798/817), nas quais pondera a digna autoridade indicada coatora que a mesma matéria constitui o objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o Distrito Federal.

Foi, então, suspenso o cumprimento da decisão anterior por sessenta dias (fls. 818/819).

Ainda inconformado, o **Tribunal de Contas do Distrito Federal** interpôs *Agravo Regimental* contra a primitiva liminar, ao argumento de que a Lei Orgânica do Distrito Federal, em seu art. 84, item IV, *estabelece que é da competência exclusiva do Tribunal de Contas do Distrito Federal, propor à Câmara Legislativa a criação, transformação e extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos*, disposição essa também constante da lei orgânica daquela Corte de Contas. Conclui, assim, que leis distritais de iniciativa de outro órgão não se aplicam aos seus servidores, particularmente as que tratam das incorporações das vantagens de que cuidam os autos, sendo, pois, legítima a decisão administrativa que assim dispôs - Decisão 67/2006.

O **Ministério Público** compareceu nos autos e, após noticiar a revogação da decisão tomada no agravo de instrumento anteriormente mencionado, requereu que também fosse revogada a decisão que suspendeu os efeitos da liminar aqui concedida.

O **Distrito Federal**, também inconformado, ofereceu *Agravo Regimental* contra a suspensão da liminar concedida em seu favor, ao argumento de não haver

mais decisões conflitantes. Nega ainda a existência de graves consequências sociais decorrentes da execução da medida.

É o relatório.

VOTOS

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Examino, inicialmente, o recurso do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

É do seguinte teor a decisão recorrida, *in verbis*:

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pelo **Distrito Federal** contra ato do Senhor **Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios**, consistente na concessão do direito aos servidores daquela Corte de Contas de receberem as vantagens pecuniárias denominadas "quintos" e "décimos", inclusive com efeito retroativo à data da vigência da Lei Distrital 1.864/98, por entender que não se aplicam, no âmbito daquele Tribunal de Contas, as Leis Distritais 1.004/96, 1.141/96 e 1.864/98, que tratam da incorporação das referidas vantagens - Decisão Extraordinária Administrativa 67/2006.

Aduz o impetrante que a decisão em questão violou direito líquido e certo de que seu patrimônio não seja objeto de dilapidação ilegal. Sustenta que o argumento utilizado pela Corte de Contas, no sentido de que a cada órgão compete legislar sobre o regime jurídico de seus servidores, não merece prosperar. Argumenta que, por força da Lei Distrital 211/91, aplica-se a Lei 8.112/90 aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que não prevê a acumulação das referidas vantagens pecuniárias, tendo em vista as alterações sofridas no art. 62. Aponta, ainda, equívoco no entendimento da autoridade indigitada coatora, pois a incorporação das vantagens em tela também foi extinta no âmbito do Poder Judiciário por força do mesmo Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais.

Requer seja concedida medida liminar "para obstar preventivamente que a autoridade impetrada pratique qualquer ato que vise implementar o que restara estabelecido na decisão n. 67/2006" e "seja determinada à autoridade impetrada que providencie a imediata juntada aos autos do processo TCDF nº 674/2004, ou de cópia autenticada do inteiro teor do mesmo". No mérito, requer a confirmação da liminar.

Juntou documentos às fls. 26/76,

Inicialmente os autos foram distribuídos ao eminente Desembargador Romão Cícero Oliveira, que postergou o exame da liminar para momento posterior à apresentação das informações (fls. 79/80).

As informações foram prestadas pela douta autoridade indigitada coatora, oportunidade em que foram juntados os documentos de fls. 86/194.

A fl. 196, o Distrito Federal reiterou o pedido liminar para que fosse juntada aos autos a cópia integral do Processo Administrativo nº 674/2004 que tramitou no âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal, o qual foi atendido parcialmente com a juntada dos documentos de fls. 281/330.

O eminente Desembargado Romão Cícero Oliveira chamou o feito à ordem (fl. 332), a fim de que fossem citados os servidores da Corte de Contas em questão, tendo em vista que a decisão judicial diz respeito à esfera de seus interesses.

O impetrante interpôs agravo regimental contra tal decisão (fls. 339/347), a qual foi mantida conforme o v. acórdão de fls. 350/356.

Após a juntada do rol dos servidores do TCDF (fls. 399/406), o Distrito Federal requereu a citação por edital dos interessados (fls. 410/411).

Em virtude das férias do eminente Desembargador Romão Cícero de Oliveira, os autos foram a mim redistribuídos (fl. 413).

Indeferi o pedido de citação por edital por ausência de previsão legal (fl. 414).

Inconformado, o Distrito Federal agravou da r. decisão (fls. 417/420), a qual foi modificada, conforme v. acórdão de fls. 428/433, determinando-se a citação dos interessados por edital.

Os autos foram redistribuídos ao eminente Desembargador Jair Soares em virtude de minhas férias (fl. 422) e depois ao eminente Desembargador Cruz Macedo, o qual declarou-se impedido (fl. 440). Por nova redistribuição, retornaram-me os autos (fl. 441).

Analiso o pedido de liminar.

Vislumbro presentes os requisitos para a concessão da liminar.

A argumentação apresentada pelo impetrante mostra-se relevante, pois há previsão legal expressa de que se aplica aos servidores do Tribunal de Constas do Distrito Federal a Lei 8.112/90, consoante dispõe o art. 4º da Lei Distrital 211/1991, até a aprovação do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Distrito Federal pela Câmara Legislativa.

A Lei 8.112/90 teve seu art. 62, que previa a incorporação das vantagens pecuniárias denominadas de quintos/décimos, revogado pela Lei 9.527/97, em nível federal, e pela Lei Distrital 1.864/98, em nível distrital.

Assim, nos termos do art. 1º, parágrafo único, inciso III, do Decreto Legislativo 1.094/04, acima transcrito, houve também a extinção dos quintos/décimos em nível distrital.

Ainda em cognição superficial, o fato de a lei que institui o regime único dos servidores públicos ser de competência privativa do chefe do Poder Executivo, não afasta sua aplicação aos servidores públicos de todas as esferas de poder. Assim,

a extinção da incorporação das vantagens pecuniárias intituladas de quintos/décimos também abrange os servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Por outro lado, presente também o perigo na demora, pois a incorporação das vantagens em questão refere-se à verba irrepetível, de forma que, se considerada ilegal, não caberá o ressarcimento aos cofres do erário distrital, conforme recentes precedentes desta Egrégia Corte de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. REQUISITOS. SERVIDOR PÚBLICO. PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. VERBA REMUNERATÓRIA DESTACADA. SUSPENSÃO PAGAMENTO. 1.Tratando-se de pleito deduzido em sede mandamental versando sobre a concessão de vantagem de cunho remuneratório, não se mostra possível a concessão de medida liminar, nos termos da expressa vedação constante do §4º, artigo 1º, da Lei nº 5.021/66 e artigo 5º, "caput", da Lei nº 4.348/64. Estes dispositivos vedam a concessão de medida requerida com vistas ao pagamento de vantagens pecuniárias. O entendimento exarado pelo colendo STF quando do julgamento da ADC nº 4 direciona-se também nesse mesmo sentido. 2.* **No caso em análise, verificou-se a probabilidade de *periculum in mora* inverso. Tendo em vista o caráter alimentar de que se revestem as verbas pleiteadas, o pagamento será bom e perfeito. Assim, caso seja acolhido o pedido ora postulado a título de liminar, ainda que a segurança seja denegada ao final, o ressarcimento ao Erário será penoso em razão da questão da irrepetibilidade do montante pago. Em verdade, em sentido contrário, caso seja concedida a segurança em provimento final, os benefícios retroagirão à data da lesão reconhecida. Por consequência, ausente o prejuízo a ser suportado pelo impetrante e alegado nesta ação. 3. Agravo Regimental não provido.***"(MSG 2008.00.2.000489-9, Relator FLAVIO ROSTIROLA, Conselho Especial, julgado em 04/03/2008, DJ 31/03/2008, p. 33)*

> *PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. FORMA DE PAGAMENTO. LIMINAR. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE* **PERICULUM IN MORA.** *1.* **O caráter alimentar da verba cujo pagamento não foi efetivado na forma pretendida**

pelo impetrante (terço constitucional de férias), por si só, não autoriza o deferimento da liminar em sede mandamental, já que, inversamente, a irrepetibilidade dos valores perseguidos poderia dificultar o ressarcimento ao Erário em caso de denegação da segurança, ao passo que os efeitos de eventual concessão do *writ* **retornarão à data da lesão reconhecida. Ausente, pois, o *periculum in mora* a respaldar o pedido liminar, mantém-se a decisão indeferitória**. *2. Recurso não provido." (MSG 2008.00.2.002708-6, Relator CRUZ MACEDO, Conselho Especial, julgado em 15/04/2008, DJ 05/05/2008, p. 24)*

*DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE PROMOÇÃO NA CARREIRA DE AGENTE DE POLÍCIA - IMPOSSIBILIDADE - EQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - BOA-FÉ DO SERVIDOR - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEALDADE E BOA-FÉ. 01. A boa-fé isenta o servidor público da obrigação de restituir os valores indevidamente lançados em sua folha de pagamento, desde que não haja concorrido para o erro do órgão pagador. 02. A lesão ao direito líquido e certo do impetrante decorreu do fato de a Administração Pública ter extrapolado os limites da legalidade, ao promover descontos sobre a remuneração do apelado, a fim de restituir ao erário os valores oriundos da promoção indevida. Precedentes desta Corte de Justiça. 03. O Distrito Federal não permitiu ao impetrante a discussão do desconto em sua folha de pagamento, na via administrativa, de modo a garantir o devido processo legal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, violando o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República. 04***. Além disso, a verba que o Distrito Federal pretende restituir ao erário tem natureza alimentar, o que a torna irrepetível.** *05. O Decreto n. 59.310/66, o qual não foi revogado pela Lei n. 8.112/90, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, estabelece em seu art. 40, § 1º, que "o funcionário promovido indevidamente não ficará obrigado a restituir o que a mais houver recebido". 06. Recurso voluntário e remessa de ofício conhecidos e não providos." (APC 2005.01.1.123135-3, Relator NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, julgado em 06/12/2006, DJ 23/01/2007, p. 99) (Grifei)*

Dessa forma, concedo a liminar para: 1) suspender todos os efeitos da decisão 67/06 do Tribunal de Contas do Distrito Federal, determinando, inclusive, a sustação imediata dos pagamentos aos seus servidores em razão das verbas incorporadas, a partir da vigência da Lei Distrital 1.864, de 19/01/98; 2) determinar a autoridade indigitada coatora que junte o inteiro teor do processo 674/2004, inclusive com a decisão 67/06 completa.

Cumpra a secretaria a decisão proferida no Agravo Regimental de fls. 429/433, promovendo a citação por edital dos servidores interessados, com o prazo de 30 dias.

Após, à douta Procuradoria de Justiça.

Brasília, 26 de novembro de 2008.

Solicitadas as informações, a digna autoridade indigitada coatora esclareceu que a mesma matéria está sendo discutida em *Ação Civil Pública* movida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o próprio impetrante, Distrito Federal, perante 4ª. Vara da Fazenda Pública, e que a liminar, também ali concedida, teve suspensos os seus efeitos por força de decisão proferida no *Agravo de Instrumento* 2008.00.2.016596-7, da relatoria do eminente desembargador Ângelo Passareli.

Decidi, então, suspender os efeitos da liminar, nos seguintes termos:

> O **Distrito Federal** impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra ato do **Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, incorporado na "Decisão n° 67/2006", que reconheceu o direito dos servidores daquela Corte de continuarem recebendo as vantagens pecuniárias denominadas "quintos" e "décimos", com efeito retroativo à data da vigência da Lei Distrital 1.864/98, por entender inaplicáveis à hipótese as Leis Distritais 1.004/96, 1.141/96 e 1.864/98.
>
> Após sucessivas redistribuições e determinada, pelo Egrégio Conselho Especial, em sede de agravo regimental, a citação dos litisconsortes por edital, deferi a liminar para 1) suspender todos os efeitos da decisão 67/06 do Tribunal de Contas do Distrito Federal, determinando, inclusive a sustação imediata dos pagamentos aos servidores em razão das verbas incorporadas, a partir da vigência da Lei Distrital 1.864, de 19/01/98; 2) determinar a autoridade indigitada coatora que junte o inteiro teor do processo 674/2004, inclusive com a decisão 67/06 completa. Determinei ainda o cumprimento da decisão proferida no Agravo Regimental de fls. 429/433, promovendo a citação por edital dos servidores interessados, com prazo de 30 dias.
>
> A digna autoridade indigitada prestou as informações requisitadas e, na mesma ocasião, pleiteou a reavaliação do caso ou

prorrogação do cumprimento das determinações ali contidas por sessenta (60) dias.
Com efeito, mostram-se relevantes as ponderações do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, pois só agora vem a lume o fato de que existe uma outra ação em curso (ação civil pública proposta pelo Ministério Público perante a 4ª. Vara da Fazenda Pública) tratando da mesmíssima matéria.
Note-se que o risco de decisões conflitantes, que geralmente ocorre em tais circunstâncias, na presente hipótese já se materializou, pois a liminar ali concedida em primeira instância, e que também suspendera o pagamento das vantagens aos servidores do Tribunal de Contas, foi revogada pela egrégia 2ª. Turma Cível, em sede de agravo de instrumento relatado pelo eminente desembargador Ângelo Passareli.
Acresça-se que nessa ação e também em uma outra que tramita perante a 3ª. Vara da Fazenda Pública, onde igualmente se discute a validade da Resolução 67/06-TCDF, o Distrito Federal é quem figura no pólo passivo da relação jurídica processual. A situação, portanto, é de total incongruência e perplexidade, pois se uma mesma entidade vem a ocupar as duas extremidades da lide, é claro que aí não haverá conflito de interesses a justificar a intervenção do Poder Judiciário.
Pondere-se, finalmente, que a suspensão dos vencimentos dos servidores daquele tribunal, principalmente no final do ano, quando, sabidamente, são maiores os compromissos e necessidades dos assalariados, poderá acarretar graves e irreversíveis consequências sociais.
Isto posto, defiro o pedido formulado pela digna autoridade indigitada coatora e suspendo, por sessenta (60) dias, o cumprimento da ordem contida na liminar anteriormente deferida em favor do impetrante.
Dê-se ciência às partes mediante expedição de ofícios aos Excelentíssimos Senhores Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal e Procurador Geral do Distrito Federal.
P. I.
Brasília, 09 de dezembro de 2008.

Ainda insatisfeito, o Tribunal de Contas aviou o presente *Agravo Regimental*, no qual, após sustentar a tempestividade do referido recurso e a capacidade processual do órgão para estar em juízo na defesa *de suas competências e da autoridade de suas decisões*, faz remissão às razões expendidas nas informações anteriormente prestadas.

O recurso, de fato, é tempestivo, posto que oferecido cinco dias após ciência daquele órgão da decisão atacada.

Por outro lado, verifica-se que a Procuradoria-Geral do Distrito Federal é quem postula em nome do impetrante. Inviável, portanto, a invocação do art. 111, § 2º., da Lei Orgânica do Distrito Federal, que prevê, também como função institucional da mesma, *a representação judicial e extrajudicial do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, posto que colidentes os interesses da entidade federada e um de seus órgãos.

Não há, pois, como negar ao tribunal o direito de promover ele próprio, através de sua assessoria jurídica, sua defesa. Neste sentido, aliás, a lição de Hely Lopes Meirelles[1], *in verbis*:

> Quanto aos órgãos públicos, despersonalizados mas com prerrogativas próprias (Mesas de Câmaras Legislativas, Presidência de Tribunais, Chefias de Executivos e de Ministério Público, Presidências de Comissões Autônomas etc.), a jurisprudência é uniforme no reconhecimento de sua legitimidade ativa e passiva para mandado de segurança (não para ações comuns), restrito à atuação funcional e em defesa de suas atribuições institucionais. (STF, RDA 45/319, RTJ 69/475; TJRS, RDA 15/46, 56/269; TJPR, RT 301/590, 321/529; TJRJ, RT 478/181; TASP, RDA 54/166, 72/267, 73/287, RT 337/373, 339/370; TJSP, RDA 98/202, 108/308, RT 371/120).

Presentes as demais condições da ação e os pressupostos processuais, conheço do recurso interposto pelo TCDF.

Destaco a questão.

Des. J.J. Costa Carvalho (Vogal) - Com o Relator.

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

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

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

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Com o Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Com o Relator.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Com o Relator.

---

1 *MEIRELLES, Hely Lopes.* **Mandado de Segurança**. *31ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.29.*

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

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

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

MÉRITO

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - No mérito, entretanto, tenho que a decisão recorrida deve ser mantida.

Com efeito, mediante simples decisão administrativa - DECISÃO N° 67/2006 - o Tribunal de Contas do Distrito Federal entendeu inaplicáveis, no âmbito daquela Corte, as Leis distritais 1.004/96, 1.141/96 e 1.864/98, com isso permitindo aos seus servidores o recebimento das vantagens pecuniárias denominadas "quintos" e "décimos". O argumento utilizado, entretanto, mostra-se inconvincente, eis que o art. 84, inciso IV, da Lei Orgânica do Distrito Federal, não restringe a iniciativa de leis, como as da espécie, ao referido órgão, posto que não se pode confundir a competência legislativa para propor a fixação de vencimentos com a manutenção de vantagens extintas para todos os outros servidores dos demais órgãos distritais.

O *periculum in mora* acha-se presente na medida em que a continuidade dos pagamentos implica dilapidação do patrimônio público, eis que as verbas em questão têm caráter alimentar e, portanto, sequer poderão ser reavidas em momento futuro.

Mantenho, pois, a decisão concessiva de liminar (fls. 443/448).

Conheço também do *Agravo Regimental* interposto pelo Distrito Federal, o qual se insurge contra a segunda decisão por mim proferida (fls. 818/819), que suspendeu o cumprimento da liminar acima analisada.

Com efeito, as razões pelas quais foi suspensa a liminar não mais subsistem, eis que a decisão do Tribunal que com ela conflitava, proferida pelo eminente desembargador Ângelo Passareli no AGI 2008.00.2.016596-7, foi por sua Excelência tornada sem efeito, nos seguintes termos:

> Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face de decisão proferida pelo Juízo de Direito da Quarta Vara de Fazenda Pública de Brasília, que nos autos da Ação Civil Pública, Feito n.º 2008.01.1.137522-4, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida.
> Entendo que merece acolhida a preliminar de falta de capacidade processual ou legitimação processual do Tribunal de Contas do Distrito Federal, suscitada pelo Agravado/MPDFT.

> A Teoria do Órgão, amplamente aceita no Direito Administrativo pátrio, ensina que o órgão é parte integrante da entidade da qual faz parte, e que as pessoas jurídicas expressam a sua vontade por meio de seus próprios órgãos, representados por seus agentes públicos, na forma organizacional instituída.

Hely Lopes Meirelles, discorrendo a cerca do tema, tece importantes comentários sobre o tema, os quais peço vênia para transcrever, *in verbis*:

> ' (...) Gierke formulou a teoria do órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna. O órgão - sustentou Gierke - é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade. (...) Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas).' (Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros; São Paulo - 1999; pp. 62/63, 24ª Ed.) (sublinhei)

Elpídio Donizetti, também sobre o assunto em questão, ensina que:

> 'Também os órgãos públicos, como a Câmara de Vereadores, a Mesa das Casas Legislativas, o Tribunal de Contas, o Tribunal de Justiça, conquanto desprovidos de personalidade jurídica, possuem capacidade processual para atuarem em defesa de suas prerrogativas.' (sublinhei) (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro - 2007, pp. 34, 7ª Ed.).

Nesse descortino, insta registrar aresto do Colendo Supremo Tribunal Federal:

> 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ASSESSORAMENTO JURÍDICO E

> REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF. 1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio. 2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. 3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal. 4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direita de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.' (grifei) (ADI 1557/DF, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 31/03/2004, DJ 18/06/2004, pág. 43)

No mesmo sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu, *in verbis*:

> 'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUNAL DE CONTAS. FALTA DE LEGITIMIDADE. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.
> 1. Conforme entendimento desta Corte, após a prolação da decisão de mérito no mandado de segurança, é a pessoa jurídica de direito público a que está vinculada a autoridade impetrada que passa a atuar no processo (RMS 16.831/SP, Quinta Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 12.05.2008).
> 2. O Tribunal de Contas não tem personalidade jurídica ou legitimidade processual para recorrer dos julgados do Poder Judiciário que reformem suas decisões administrativas.

> 3. Embargos de declaração não conhecidos.' (sublinhei) (EDcl no RMS 19.240/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 24/11/2008)
>
> 'PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUNAL DE CONTAS. ILEGITIMIDADE.
> 1. Os Tribunais de Contas são partes ilegítimas para figurarem no polo passivo de ação ordinária visando desconstituir ato de sua competência.
> 2. Não deve ser confundida a capacidade judiciária excepcional, que lhe é concedida para estar em juízo na defesa de suas prerrogativas, bem como de figurar como autoridade coatora em mandado de segurança, com a legitimação ad causam necessária para a formação da relação jurídica formal.
> 3. Os Tribunais de Contas não são pessoas naturais ou jurídicas, pelo que, consequentemente, não são titulares de direitos. Integram a estrutura da União ou dos Estados e, excepcionalmente, dos Municípios.
> 4. A alta posição de permeio entre os poderes Legislativo e Executivo, sem sujeição a nenhum deles, embora de relevância para o controle da legalidade e da moralidade das contas públicas, não lhes outorga, só por esse fato, a condição de pessoa jurídica para figurar no pólo passivo de ação ordinária visando desconstituir ato que por ele foi praticado no exercício de sua competência.
> 5. Peculiaridades do nosso sistema jurídico que exige obediência em face do querer constitucional.
> 6. Recurso especial improvido.' (sublinhei) (REsp 504.920/SE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2003, DJ 13/10/2003 p. 257)

A capacidade judiciária atribuída aos órgãos de deliberação que integram o Estado não alcança a questão remuneratória de seus servidores e integrantes.

Data maxima venia, as pessoas que se entendam lesadas pela decisão recorrida são as que devem integrar a lide, com a qualidade de litisconsortes passivos.

Os pressupostos processuais são requisitos necessários à validade e à eficácia da relação processual, dizem respeito, portanto ao processo.

Destarte, forçoso reconhecer a ausência de capacidade processual do Tribunal de Contas do Distrito Federal para recorrer da decisão que determina a observância de normas pertinentes à remuneração de pessoal.

Com essas considerações e com arrimo nos artigos 527, inciso I, e 557, *caput*, ambos do CPC, e artigo 68, inciso IX, do Regimento Interno do TJDFT, torno

sem efeito a decisão de fls. 200/202 e nego seguimento ao recurso, por manifesta inadmissibilidade.

Por outro lado, assiste razão ao Distrito Federal ao afirmar que a ilegalidade da decisão TCDF 67/2006 *não pode sucumbir ante os compromissos econômicos assumidos pelos atingidos pela decisão liminar*. De fato, há de se observar que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade estrita, não podendo se valer de interpretações desprovidas de base legal para justificar a continuidade do pagamento de vantagens aos seus servidores.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso do TCDF e **dou provimento** ao recurso do DF, para cassar a decisão suspensiva de fls. 818/819 e, por consequência, restabelecer a liminar que suspendeu os efeitos da decisão 67/2006 do Tribunal de Contas do Distrito Federal e determinou a sustação imediata dos pagamentos aos seus servidores em razão de verbas incorporadas, a partir da vigência da Lei Distrital 1.864, de 19/01/1998.

Oficie-se, independentemente de publicação do v. acórdão, à digna autoridade indigitada coatora, para a adoção das providências cabíveis.

É o voto.

Des. J.J. Costa Carvalho (Vogal) - Com o Relator.

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

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

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

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Com o Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Senhor Presidente, a Lei do Regime Jurídico Único para os servidores, tanto na esfera federal quanto na distrital, deve ser entendida como foi projetada na Constituição.

A iniciativa era dos três Poderes no âmbito da União e, evidentemente, quando esses Poderes, sobretudo no Judiciário, fizeram suas leis orgânicas, engessaram a Lei 8.112 naquelas épocas - 1992; 1993, na federal; 1996, na Justiça do Trabalho -, e as modificações posteriores feitas por medidas provisórias, que cancelaram e revogaram algumas destas disposições, evidentemente que não se aplicam aos tribunais. Do contrário, o Tribunal estaria autorizando o Poder Executivo para a iniciativa de leis para os seus servidores. O mesmo acontece com a Câmara, com o Senado, e aqui, no âmbito local, com a Câmara Distrital. Então, a lei do Executivo para o Executivo não pode ser estendida de uma forma *sui generis* a um outro Poder, que no caso é o Poder Legislativo, em que está inserido, com as garantias

da magistratura, o Tribunal de Contas. Portanto, aquela resolução do Tribunal de Contas é apenas exemplificativa.

Os direitos dos servidores, quando a lei teve a iniciativa dos três Poderes, e já tivemos isso com a Emenda, se não me engano, n.º 18 e a n.º 20, em que precisava de quatro mãos para fazer uma lei - e Antônio Carlos Magalhães disse que não assinava porque ele tinha brigado com alguns membros do Poder Judiciário e, portanto, havia três assinaturas e faltava uma. Acabou que a lei não foi expressa, e lei formal é aquela que tem veto, ou possibilidade de veto, e não apenas essas resoluções internas administrativas dos órgãos dos outros Poderes.

Hoje, fixação de vencimento é só por lei, no sentido formal, mas a questão da iniciativa permanece a mesma. Embora o instituto utilizado, formal, seja a lei, a iniciativa, a proposta da lei continua com os Poderes; do contrário, teríamos um superpoder comandando os outros Poderes.

Com essas breves manifestações, evidentemente como fundamentação, peço vênia para divergir do eminente Relator. O Tribunal de Contas é competente, naquela época, para fixação dos direitos de seus servidores. Se hoje houver alguma modificação, aí sim, mas a iniciativa é do Poder Legislativo do Distrito Federal, que pouco importa se o governador assine ou não.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Desembargador João Mariosi, permita-me.

V. Ex.ª tem toda a razão ao dizer que, quanto à remuneração de seus servidores, a iniciativa da lei é do Tribunal de Contas. Mas não estamos tratando, com a devida vênia, de remuneração. Estamos tratando de uma problemática muito mais complexa: da permanência ou não de vantagens que foram retiradas por lei de todos os servidores do Distrito Federal.

Des. João Mariosi (Vogal) - Por lei de iniciativa exclusiva do Executivo.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - A iniciativa é do Executivo.

Des. João Mariosi (Vogal) - Então, mas essa lei, para valer para os dois Poderes, teria que ter a iniciativa também do Legislativo, tal qual aconteceu com o Judiciário. Acabei de falar, eram quatro assinaturas: duas do Legislativo, uma do Executivo e a outra do Judiciário.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - No âmbito federal, foram retiradas essas vantagens denominadas quintos e décimos de todos os servidores, por iniciativa de lei do Poder Executivo.

Des. João Mariosi (Vogal) - Aí justamente é que está o meu questionamento: para os Tribunais não foi retirado. Se o Tribunal retira, retira por motivo *sui generis*. Mas, que o funcionário tem direito naquele período, tem, porque não houve iniciativa do Tribunal para remover esses direitos, e isso foi acontecer no nosso Tribunal somente com a iniciativa da lei encaminhada pelo Desembargador Natanael Caetano, mas desde 1993 permaneceu esse direito. Se o Tribunal paga ou não paga, é outra questão, mas o Executivo - que era, no caso, o Fernando Henrique - não poderia ter tirado da Lei n.º 8.112 por medida provisória; não poderia porque a iniciativa dos vencimentos e dos rendimentos dos membros e dos funcionários do Poder Judiciário é do Poder Judiciário. Acabou. Lá a mesma coisa: o Executivo quer reduzir dos seus servidores, reduz; o que ele não pode é impor essa redução para, também, os servidores do Legislativo.

Ou temos esse princípio da iniciativa de leis, ou não temos, por isso é que foi inventada essa teoria que foi trazida pelo Gilmar Mendes, a respeito da constitucionalidade conforme. Então, para o Executivo, a lei é constitucional. Se se aplicar para os servidores do Legislativo, é inconstitucional, porque ninguém fez essa iniciativa. Lá, com a Lei do Regime Jurídico Único, que depois foi derrubada pelo Supremo, que funcionário não tem direito a regime jurídico, tudo bem, não tem direito; então, se não tem direito, cada Poder mantém a administração de seus servidores, e isso é princípio lógico, isso é princípio constitucional. Se escapar daí, estamos dentro de uma ditadura do Executivo ou de um hiperpoder: um Poder que não é nada, mandar no Legislativo, mandar no Judiciário - sobretudo no Judiciário da União, porque temos aí justiça nossa, a Justiça Federal, a Justiça Militar, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral.

É só para entender esse modo de raciocinar, que o *modus operandi* do Executivo em querer limitar todo mundo não existe - não existiu nem no tempo do Getúlio Vargas -, mas a coisa está pegando de uma outra maneira.

Peço vênia a V. Ex.ª, mantenho a primeira decisão - é isso que estou dizendo - e nego provimento à segunda.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênia ao Desembargador João Mariosi, mas acompanho o eminente Relator porque, para que seja mantida a pretensão dos servidores do Tribunal de Contas da União, seria preciso que, nesse momento inicial, atinássemos acerca da inconstitucionalidade da lei, e bem sabemos que a validade da lei, ou a constitucionalidade da lei, se presume até que ela seja retirada do ordenamento jurídico.

Des. João Mariosi (Vogal) - Excelência, mas a questão aí é da constitucionalidade conforme. No conforme do Executivo ela é constitucional.

Desculpe a intervenção sem pedido, mas é uma lembrança que deve ser feita. Até então, com o Ministro Gilmar Mendes, não havia essa constitucionalidade conforme, isso é uma criação da década de 90 para cá. Mas, já que existe, então, não precisa declarar a inconstitucionalidade, basta afastar a lei.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Pois é, Desembargador, mas, em termos de liminar, afastar a constitucionalidade, a validade jurídica de uma lei, quando discutimos direito líquido e certo, se mostra temerário, diante da presunção *juris tantum* da constitucionalidade da norma.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Se V. Ex.ª me permite, Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, o que se afastou por inconstitucional, na forma, foi um ato administrativo do Tribunal de Contas.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Acompanho o eminente Relator, Senhor Presidente, com a devida vênia.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente, pediria ao eminente Relator que registrasse, por favor, a síntese das informações do Tribunal de Contas.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Basicamente, as informações sustentam a ilegalidade do ato, que estaria fundamentado naquele dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal que estabelece a competência para iniciativa de leis que fixam remuneração dos servidores do Tribunal de Contas. Foi aqui que estabeleci uma diferenciação entre a remuneração e a extinção de vantagens que existiam.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - V. Ex.ª, como sempre fez, relatou muito bem e o voto de V. Ex.ª é um dos mais respeitáveis.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Obrigado.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - V. Ex.ª registrou que existe uma ação civil pública intentada pelo Ministério Público com o mesmo objetivo?

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Isso, de extensão maior. Porque na ação civil pública que tramita perante a 4.ª Vara Cível, além dessa Resolução n.º 67, contesta-se também a Resolução n.º 21, que permite aos servidores do Tribunal de Contas ultrapassar, com seus vencimentos, o teto constitucional. Quer

dizer, poderia haver continência, e não conexão com aquela ação civil pública em andamento na 4.ª Vara Cível.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Fico a pensar, eminente Relator, se, com a revitalização daquela liminar na ação civil pública, com a extinção do agravo de instrumento pelo Desembargador Angelo Passareli - e gostaria que V. Ex.ª me ajudasse -, não estaria prejudicado o presente mandado de segurança?

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Prejudicado talvez não, porque as partes são distintas. Aqui, o próprio Distrito Federal é que promove o mandado de segurança contra ato do Presidente do TCDF.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Porque, na verdade, o Distrito Federal deve promover a defesa do Tribunal de Contas quando intenta medida contra ele.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Isso é verdade, mas há precedentes jurisprudenciais permitindo à entidade promover mandado de segurança na defesa de seu patrimônio contra o próprio órgão.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Agradeço a V. Ex.ª.

Senhor Presidente, vou pedir respeitosas vênias porque, realmente, não gosto de fazer nada sem saber o que estou fazendo, mas peço vista, e agradeço o eminente Relator.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Aguardo.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, peço licença para antecipar meu voto, porque já tenho entendimento firmado a respeito.

É certo que leis que reclamam a iniciativa do Poder são aquelas que concernem ao estabelecimento dos próprios vencimentos.

Quando o Legislativo edita, pelo processo próprio, uma lei que atinge não os servidores do Judiciário, não os servidores do Legislativo, mas todos os servidores de forma geral, ela não está estabelecendo vencimentos exclusivos dos servidores de um determinado Poder - é o caso, por exemplo, da Lei nº 8.112. E quando lei formal é editada atingindo parcelas de remuneração de servidores de qualquer dos Poderes, efetivamente, aí não se vai reclamar iniciativa do Poder Legislativo, ou do Poder Judiciário para a edição desta lei.

Quando, no caso, a legislação federal e a local retiraram a incorporação de determinadas parcelas, excluíram determinadas parcelas até por força de transformações surgidas nos regimes jurídicos e na forma de estabelecer essas condições, elas tiveram alcance geral e imediato. Portanto, acompanho o entendimento do eminente Relator, peço vênia à divergência e antecipo meu voto, que é de acordo com o do eminente Relator.

Des. João Mariosi (Vogal) - Eminente Desembargador, só para lembrança histórica: quando se separou o Poder Judiciário nas suas facções - STF, STJ, este Tribunal, os outros Tribunais Federal, Militar etc -, o Supremo fez uma lei de concessão de benefícios somente para seus membros, que não pôde ser estendida nem para este Tribunal, nem para nenhum outro Tribunal e muito menos para os outros servidores públicos da União.

É só uma questão de lembrança, de cinco ou seis anos atrás.

Des. Mario Machado (Vogal) - Mas isso não contradiz nada do que eu disse, porque o que estou dizendo é que uma lei federal, editada para regular vantagens, em geral, de servidores de todos os Poderes, ela deve ser acatada, também por Tribunais de Contas. Só isso o que disse, e isso não é contraditado pelo fato de o Supremo, especificamente em relação a vencimentos da magistratura, ter elaborado determinada tabela, como poderia fazer o Executivo, como poderia fazer o Legislativo.

Des. João Mariosi (Vogal) - Excelência, mas não existe na Constituição essa possibilidade.

Des. Mario Machado (Vogal) - Bem, então, no Poder Judiciário, não se poderia ter deixado de pagar, de continuar...

Des. João Mariosi (Vogal) - Aí, a questão se está pagando ou não está pagando é outra matéria, é outro departamento.

Des. Mario Machado (Vogal) - Não, é matéria de validade da lei.

Des. João Mariosi (Vogal) - Pois é, mas não está pagando, como não paga muita outra coisa.

Des. Mario Machado (Vogal) - E não está pagando acertadamente, porque é uma lei geral.

Des. João Mariosi (Vogal) - Se é acertado ou errado, já é questão de decisão judicial ou decisão administrativa. O importante é que não, a partir da Constituição de 1967 e a partir da Constituição de 1988, nenhum Poder tem exclusividade de mandar no outro.

Des. Mario Machado (Vogal) - Então, a partir do momento em que se queira tirar qualquer norma da Lei 8.112, vai ser necessário que os três Poderes, conjuntamente, editem uma lei ou decreto...

Des. João Mariosi (Vogal) - Quando foi fazer a Lei n.º 8.112 precisou dos três Poderes, por que, para reformar, fica só com o Executivo?

Agora sim, com a Emenda n.º 45, só se consegue esses benefícios por lei, com a respeitabilidade da origem: o Executivo não pode mandar nada para o Judiciário, e tivemos nossa própria lei que ficou lá quatro anos e só foi sancionada posteriormente. Ele tem poder de veto? Tem, mas de iniciativa não tem.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Desembargador João Mariosi, permita-me apenas completar o raciocínio: a partir dos argumentos que V. Ex.ª oferece, temos lá, nessa ação civil pública, também um questionamento a respeito de uma decisão que permite aos servidores do Tribunal de Contas ultrapassarem, com seus vencimentos, o teto constitucional.

Des. João Mariosi (Vogal) - Mas, nesse aspecto, essa resolução de lá é inconstitucional, porque temos a Emenda n.º 40 que prevê o subsídio.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Então, é inconstitucional em uma parte e constitucional em outra?

Des. João Mariosi (Vogal) - Sim. O que é da lei de 1998, que diz respeito a 1998, a lei de 1998 não se aplica aos servidores da Câmara Legislativa. Bom, é uma questão de princípio. Ou estamos em um princípio de democracia com a *Carta Magna Libertatum* ou não estamos. Se estamos num superpoder ou hiperpoder, evidentemente, pode-se fazer qualquer outra coisa.

Havia até uma crítica neste Tribunal dizendo da competência de outras coisas atribuídas ao Plenário, por uma lei de iniciativa do Fernando Henrique, enquanto corria e corre a Emenda Constitucional com a mesma terminologia que saiu a lei, dando competência ao Tribunal para determinados assuntos. Por que não fez o mesmo para o Distrito Federal? O governador, para propor ação de incons-

titucionalidade no Supremo, foi preciso fazer uma modificação constitucional; a mesma coisa com a nossa Câmara Legislativa.

É só uma questão para meditar, para pensar: ou há princípio constitucional ou não há.

DECISÕES

Agravante Distrito Federal:

Após o voto do Relator dando provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado por sete outros Desembargadores, pediu vista o Desembargador Lecir Manoel da Luz. O Desembargador Romeu Gonzaga Neiva aguarda. O Desembargador João Mariosi nega provimento.

Agravante Tribunal de Contas do Distrito Federal:

Após o voto do Relator negando provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado por sete outros Desembargadores, pediu vista o Desembargador Lecir Manoel da Luz. O Desembargador Romeu Gonzaga Neiva aguarda. O Desembargador João Mariosi deu provimento.

PEDIDO DE VISTA

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente,

Pedi vista para, primeiramente, registrar que recebi dois memoriais a mim encaminhados, gentilmente, pelas partes interessadas, dos quais extraí informações que integrei neste voto de vista.

Peço licença ao eminente Desembargador Relator para suscitar questão que, a meu entender, corresponde à ausência de uma das condições da ação, tema que pode ser apreciado a qualquer tempo e grau de jurisdição. Verifico que não haveria interesse processual nem legitimidade do DISTRITO FEDERAL para desencadear o *writ*, o que implicaria a extinção do processo sem exame de seu mérito, conforme previsto no inciso VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil.

Com efeito, parece-me indispensável que aquele que busca a tutela jurisdicional, independentemente de quaisquer considerações acerca do mérito da causa, noticie algo que, pelo menos, justifique a intervenção do Estado-Juiz. Tal circunstância se denomina "utilidade" da prestação jurisdicional para o fim colimado, no caso, pelo Impetrante.

Ocorre, no entanto, que os normativos que o DISTRITO FEDERAL busca considerar aplicáveis aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal não têm estes como destinatários, como se percebe logo de seu primeiro

artigo. Pois ali o legislador expressamente limitou sua incidência aos servidores da Administração **Direta** e aos da Administração Indireta que especifica.

Destarte, a discussão posta neste Mandado de Segurança, conforme sustenta o Impetrante, de saber se as Leis Distritais nº 1004/96, 1141/96 e 1864/98, de iniciativa do Excelentíssimo Senhor Governador seriam aplicáveis aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal, circunstância a que resiste a ilustre autoridade impetrada, perde relevo sob aspecto a meu ver essencial: o Tribunal de Contas do Distrito Federal não pode ser considerado uma "autarquia", uma "fundação" e, muito menos, integrante da "Administração **Direta**" do Distrito Federal.

Note-se, a propósito, a redação em que restou vazado dito normativo, antes de qualquer ilação a respeito de caber a sua iniciativa a quem quer que seja, tema que considero o mérito da própria impetração e matéria que demandaria uma análise mais exaustiva do direito incidente na espécie. E, no quanto interessa, assim está posta a Lei Distrital nº 1004/96, conforme transcrição do próprio Impetrante:

> *"Art. 1º* ***O servidor da Administração Direta, Autárquica e Fundacional,*** *titular de cargo efetivo, que exercer cargo de natureza especial, em comissão, função de assessoramento superior, função em comissão ou perceber gratificação por encargo de gabinete,* ***no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal*** *(...)*
> *Art. 7º* ***Os servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional,*** *ativos e inativos, inclusive pensionistas, continuarão..." (fl. 10 - o grifo é meu).*

Acrescente-se, a propósito, que o artigo 11 dessa Lei Distrital nº 1004/96 vem colocar uma pá de cal acerca da possibilidade de se compreender na expressão "Administração **Direta**" os servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Recorde-se:

> *"Art. 11. O disposto nesta Lei aplica-se, no que couber, aos servidores* ***cedidos*** *para a Câmara Legislativa do Distrito Federal e para o Tribunal de Contas do Distrito Federal, respeitada a reciprocidade."*

Ora, a partir do instante em que se menciona como aplicável os termos da indigitada lei aos servidores "cedidos" para o Tribunal de Contas e para a Câmara Legislativa, "respeitada a reciprocidade", reconheceu o legislador que essas entidades não estavam compreendidas na expressão "Administração **Direta**"; caso

contrário, referido dispositivo haveria de ser considerado supérfluo, desnecessário e redundante.

Evidentemente, ocioso afirmar que não são os servidores de qualquer tribunal de contas integrantes de Autarquias nem de Fundações, porque essa não seria a natureza jurídica das Cortes de Contas. Restaria verificar, apenas, do ponto de vista conceitual, se ditos servidores poderiam ser enquadrados como "servidores da Administração **Direta** do Distrito Federal"; ou seja, se integra o Tribunal de Contas o que se conceitua como "Administração **Direta**" e se teria ocorrido um mero lapso do legislador no caso concreto.

Entretanto, ensina o sempre pranteado Hely Lopes Meirelles:

> *"O Estatuto da Reforma Administrativa (Dec-lei 200/67) classificou a Administração Federal em **direta** e indireta, constituindo a primeira "**dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios**" (art. 4º, I), o que está ratificado, em outros termos, pelos arts. 15 e 19 da Lei 8.490/92. Quanto à indireta, apenas indica as categorias de entidades nela compreendidas, esclarecendo que são dotadas de personalidade jurídica própria e vinculadas ao Ministério em cuja área de competência se enquadrar sua principal atividade, gozando, entretanto, de autonomia administrativa e financeira (arts. 4º, II e § 1º, e 5º, I a III, do Dec.-lei 200/67 e 29 da Lei 8.490/92, que, neste artigo e no artigo 15, faz expressa referência àquele decreto-lei)." (Direito Administrativo Brasileiro, 23ª. Edição, Malheiros Editores, p. 603).*

No mesmo sentido lecionam Maria Sylvia Zanelo Di Pietro (Direito Administrativo, Atlas, 3ª. Ed., p. 258) e Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 11ª. Edição, Malheiros Editores, pp. 99/101).

De acrescentar, ainda, que o mestre Hely destacou, no que se encontra acompanhado pela inteligência jurídica nacional, de que "esses mesmos conceitos são extensivos aos Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios".

Nessa ordem de ideias, isto torna pacífica e incontestável a ilação, destacada nos memoriais que me foram apresentados, de que, no caso, a norma em comento, ao mencionar "Administração **Direta**", não cometeu qualquer deslize terminológico, nem incidiu em qualquer falha ao restringir o seu alcance aos servidores lotados no Gabinete do Governador e nas Secretarias de Estado do Distrito Federal ou órgãos despersonalizados a elas equiparados. E assim restou excluída, de plano, a sua incidência quanto a servidores do Distrito Federal vinculados a órgãos ou entidades que não se classifiquem como "autárquicas" ou "fundacionais"; no

caso concreto, aos servidores do Tribunal de Contas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Desse modo, pedindo a mais respeitosa vênia a quem pensa de modo diverso, não vejo como se cogitar de estender a aplicação da Lei Distrital nº 1004/96 aos servidores que integram os serviços auxiliares da Corte de Contas do Distrito Federal, sob pena de ser obrigado a considerar que tanto a Câmara Legislativa quanto o Tribunal de Contas fariam parte do que técnica e legalmente se conceitua como "Administração **Direta**" na contramão do que se entende pacificamente a respeito.

Posto isto, despiciendo discutir a incidência da Lei Distrital nº 1141/96, a qual, conforme salientado pelo Impetrante, teria apenas derrogado a Lei nº 1004/96 ao passar a dispor como seriam calculadas, dali em diante, as vantagens antes previstas. Note-se que o seu artigo 4º expressamente menciona o vínculo com o funcionalismo especificado e objeto da Lei Distrital nº 1004/96. Logo, se a norma principal não se destinava aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal, parece-me evidente que essa norma derrogadora também a eles não se aplica.

Por fim, a Lei Distrital nº 1864/98 teve o escopo de extinguir as vantagens previstas na Lei nº 1004/96 e modificadas pela Lei nº 1141/96. Nessa linha de raciocínio, também não teve esse normativo os referidos servidores como destinatários.

Diante de todo o exposto, verifico que ainda que este Tribunal afirme que a competência para a iniciativa de processo legislativo acerca das vantagens em debate seria, realmente, do Excelentíssimo Senhor Governador do Distrito Federal - acolhendo, portanto, a tese proposta pelo Distrito Federal - resta pacífico que as normas repelidas pela Corte de Contas não seriam mesmo a ela aplicáveis; não por vício de iniciativa, mas porque não teve os seus respectivos servidores como destinatários a partir do instante que o legislador restringiu o seu alcance aos servidores integrantes da "Administração **Direta**" do Distrito Federal.

Tal detalhe, a meu sentir, caracteriza-se como ausência de condição de ação, haja vista que não haverá **utilidade** alguma em se concordar com o Impetrante no sentido de que a iniciativa para o processo legislativo, nesse caso específico, seria do Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal. Os destinatários da norma são outros servidores; não os do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Demais disso, e também no nível de condição de ação, verifico que carece o Impetrante de legitimidade para a busca da tutela jurisdicional vindicada, haja vista que este Tribunal de Justiça já decidiu, por unanimidade deste Conselho Especial, e foi acolhido o entendimento pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, que não se afigura admissível a ***"litigância do corpo contra uma parte de si mesmo com colidência de interesse entre o representante judicial legal e o representado",***

no feliz remate do eminente Desembargador Getúlio Moraes de Oliveira, ao ensejo do julgamento do Mandado de Segurança nº 1999.00.2.000043-7, consoante bem lembrado no memorial que me foi trazido pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Saliente-se, a propósito, o que assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça, ao reexaminar a espécie **em juízo de cognição ampla**:

> *"I - Compete à Procuradoria-Geral do Distrito Federal a defesa do Tribunal de Contas/DF e do Poder Executivo local, conforme se depreende dos arts. 578, 110 e 111 da Lei Orgânica do Distrito Federal, com a redação dada pelas Emendas nº 09/96 e 14/97,* ***não podendo este Órgão acionar o Poder Judiciário contra o seu próprio representado.*** *Tal iniciativa é de competência do Ministério Público Distrital.*
> *II - Ademais, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal compete fiscalizar a regularidade dos atos de gestão administrativa,* ***inclusive os da própria Procuradoria do DF,*** *sendo suas decisões de cumprimento obrigatório e sua competência constitucional privativa para o julgamento de sua legalidade e registro, conforme disposto no artigo 78, II, da Lei Orgânica do Distrito Federal, e no art. 1º, item III, da lei Complementar nº 1, de 09.05.1994." (STJ, ROMS 12483-DF, 5ª. Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 20/09/2001, DJU 29/10/2001).*

Nessas condições, o Agravo Regimental merece prosperar e, por absoluta ausência de plausibilidade do direito invocado na impetração, o Mandado de Segurança merece ser extinto sem apreciação de seu mérito, porquanto, claramente, carece o Impetrante de LEGITIMIDADE para a causa e de INTERESSE PROCESSUAL capazes de justificar a busca da tutela jurisdicional, na conformidade da bitola estatuída pelo inciso VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil.

Frente às razões supra, e rogando a mais respeitosa licença ao eminente Desembargador Relator e a todos o que sufragaram o mesmo entendimento de Sua Excelência, acompanho a douta divergência e dou provimento ao agravo regimental para revogar a liminar e extinguir o Mandado de Segurança sem apreciação de mérito, *ex vi* do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Des. Sérgio Bittencourt (Relator) - Senhor Presidente, não obstante em gozo de férias e me recuperando de uma cirurgia, não poderia deixar de vir a

esta Corte de Justiça, atendendo à solicitação do eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz.

Verifico, inicialmente, que S. Ex.ª adotou, integralmente, o que foi sustentado, em memorial, pelo eminente advogado, Dr. Valter Xavier, que já brindou esta Corte com sua inteligência, no sentido de que não seria plausível a tese que antes desenvolvi, porquanto as leis que tratam da matéria seriam inaplicáveis aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal, e isso porque elas se referem apenas aos servidores da Administração Direta, e entidades autárquicas e Fundações do Distrito Federal. Ora, esse tema se insere no mérito da ação mandamental, e já foi discutido, amplamente, embora não exatamente em relação à tese ora defendida. É sabido que para o julgador não interessa mais de uma tese, se só uma é suficiente para que ele firme o seu convencimento. Essa a jurisprudência pacífica no seio dos tribunais superiores.

É verdade que não abordei o tema sob a ótica desenvolvida pelo eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz, mas isso não significa que faltaria uma das condições da ação, ou de interesse processual. Isto, repito, é o mérito, é o que se discutiu como ofensa ao direito líquido e certo invocado pelo Distrito Federal contra o seu órgão, o Tribunal de Contas.

Mas, não me furto em fazer uma apreciação, ainda que perfunctória, do tema levantado.

Veja, Senhor Presidente, que a Lei nº 1.864/98 é que extinguiu, de vez, a gratificação: quintos e décimos. Em seu artigo 1º, diz o seguinte:

> *"Art. 1º É contado para todos os efeitos o tempo de serviço público prestado aos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal, incluída a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal." (grifo do Relator)*

Esta lei, portanto, abrange todo o funcionalismo do Distrito Federal, seja ele do Poder Executivo, seja ele do Poder Legislativo, como o Tribunal de Contas.

E o art. 4º, Senhor Presidente, diz:

> *"Art. 4º Fica extinta a incorporação de décimos à remuneração dos servidores (quais servidores? Evidentemente os de que trata essa lei) pelo exercício de cargo em comissão no âmbito do Distrito Federal.*
> *Parágrafo único. Ficam mantidos os décimos incorporados até data anterior à da publicação desta Lei."*

Já existe, perante uma das Varas da Fazenda Pública, uma ação civil pública movida pelo Ministério Público, com o mesmo objetivo e também com o objetivo de anular outra resolução do Tribunal de Contas, que autoriza o recebimento de vencimentos muito além do teto constitucional.

Poder-se-ia dizer que essa ação seria conexa com o presente *writ*. Não é assim. A competência deste Conselho é absoluta, como também o é a competência da Vara da Fazenda Pública. Sabe-se que a competência absoluta *não pode ser modificada por conexão ou continência*. Assim já decidiu, reiteradamente, a colenda Corte Superior de Justiça. Confiram-se, a propósito: AgRg no CC 43922/RS, relator Min. Teori Albino Zavaski, CC 13624/RS, relator Min. Nilson Naves, e CC 41953/PR, do mesmo Min. Zavaski.

No que diz respeito à legitimidade do Distrito Federal para ajuizar contra seu próprio órgão, mandado de segurança, essa questão se acha pacificada no seio do Supremo Tribunal Federal. É a teoria do órgão, que se aplica exatamente a este caso específico. Já havia falado sobre o tema, trouxe lição, inclusive, de doutrinadores, de forma que me dispenso, nesse momento, de novamente voltar ao tema.

Penso, com essas poucas palavras, que dei a devida atenção ao eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz, que traz tese contrária à que foi por mim esposada quando do início do julgamento. Mantenho, contudo, o meu voto, entendendo que o Tribunal de Contas do Distrito Federal, com todas as vênias pedidas, praticou ato ilegal, ilegítimo e que pode ser corrigido via mandado de segurança.

Senhor Presidente, se fui omisso em algum aspecto, gostaria que o Desembargador Lecir Manoel da Luz me chamasse a atenção.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Senhor Presidente, novamente, quero fazer um registro de agradecimento ao eminente Desembargador Sérgio Bittencourt pela sua gentileza, pela sua atenção ao meu pedido de aqui comparecer, em gozo de férias e tendo feito cirurgia hoje. Mas terei que me ausentar do Tribunal por algum tempo para submeter-me a cirurgias também.

Fica aqui o meu registro, o meu agradecimento e a minha admiração a S. Ex.ª.

Des. J.J. Costa Carvalho (Vogal) - Senhor Presidente, na sessão anterior, que deu início a este julgamento, acompanhei o douto voto proferido pelo eminente Desembargador Sérgio Bittencourt, e o fiz sem nenhuma hesitação. Compreendi bem a tese exposada por S. Ex.ª e, nesta oportunidade, reitero meu posicionamento, para rejeitar a questão preliminar levantada pelo eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz, mantendo, portanto, o meu ponto de vista externado na sessão anterior.

Desa. Vera Andrighi (Vogal) - Senhor Presidente, peço vênias ao eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz para rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa e manter o meu voto, acompanhando, na íntegra, a decisão proferida pelo Desembargador Sérgio Bittencourt.

Des. José Divino (Vogal) - Senhor Presidente, na Sessão anterior proferi um voto lacônico, acompanhando as conclusões do eminente Relator. Posteriormente, recebi em meu gabinete a visita dos ilustres Senhores Presidente do Tribunal de Contas e advogados da Associação de seus Servidores. Agora, em homenagem aos ilustres visitantes, destaco os fundamentos pelos quais me convenci acerca do acerto da posição adotada pelo Des. Sérgio Bittencourt.

De acordo com o primeiro agravante, a Procuradoria-Geral tem por função institucional a representação judicial e extrajudicial do Tribunal de Contas do Distrito Federal, daí porque não poderia acioná-lo judicialmente. Assim, diante do apontado vício, haver-se-ia de extinguir o processo do mandado de segurança sem resolução do mérito. Em abono de sua tese, trouxe à colação um precedente deste egrégio Conselho, em hipótese similar, que foi relatado pelo eminente Desembargador Getúlio Moraes Oliveira, cujo acórdão declarou a extinção do *writ* e foi posteriormente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Embora respeitáveis, essas decisões não me impressionam.

Como bem alinhavou o eminente Relator, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente se pronunciado no sentido de uma pessoa jurídica de direito público impetrar mandado de segurança contra seus órgãos, porque, em última análise, quem deve cuidar do patrimônio público é, naturalmente, essa entidade, que, no caso em apreço é o Distrito Federal. Depois, sob pena de responder por prevaricação, o Procurador-Geral não poderia deixar de propor a ação em prol de seu representado.

Embora o ilustrado voto do Relator já seja por demais esclarecedor, há outro fundamento que reputo relevante. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 175, pronunciou-se no sentido de que, havendo colidência de interesses entre a entidade federada e seus órgãos - Câmara Legislativa, Tribunal de Contas, por exemplo -, tais órgãos devem ter um corpo jurídico para defendê-los em juízo. Então, não me causa espécie que o Procurador-Geral do Distrito Federal, a quem também incumbe velar pelos interesses da Corte de Contas, subscreva a petição inicial de ação proposta contra o referido órgão, objetivando conjurar ato supostamente ilegal referente ao pagamento quintos/décimos a seus servidores. A propósito, transcrevo excerto da ementa:

> *"Não obstante a jurisprudência desta Corte reconheça a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo,*

> *em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente à sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos."*

Portanto, não vislumbro o alegado vício, ausência de capacidade postulatória do Procurador-Geral do Distrito Federal.

Rejeito a preliminar.

Quanto à questão acerca da inaplicabilidade das três leis distritais aos servidores do Tribunal de Contas, por não estar inserido no âmbito da Administração Direta ou Indireta, a verdade é que o referido órgão não é um ente volátil. A Corte de Contas é um corpo do Distrito Federal, a quem pertence o seu patrimônio.

Depois, a lei que extinguiu, no âmbito do Distrito Federal, os "quintos" e "décimos" - benefícios em discussão - tem um valor linear, quer dizer, aplica-se aos três Poderes, porque na esfera federal a Lei nº 9.527/97 revogou o benefício, que era instituído no § 2º do art. 62 do Estatuto dos Servidores Públicos do Distrito Federal.

Então, pelo princípio da simetria e sem querer avançar no mérito, os servidores do Tribunal de Contas da União, a partir da edição dessa lei, não mais fazem jus a essa vantagem. E não é justo - repito, sem querer adiantar o mérito - que os servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal, apenas eles, continuem recebendo as referidas vantagens.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Distrito Federal e, pedindo vênia aos respeitáveis advogados e ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, tal qual o eminente Relator, também NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental interposto pelo Tribunal de Contas, rogando vênia ao eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz, por quem nutro um profundo respeito.

É como voto.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Senhor Presidente, de imediato, é de se consignar que o eminente Relator Desembargador SÉRGIO BITTENCOURT bem esclareceu os dados jurídicos da causa.

Todavia, agora, com mais vagar, de posse de memorais ofertados pelas doutas Defesas Técnicas do egrégio TCDF e dos Servidores da Corte, e após analisá-los, e antes da proclamação do resultado do julgamento, ouso reformular meu ponto de vista, parcialmente.

Na questão pertinente a legitimidade ativa, ou seja, da possibilidade do ente federativo DISTRITO FEDERAL impetrar o presente "mandado de segurança" em desfavor do Presidente do TCDF, apesar de, em 1999, este Conselho Especial, por unanimidade, ter julgado extinto, sem resolução do mérito, outro *writ* semelhante (AUTOS N. 1999.00.2.000043-7), a confirmação de tal diretiva, perante colendo STJ, não foi pacífica, mais sim por 3 a 2, e hoje, ministros que apontaram para sua confirmação não mais se encontram naquela Corte, eis que aposentados (ROMS N. 12.483 - DF).

Neste particular acompanho o eminente Relator.

No entanto, reformulo minha posição, no pertinente a liminar, concedendo o benefício ao Distrito Federal.

Como bem salientou a eminente Desembargadora CARMELITA BRASIL, quando Relatora do Mandado de Segurança N. 2008.00.2.015766-7, Acórdão N. 334814, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, que o deferimento da liminar pleiteada em sede de mandado de segurança exige a presença *do periculum in mora* e o *fumus boni iuris* no caso concreto.

No pertinente ao primeiro requisito, é de ver que os vencimentos e proventos dos servidores públicos possuem natureza "alimentar", e o perigo deve ser objetivado em relação a estes.

Esta natureza alimentar que levou o eminente Ministro CELSO DE MELLO, a deferir liminar em favor do eminente Desembargador JOSÉ DE CAMPOS AMARAL, desta egrégia Corte, no MANDADO DE SEGURANÇA N. 26974, *in verbis*:

> *"Concorre, por igual, situação configuradora de "periculum in mora". É que, como se sabe, os proventos (e os vencimentos) revestem-se de caráter alimentar (HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 401, 17 ed., 1992, Malheiros). Essa especial natureza jurídica, que caracteriza o estipêndio funcional, permite, por isso mesmo, qualificá-lo como típica dívida de valor.*
> *Essa é a razão que me leva a conceder a medida cautelar ora postulada, pois é importante ter em consideração, para esse efeito, o caráter essencialmente alimentar da remuneração dos servidores públicos - inativos ou em atividade -, na linha de que tem sido iterativamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 110/709 - RTJ 117/1335), inclusive por aquela que se formou sob a égide do vigente ordenamento constitucional (RTJ 136/1351 - RTJ 139/364-368 - RTJ 139/1009 - RTJ 141/319 - RTJ 142/942)".*

Além do mais, numa análise perfunctória, perde substância a tese de que a Lei Distrital 1.864/98 também incidiria em relação aos Servidores do TCDF, pelo contrário, transparece ser derivada apenas para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional do DF, haja vista referência a Lei Distrital 197/91, que determinou aplicação no âmbito local da Lei Federal 8.112/90. Esta Legislação federal, todavia, foi acolhida, em relação aos servidores do TCDF, por intermédio da Lei Distrital 211/92, de iniciativa da própria Corte de Contas, e isto em atendimento ao disposto no art. 84, IV, da LODF.

Não se pode desconhecer a autonomia plena das Cortes de Contas Estaduais para tal mister, conforme ADI N. 1044-1, MA, relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA.

Queira ou não, por exemplo, gratificação de função, tem poder de repercutir na remuneração do servidor, portanto, de iniciativa formal de cada poder.

Ausentes ambos os requisitos para concessão da liminar, e bastava a inexistência de um deles, eis que, reformulo meu voto e dou provimento ao agravo regimental do egrégio TCDF, pedindo a mais respeitosa vênia aos demais Pares.

É o voto.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhor Presidente, no que refere à legitimidade ativa, é evidente que ela existe no caso, porque, havendo conflito de interesse entre representante e representado, a única solução possível é legitimar as representações de cada parte interessada, desde que em debate questões de natureza institucional, o que é o caso. Tanto assim que, na ação direta em que há uma representação da entidade - por exemplo, da Câmara Legislativa -, será possível que ela atue por sua própria procuradoria, desde que haja uma questão institucional. Nesse sentido há precedentes do Supremo Tribunal Federal.

No caso, há um conflito que se visualiza entre a Procuradoria do Distrito Federal, que seria o órgão de representação do Tribunal de Contas, e a própria entidade representada. Assim, a questão se resolve com a atuação autônoma das procuradorias, oportunizando o devido processo legal. Como há interesse próprio atingido e interesse próprio perseguido, evidente que a questão processual está bem composta e concorre, então, a legitimidade *ad processum* de ambas as partes. Nesse ponto, acompanho o eminente Relator, pedido vênia à divergência.

A questão que se põe deve ser analisada pela natureza do provimento jurisdicional neste momento reclamado, que é uma liminar em mandado de segurança. É preciso ver se há relevância do direito e se há perigo na demora.

Analisada a questão pelo lado do impetrante, é evidente o perigo da demora em face do gasto mensal propiciado pela continuidade dos pagamentos feitos e impugnados. Por outro lado, na questão da relevância do direito, não se pode ir a

fundo na matéria de mérito. Dar a palavra final sobre se a Lei Distrital nº 1.864/98 efetivamente atinge o Tribunal de Contas do Distrito Federal é resolver já o mandado de segurança, e o ponto não é esse. O que sustenta a Corte de Contas é que, por força da Lei Distrital nº 211/92, de sua iniciativa, são aplicados aos servidores da Corte de Contas os dispositivos da Lei Federal nº 8.112/92, e que persistiria a vantagem dos quintos/décimos, inserta na redação originária do art. 62, § 2º, da Lei nº 8.112/92, porque, no ponto, a legislação que teria revogado essa vantagem na área distrital não afetaria a Corte de Contas, porque a iniciativa seria sua e não houve. Só que a questão ganha uma nova dimensão quando se sabe que o § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112/92 foi revogado pela Lei nº 9.527/97, ou seja, aquela vantagem do âmbito federal que se expandiu para o âmbito distrital, chegando até a Corte de Contas, nem mais existe no campo federal.

Então, essa sustentação feita pelo impetrante, de que seria razoável entender-se também revogada no plano distrital essa norma, principalmente diante de uma possível incidência da Lei Distrital nº 1.864/98, ganha relevância. É certo que, nesse contexto, são atingidos eventuais direitos dos servidores. Só que, pelo aspecto salarial, na verdade são atingidas gratificações: quintos/décimos incorporados. Nessa dimensão não se extirpou aquilo que seja necessário à subsistência, necessidades básicas humanas. Evidente que o corte de uma parte da remuneração, qualquer que seja ela, causa sérios problemas a quem a perceba, e requer, isso tudo, um novo dimensionamento de situações pessoais. Há, todavia, um cotejo de situações e, nessa fase liminar, o que prepondera é a relevância do direito alegado pelo impetrante.

No caso, continuo entendendo de acordo com o eminente Relator: há relevância do direito que foi afirmado pelo impetrante e há perigo da demora.

Assim, Senhor Presidente, pedindo vênia aos que votaram em sentido contrário, confirmo o meu voto que é de acordo com o do eminente Relator.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto de vista do Desembargador Lecir Manoel da Luz e as ponderações do eminente Relator.

Quero dizer que, concernente à preliminar envolvendo a legitimidade para residir em juízo na sede mandamental, afasto-a, tomando, em linhas gerais, como fundamento a própria posição do excelso Supremo Tribunal Federal, que, diante das contradições sobre o ponto que reinava, pacificou o entendimento que, havendo colidência de interesses, há que cada órgão atuar autonomamente, a fim de defender a aplicação legal do direito em disputa.

Quanto à questão de se determinar a aplicação ou não da legislação ou a aplicação ou não das leis, isso, tal como pensa o eminente Relator, está ligado ao

mérito. Embora arguida como preliminar, o seu exame e a decisão estão afetos à questão de fundo, e, nesta sede, estaríamos antecipando a decisão do mandado de segurança. Por isso também a afasto.

No que tange ao mérito dos agravos regimentais, quanto à questão preliminar, sempre entendi que, embora haja limite a favor do servidor, o *periculum in mora,* em função de se atingir verbas remuneratórias, no caso, o que se atinge são parcelas dessa remuneração. Penso, assim, que desaparece a configuração do *periculum in mora* para os servidores, restando a relevância do direito em prol da Fazenda Pública.

Por isso, com a devida vênia dos que decidem em sentido contrário, acompanho o eminente Relator também neste ponto.

Des. Nívio Gonçalves (Presidente) - Desembargador Lecir Manoel da Luz, V. Ex.ª acolheu a preliminar e deu provimento ao agravo do TCDF, mas não se manifestou sobre o Distrito Federal.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Talvez tenha faltado essa declaração em meu voto, porque, na medida em que cassei a liminar, tive o desejo de negar provimento ao do Distrito Federal.

DECISÃO

Preliminar rejeitada. Negou-se provimento ao agravo regimental do TCDF, maioria. Rejeitada a preliminar, deu-se provimento ao agravo regimental do Distrito Federal, maioria.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011116618-0

Apelantes - Antares Engenharia Ltda. e Marcus Roberto Gehrmann
Apelados - Os mesmos
Relator Designado - Des. Fábio Eduardo Marques
Primeira Turma Cível

EMENTA

CIVIL. RESCISÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ARRAS: DECOTE DO JULGAMENTO "*ULTRA PETITA*". CDC: NÃO APLICAÇÃO AO CASO PARA INVALIDAÇÃO DE CLÁUSULA. FALTA DE PEDIDO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS: INTERPRETAÇÃO. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. PERCENTUAL DE RETENÇÃO. RESTITUIÇÃO IMEDIATA. CLÁUSULA PENAL: EXCLUSÃO DE PERDAS E DANOS. 1. O julgamento "*ultra petita*" deve ser decotado em vista do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, na forma dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Assim se dá no caso concreto porque o pedido inicial direcionou-se à devolução das quantias pagas, em valor determinado, deixando evidenciado que na importância total requerida não estavam computadas as arras. 2. Em geral, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de promessa de compra e venda de unidade imobiliária em construção. Nulidade de cláusula, contudo, não pode ser conhecida de ofício, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Hipótese em que o autor afirmara na inicial sua resignação com a perda das arras e do percentual de 10% a título de taxa por despesas administrativas. 3. Cumprimento de cláusulas do contrato, por outro lado, não significa o afastamento de normas legais e princípios gerais do direito, que se aplicam como fonte especial das obrigações. Assim, é permitido ao juiz reduzir taxa de administração, que, na verdade, traduz-se em cláusula penal, bem assim determinar a restituição imediata das quantias pagas pelo promissário comprador, como consectário lógico do retorno das partes ao estado anterior quando da rescisão do contrato. Enfim, a jurisprudência predominante indica o percentual de 10% (dez por cento) como justo e suficiente ao ressarcimento das despesas havidas com a administração do contrato. 4. Cláusula penal exclui

a cobrança de perdas e danos, salvo previsão contratual e opção do credor, que no caso não ocorrera na falta de reconvenção. 5. Apelações conhecidas e parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi - Relatora, Fábio Eduardo Marques - Revisor e Relator designado e Natanael Caetano - Vogal, sob a presidência do Desembargador Natanael Caetano, em conhecer e dar parcial provimento, nos termos do voto do i. Revisor, por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 01 de abril de 2009.

RELATÓRIO

MARCUS ROBERTO GEHRMANN ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução das quantias pagas em desfavor da ANTARES ENGENHARIA LTDA e ROYAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Afirma o autor que adquiriu das rés, em setembro de 2001, mediante contratos particulares de promessa de compra e venda, três unidades imobiliárias do Edifício Confort Taguatinga Flat, de nºs. 510, 619 e 719. Diz que pagou, como sinal, as importâncias de R$ 5.857,66; R$ 6.395,21 e R$ 6.389,45, respectivamente.

Informa que, além do pagamento do sinal das unidades, quitou as prestações mensais e as intermediárias até 26/11/03, o que totalizou R$ 102.082,69. Afirma que, diante da impossibilidade financeira de continuar a arcar com os pagamentos, notificou as rés da rescisão dos contratos, mas o acordo não foi possível, diante da divergência dos valores a serem restituídos.

Reprisa que não dispõe de recursos para arcar com o pagamento das prestações, por isso tem direito à rescisão dos contratos e à devolução da importância de R$ 102.082,69, de uma só vez, com os acréscimos legais. Pondera que sua pretensão tem amparo nos arts. 472 e seguintes do CC e na jurisprudência.

Pede o julgamento de procedência do pedido para rescindir os contratos e condenar as rés à devolução da importância de R$ 102.082,69, apurada em 26/11/03, corrigida até o efetivo pagamento, bem como aos ônus da sucumbência.

Petição inicial instruída com documentos (fls. 07/69).

O autor aditou o pedido (fl. 86), para acrescentar a condenação das rés ao pagamento das perdas e danos, referentes ao valor das taxas de condomínio

devidas desde 2003, quando requereu a rescisão dos contratos e a devolução das parcelas pagas (fl. 86).

As rés contestaram (fls. 90/7), discordando do aditamento da inicial, com fundamento nos arts. 264 e 294 do CPC. No mérito, dizem que o autor não provou a alegada insuficiência econômica para arcar com as prestações pactuadas, conforme determina o art. 333, inc. I, do CPC. Ao contrário, afirmam que a renda mensal do autor informada nos autos comporta a obrigação contratual.

Aduzem que, se reconhecido o direito à rescisão dos contratos, a devolução das importâncias deve obedecer ao disposto na cláusula 11.2.3. Acrescem que o autor não postulou a declaração de nulidade dessa estipulação contratual nem impugnou o seu teor.

Pedem o julgamento de improcedência dos pedidos. Se não for esse o entendimento, requerem que a devolução ocorra na forma da cláusula 11.2.3. Pleiteiam ainda a condenação do autor aos ônus da sucumbência.

Réplica (fls. 121/7).

Facultada a especificação de provas (fl. 128), apenas as rés se manifestaram, pugnando pelo julgamento antecipado da lide (fls. 130 e 132).

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

> "(...) julgo parcialmente procedentes os pedidos do autor para declarar nulas as cláusulas abusivas e rescindir o contrato celebrado entre as partes e condenar as rés a lhe devolverem todas as parcelas contratuais já pagas, de uma só vez, devidamente atualizadas pela variação do INPC/IBGE desde o efetivo desembolso e de juros moratórios a contar da citação, abatendo-se as arras e a taxa pela ocupação do imóvel no percentual de 1% (um por cento) por mês ou fração, calculado sobre o valor atribuído ao objeto dos contratos.
> Em face da sucumbência recíproca cada parte arcará com os honorários de seu advogado. Custas *pro rata*." (fl. 152/3)

A ré Antares Engenharia Ltda. interpôs apelação (fls. 166/72), na qual afirma que a cláusula 11.2.3 não poderia ser nulificada pela r. sentença. Sustenta que o contrato deve ser obedecido, porque foi validamente celebrado, art. 104 do CC, constituindo ato jurídico perfeito, art. 5º, inc. XXXVI, da CF. Além disso, diz que não se aplica o art. 51 do CDC, porque não há cláusula iníqua ou abusiva.

Assevera, ainda, que a jurisprudência tem admitido, além da perda do sinal, o percentual de 25% sobre as parcelas pagas, para ressarcimento das despesas suportadas pela vendedora com o contrato.

Pede o provimento do recurso para reformar a r. sentença e "*restabelecer a vigência da cláusula contratual 11.2.3, sendo mantida além da perda das arras a retenção de 15% sobre o valor do imóvel, ou a perda das arras e o percentual de 25% dos valores pagos conforme a jurisprudência declinada, sendo ainda adotada a metodologia de devolução prevista na referida cláusula 11.2.3, dada a total inaplicabilidade do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor à espécie*" (fl. 172).

Preparo (fl. 176).

O autor também interpôs apelação (fls. 178/90), na qual se insurge contra a r. sentença no tocante à perda da totalidade das arras. Transcreve jurisprudência para embasar seu pleito de redução do percentual a ser retido pelo sinal.

Diz, também, que é incabível a retenção do valor de 1%, como taxa de ocupação dos imóveis, com base na cláusula 11.2.4. Afirma que jamais teve a posse direta ou indireta dos imóveis, pois, quando os adquiriu, estavam em construção, e o término das obras ocorreu depois da notificação para rescisão dos contratos.

Pede a reforma da r. sentença para redução do valor retido pelas arras, bem como para declaração de inaplicabilidade da cláusula 11.2.4, sendo indevido qualquer valor como taxa de ocupação dos imóveis.

Preparo (fl. 192).

Contrarrazões das rés (fls. 197/205) e do autor (fls. 206/9).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Vera Andrighi (Relatora) - Conheço das apelações, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, necessário consignar que os contratos em litígio foram celebrados em 2001, na vigência do Código Civil de 1916. No entanto, a pretensão deduzida é de rescisão com devolução das importâncias pagas, fundamentada na impossibilidade financeira de pagamento das prestações. Assim, como a lide trata de um dos efeitos do contrato, deve ser analisada à luz do Código Civil de 2002, conforme determina o art. 2.035.

Deve-se observar ainda que a insurgência das partes, quanto à r. sentença, limita-se à forma nela fixada para devolução das quantias pagas.

A r. sentença condenou as rés à devolução do sinal, mas decidiu ser incabível a retenção do percentual de 15%, previsto na cláusula 11.2.3, porque: a) o pagamento de ambas as verbas caracterizariam *bis in idem*, pois as arras têm caráter

indenizatório, arts. 419 e 420 do CC e b) a cláusula penal que prevê a perda de 15% do valor total da unidade, no caso de rescisão do contrato, é excessivamente onerosa ao consumidor. Ainda, a r. sentença determinou a retenção de 1% por mês ou fração, pelo uso do imóvel, nos moldes da cláusula 11.2.4. Em conclusão, a r. sentença condenou as rés a devolverem ao autor as parcelas pagas, de uma só vez, acrescidas de correção monetária e de juros, abatido o sinal e o percentual de 1% por mês ou fração, cláusula 11.2.4.

Para análise da matéria, é necessário transcrever as cláusulas 11.2.3 e 11.2.4, *in verbis*:

> "11.2.3. Rescindido o Contrato, 15% (quinze por cento) do valor total, da unidade imobiliária objeto deste, ficará como pagamento das despesas decorridas e em hipótese alguma será restituído ao (s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES). Após a entrega da unidade objeto deste instrumento, além dos 15% (quinze por cento) do valor total da unidade, o(s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES) perderão ainda o sinal pago. A restituição do saldo remanescente, se houve, em favor do(s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES) será efetuado no mesmo prazo em que foi recebido e obedecendo também o mesmo reajuste aplicado quando do seu recebimento, com vencimentos mensais e consecutivos sendo o primeiro 30 (trinta) dias após a venda da unidade a terceiros."

> "11.2.4. Estando na posse da unidade objeto deste Instrumento e havendo a rescisão do contrato, os PROMITENTES COMPRADORES obrigam-se a devolvê-lo às PROMITENTES VENDEDORAS a título de reembolso pelo uso do imóvel, multa mensal de 1 (hum por cento) calculada *pro-rata-die* sobre o valor total atualizado deste Instrumento, por todo o período compreendido entre o vencimento da notificação (item 11.2.2 acima) e a efetiva devolução da unidade objeto deste. OS PROMITENTES COMPRADORES obrigam-se a devolver a unidade objeto do presente Instrumento em perfeitas condições de uso e habitabilidade e sem direito a indenização pelas benfeitorias nele existentes."

A apelada-ré pede a reforma da r. sentença para aplicar integralmente a cláusula 11.2.3. O autor postula a reforma do julgado para redução do percentual retido pelo sinal, bem como para não-incidência da cláusula 11.2.4.

Da perda do sinal

As partes celebraram contratos de promessa de compra e venda de três unidades imobiliárias, em setembro de 2001, e o autor, em novembro de 2003, notificou as rés para rescindi-los, alegando insuficiência financeira para pagamento.

Assim, a rescisão contratual ocorreu por culpa do autor, o qual deverá arcar com as obrigações contratuais daí decorrentes, dentre elas a perda do sinal.

O art. 418 do CC/02 dispõe:

> "art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com a atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado." (grifo nosso)

É bem verdade que o e. STJ tem aplicado analogicamente às arras o disposto no art. 924 do CC/16 (art. 413 do CC/02), sob pena de enriquecimento sem causa da vendedora do imóvel. No entanto, tal entendimento não se aplica na presente demanda, pois os valores pagos pelo sinal não são expressivamente altos (R$ 5.867,66, R$ 6.395,21 e 6.389,45), em relação aos valores dos contratos (R$ 63.359,36, 85.794,46 e R$ 86.611,45), fl. 03.

Por isso, os valores pagos, como sinal, deverão ser integralmente abatidos das parcelas pagas, não prosperando a pretensão do apelante-autor de reduzir o percentual devido pelas arras.

Da cláusula penal 11.2.3

A r. sentença decidiu pela não-incidência da cláusula 11.2.3, cumulativamente com a perda do sinal, porque: a) as arras, na espécie, são penitenciais, sob pena de caracterizar *bis in idem,* arts. 419 e 420 do CC/02 e b) a previsão contratual de perda de 15% do valor total da unidade, no caso de rescisão do contrato, é excessivamente onerosa ao consumidor.

Inicialmente, com respeitosa vênia ao entendimento exposto na r. sentença, o contrato não possui cláusula expressa de arrependimento, portanto as arras convencionadas são confirmatórias, e não penitenciais. E, operada a rescisão do contrato por culpa do autor, elas devem ser retidas pelas rés, conforme já explicitado.

De outro turno, as partes pactuaram expressamente a cláusula penal 11.2.3, a qual também é devida, em face do disposto no art. 408 do CC/02:

> "art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora."

Assim, não se verifica o alegado *bis in idem*, decorrente da retenção do sinal e da incidência da cláusula penal 11.2.3, cumulativamente.

De outro turno, a retenção prevista na cláusula 11.2.3 é de 15% do valor total da unidade imobiliária. O autor celebrou três contratos de compra e venda, cujos valores, em 2001, foram de R$ 63.359,36 (fl. 13), R$ 85.794,46 (fl. 29) e R$ 86.611,56 (fl. 45). Portanto, o percentual a ser retido, previsto no contrato, é manifestamente excessivo, impondo-se a sua redução, conforme determina o art. 413 do CC/02, *in verbis*:

> "art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

Com fundamento no texto legal em destaque, reduzo a multa para 15% do valor total desembolsado pelo autor, o que se mostra mais proporcional e razoável, e não do valor total da unidade imobiliária, conforme previsto contratualmente.

Nesse sentido, já decidiu o e. TJDFT, *in verbis*:

> "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL A PEDIDO DO CONTRATANTE. INADIMPLEMENTO DO CONTRANTE VERIFICADO. PERDA DO SINAL E IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO DE MULTA PREVISTA CONTRATUALMENTE. LUCROS CESSANTES. RESTITUIÇÃO DE IPTU NÃO PAGO. IMPOSSIBILIDADE.
> O contratante poderá perfeitamente desistir do negócio entabulado, pleiteando a rescisão do contrato.
> Comprovando-se, no entanto, que o contratante deu azo à referida rescisão, devido ao seu inadimplemento, deverá ele arcar com a perda do valor dado em sinal de pagamento, bem assim ao percentual previsto em cláusula penal, sendo que este será aplicado

> sobre o montante efetivamente pago pelo devedor e não sobre o valor total do contrato.

Os lucros cessantes somente são devidos quando a natureza do negócio assim exigir e desde que devidamente previstos no contrato. Nesse sentido, o contrato de compra e venda de lote que se encontra vazio e sem qualquer benfeitoria, quando desfeito, não gera tal obrigação, pois o contratado receberá o mencionado imóvel com o valor venal devidamente atualizado.

O IPTU é devido ao município e não comprovado o seu pagamento, por parte do contratado, não há falar em restituição dessa verba.

Recurso conhecido e provido parcialmente." ((20060110717356APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 09/04/2008 p. 154, grifo nosso)

O e. STJ também já se pronunciou sobre a questão, *in verbis*:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA EVENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE LEGALIDADE DE CLÁUSULA EM APELAÇÃO SEM QUE A QUESTÃO TENHA SIDO APRESENTADA EM RECONVENÇÃO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DEDUZIDA COM MESMO EFEITO PRÁTICO EM CONTESTAÇÃO. INEXECUÇÃO DO CONTRATO. CONFUSÃO ENTRE ARRAS E CLÁUSULA PENAL. AFASTAMENTO DAS ARRAS. CLÁUSULA PENAL. BASE DE CÁLCULO. MULTA CONTRATUAL. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL A SER RETIDO PELO PROMITENTE VENDEDOR.
> .....
> III - É abusiva a cláusula que fixa a multa pelo descumprimento do contrato com base não no valor das prestações pagas, mas, no valor do imóvel, onerando demasiadamente o devedor.
> IV - Em caso de resilição unilateral do compromisso de compra e venda, por iniciativa do devedor, que não reúne mais condições econômicas de suportar o pagamento das prestações, é lícito ao credor reter parte das parcelas pagas, a título de ressarcimento pelos custos operacionais da contratação. (...)" (REsp 907.856/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19/06/08)

Acresço, por fim, que, não obstante a forma de devolução prevista na cláusula 11.2.3, as rés deverão reembolsar o autor de uma só vez, conforme decidiu a r. sentença.

Da cláusula 11.2.4

O apelante-autor afirma que não poderia ser condenado ao reembolso do percentual de 1%, na forma prevista na cláusula 11.2.4, pois jamais teve a posse direta ou indireta do imóvel, o qual estava em construção desde a contratação até a notificação para rescisão dos contratos.

De fato, conforme se verifica dos contratos, cláusula 8.1, o prazo para entrega da obra foi previsto para o mês de dezembro de 2003, com tolerância de 180 dias úteis (fls. 19, 35 e 51). O autor notificou as rés da rescisão dos contratos em novembro de 2003 (fl. 66) e ajuizou a presente ação em dezembro do mesmo ano. Nesse contexto, infere-se que o apelante-autor nunca ocupou os imóveis; por isso incabível a sua condenação à multa imposta na cláusula 11.2.4.

Em conclusão: a pretensão do autor era para reduzir o percentual a ser retido, pelo sinal, e excluir a multa da cláusula 11.2.4. E, a das rés era para fazer prevalecer a cláusula 11.2.3, na íntegra. Ambos os recursos serão parcialmente providos.

Isso posto, conheço das apelações e dou parcial provimento para: a) reconhecer a validade da cláusula penal 11.2.3, no entanto reduzir o percentual nela fixado e determinar o abatimento de 15% do valor total desembolsado pelo autor do montante a ser-lhe restituído e b) excluir a multa prevista na cláusula 11.2.4.

Fica mantida a r. sentença quanto ao mais, inclusive quanto aos ônus da sucumbência.

É o voto.

Des. Fábio Eduardo Marques (Revisor e Relator Designado) - Na origem, o autor, ora segundo apelante, ajuizou ação de rescisão do contrato particular de promessa de compra e venda de três unidades imobiliárias, com devolução de quantias pagas, fundado na sua precária situação financeira. Asseverou sua culpa e aduziu o abatimento, apenas, do percentual de 10% (dez por cento) dos valores pagos, no valor total de **R$ 102.082,69** (cento e dois mil oitenta e dois reais e sessenta e nove centavos) em 26.11.2003.

Em contestação única, as rés (Royal e Antares) asseveraram o direito ao abatimento de 15% (quinze por cento) sobre o valor do imóvel, conforme cláusula contratual, e que a devolução deve acontecer ao longo de prazo igual ao do recebimento. Destacaram que não houve requerimento de nulidade da cláusula 11.2.3, nem mesmo impugnação do seu teor.

O ilustre Juiz *a quo*, ao decidir a lide, anotou que o contrato entre as partes prevê a cláusula de arras e que, portanto, é incabível a retenção do percentual de 15% (quinze por cento) a título de indenização por despesas administrativas, sob

pena de *bis in idem*. Concluiu, todavia, que é devida a retenção do percentual de 1% (um por cento) ao mês sobre o valor do contrato, a título de taxa de ocupação do imóvel.

Em consequência, o ilustre Juiz declarou nulidade das cláusulas reputadas abusivas, rescindiu o contrato entre as partes, e condenou as rés na devolução, em parcela única, de todas as parcelas pagas, atualizadas desde o desembolso e acrescidas de juros moratórios a partir de citação, com o abatimento das arras de cada contrato e do percentual de 1% (um por cento), por mês ou fração, a título de taxa de ocupação de cada imóvel. O ônus da sucumbência foi repartido, ante a reciprocidade havida.

Apela a primeira ré (Antares, fls. 166/172) alegando que a única hipótese para invalidar cláusula contratual reside no artigo 51 da Lei nº 8.078/90, e que a cláusula nulificada prevê a retenção de 15% (quinze por cento) do valor do contrato, além de obrigar à devolução parcelada dos pagamentos efetivados. Afirma que o contrato obedece aos requisitos legais, devendo ser mantido e cumprido em sua integralidade, bem assim que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido perda de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das parcelas pagas, a título de ressarcimento pelas despesas da vendedora. Pede o provimento ao recurso para restabelecer a vigência da cláusula 11.2.3, sendo mantidas arras ou, afastadas arras, que estabeleça o percentual de 25% de retenção dos valores pagos.

Apela o autor (fls. 178/190) aduzindo que, embora ratifique a assinatura dos três contratos, jamais concordou com a perda do valor total das arras, assim como não concordou com a retenção do equivalente a 10% (dez por cento) do valor dos imóveis. Assevera indevida a retenção do percentual de 1% (um por cento) do valor do objeto do contrato a título de taxa de ocupação do imóvel, de vez que não usufruiu da posse dos imóveis, cuja construção não se achava concluída. Requer a redução proporcional do valor das arras, bem como o afastamento da cláusula de retenção dos valores por ocupação do imóvel.

Posto isso, julgo simultaneamente os recursos.

Em primeiro lugar observa-se a inclusão das arras na sentença, como fundamento para excluir a retenção do percentual de 15% (quinze por cento), a título de indenização por despesas administrativas.

Inicialmente, nesse ponto a r. sentença merece reparo.

É que o autor requerera ao Juiz *a quo* rescisão dos contratos e condenação da ré na devolução das quantias pagas, **em valor determinado**. À fl. 03 deixou claro que na **importância total** requerida não estavam computadas as quantias referentes às arras. Assim, o julgamento foi *ultra petita* e deve ser decotado em vista do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, na forma dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Defere-se, portanto, manutenção das arras conforme pedido no recurso da ré, ficando prejudicado o pedido **sucessivo** de retenção do percentual de 25% dos valores pagos e, bem assim, o recurso do autor no concernente à **redução proporcional** das arras.

Quanto ao restabelecimento de vigência da cláusula 11.2.3 dos contratos, também assiste razão ao réu no seu recurso.

Esclareça-se que as partes celebraram três contratos de promessa de compra e venda de unidade imobiliária, tendo como objetos os apartamentos nº 510, 619 e 719 do empreendimento denominado *Comfort Taguatinga Flat*. Referidos contratos foram celebrados em 19 e 20 de setembro de 2001, sendo, pois, em tese aplicável ao caso as normas do Código Civil e, igualmente, as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Esta Corte já pronunciou que, em geral, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de promessa de compra e venda de unidade imobiliária em construção, haja vista que a promitente vendedora qualifica-se como fornecedora do produto - a unidade imobiliária residencial - enquanto o promitente comprador é o seu destinatário final. Cita-se a exemplo a APC nº 2006.07.1.002315-4, Rel. Des. José Divino de Oliveira.

Nesse contexto, ainda que celebrado o contrato com observância de todos os requisitos legais, em tese cabe ao Poder Judiciário pode rever cláusulas e declarar nulidade de cláusula na forma do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Acontece que não houve pedido claro e preciso de nulidade da cláusula contratual e, diversamente, o **autor afirmara na inicial sua resignação** com a perda das arras e do percentual de 10% a título de taxa por despesas administrativas (fl. 03, letra "f" e fl. 04, letras "b" e "d").

Ora, para os fins de declarar nulidade cláusula contratual, mesmo matéria de ordem pública não ser conhecida de ofício.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, orientando que *"ao dizer que as normas do CDC são 'de ordem pública e interesse social', o Art 1º da Lei 8.078/90 não faz indisponíveis os direitos outorgados ao consumidor - tanto que os submete à decadência e torna prescritíveis as respectivas pretensões"*, de maneira que *"em homenagem ao método dispositivo (CPC, Art. 2º), é defeso ao juiz rever de ofício o contrato para, com base no Art. 51, IV, do CDC anular cláusulas que considere abusivas (Eresp 702.524/RS)"* (REsp 767.052/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14.06.2007, DJ 01.08.2007).

Logo, segundo o princípio *pacta sunt servanda*, os contratos entre as partes devem ser cumpridos no tempo e modo em que as obrigações foram ali avençadas, prevendo a cláusula 11.2.3 do contrato em questão:

> "Rescindido o Contrato, 15% (quinze por cento) do valor total, da unidade imobiliária objeto deste, ficará como pagamento das despesas decorridas e em hipótese alguma será restituído ao(s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES). Após a entrega da unidade objeto deste instrumento além dos 15% (quinze por cento) do valor total da unidade, o(s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES) perderão ainda o sinal pago. A restituição do saldo remanescente, se houver, em favor do(s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES) será efetuado no mesmo prazo em que foi recebido e obedecendo também o mesmo reajuste aplicado quando do seu recebimento, com vencimentos mensais e consecutivos sendo o primeiro 30 (trinta) dias após a venda da unidade a terceiros."

O cumprimento do contrato, contudo, não significa o afastamento de normas legais e princípios gerais do direito, que se aplicam como fonte especial das obrigações.

Sabe-se que a imediata devolução dos valores pagos, devidamente corrigidos "*resulta da aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, devendo deduzir-se do quantum a ser restituído apenas a importância referente à taxa de administração, que, na verdade, traduz-se em cláusula penal*", e que "*é permitido ao Juiz reduzir o valor da cláusula penal, consoante as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor e do art. 413 do Código Civil, a fim de que seja observado o princípio da razoabilidade*" (APC 2003.01.1.098920-0, Relator Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves, 1ª Turma Cível, julgado em 23.01.2006, DJ 18.04.2006).

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico não tolera o enriquecimento indevido. Sobreleva observar, portanto, o princípio geral de direito, que, inclusive, atualmente informa no artigo 884 do Código Civil: *"Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários"*. De efeito, o enriquecimento sem causa é **fonte especial de obrigação**, como já proclamava a doutrina antes do novo Código Civil, a exemplo de Arnoldo Wald (*In* Curso de direito civil brasileiro - vol. II, Obrigações e contratos; São Paulo: RT, 11ª edição, 1994, ampliada e atualizada com a colaboração de Semy Glanz, pág. 70/1):

> "Fonte especial de obrigação é o chamado enriquecimento sem causa, não regulado destacadamente pelo Código Civil, embora admitido em vários artigos, porém, já incluído em capítulo distinto pelo Projeto 634/75, como já o fizeram os Anteprojetos

> precedentes. O Código Civil contém vários casos que se incluem na regra básica. Assim, os de acessão de imóveis (arts. 546 a 549), os de especificação (arts. 611 e ss.), os da confusão (art. 615), da invenção (art. 603) e outros. Diz o art. 920 do Projeto:
> 'Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários'.
> Os elementos são: o empobrecimento de uma pessoa (que pode ser também um dano moral) e o enriquecimento correlato de outra, sem razão jurídica. Pode, a rigor, não haver empobrecimento, mas enriquecimento à custa de outrem, como no caso de aproveitamento de um direito da personalidade alheia (como a utilização não autorizada da imagem para fins comerciais). Não é preciso comportamento culposo de qualquer das partes, que, todavia, poderá ocorrer. Basta o fato objetivo."

Destarte, a cláusula contratual que dispõe sobre a restituição dos valores em caso de rescisão deve ser lida de acordo com o princípio geral de direito, para não acarretar o enriquecimento sem causa. Interpreta-se a cláusula, então, como norma excepcional que afaste a situação ordinariamente constatada, segundo a qual o recebimento do preço do produto em parcelas mensais afigura característica da atividade empresarial desenvolvida pela ré apelante, sendo certo concluir que toda sua administração está baseada nesse proceder. Diversamente, o comprador assim não procede e pode-se presumir que suas necessidades são imediatas. Daí que, não demonstrada situação excepcional, o princípio que veda o enriquecimento indevido também impõe a restituição imediata dos valores pagos, como **consectário lógico** do retorno das partes ao estado anterior quando da rescisão do contrato.

Já o princípio da razoabilidade, por força do artigo 924 do Código Civil de 1916 (atual artigo 413), permite ao Juiz reduzir o valor da cláusula penal. O magistrado pode reduzir equitativa e proporcionalmente penalidade, no caso de se cumprir em parte a obrigação.

Eis o que ocorre no caso concreto, em que a cláusula 11.2.3 dos contratos prevê a perda de **15% (quinze por cento) do valor total da unidade imobiliária**, quando da rescisão do contrato. Ora, consoante o disposto na cláusula 3.1 dos contratos, cada unidade imobiliária tem o preço de R$ 63.359,36 (sessenta e três mil trezentos e cinquenta e nove reais e trinta e seis centavos), R$ 85.794,46 (oitenta e cinco mil setecentos e noventa e quatro reais e quarenta e seis centavos), e R$ 86.611,56 (oitenta e seis mil seiscentos e onze reais e cinquenta e seis centavos), respectivamente, perfazendo o valor de R$ 235.765,38 (duzentos e trinta e cinco mil

setecentos e sessenta e cinco reais e trinta e oito centavos). Assim, prevalecendo o percentual previsto na cláusula penal, o valor total retido pela ré apelante seria de R$ 23.576,52 (vinte e três mil quinhentos e setenta e seis reais e cinquenta e dois centavos), equivalentes aos 15% (quinze por cento) do valor total dos três contratos. Mas o autor pagou pouco mais de 43% (quarenta e três por cento) do preço, em relação aos três contratos, no valor total de R$ 102.082,69 (cento e dois mil e oitenta e dois reais e sessenta e nove centavos), que é fato incontroverso, evidenciando desproporcional e injusta a perda de mais de 23% (vinte e três por cento) da quantia paga.

Nesse sentido, reiterados julgados nesta Corte têm estabelecido o patamar justo para as despesas de administração. Entende-se que *"a rescisão contratual por iniciativa do devedor, caso não mais possua condições de arcar com as prestações pactuadas, é possível juridicamente, assistindo aos adquirentes o direito de obterem a restituição da quantia que pagaram à construtora pela compra do bem, podendo, todavia, ser retido o percentual de 10% (dez por cento) do valor a ser restituído, em razão das despesas com a celebração do contrato"* (APC 2006.07.1.002315-4, Relator Desembargador José Divino de Oliveira, 6ª Turma Cível, julgado em 16.04.2008, DJ 30.04.2008).

Suficiente e justo o percentual de 10% (dez por cento) para o ressarcimento das despesas havidas com a administração dos contratos, haja vista que a ré apelante não demonstrou que a rescisão dos contratos tenha lhe ocasionado outros prejuízos, sem olvidar que, com a rescisão dos contratos, as unidades imobiliárias serão renegociadas com outros interessados, donde lhe advirão naturalmente os lucros.

Ressalta-se, todavia, que não é relevante o argumento do autor apelante de que não concorda com o contrato, quanto à cláusula penal, haja vista que a aposição de sua assinatura no instrumento firma a presunção de que houve livre anuência, e nada foi sustentado acerca de eventual vício de vontade.

Por último, verifica-se que o autor apelante aduz incabível a retenção de 1% (um por cento) ao mês sobre o valor do objeto do contrato, porque não houve entrega dos imóveis e, consequentemente, não houve posse.

Assiste-lhe razão apenas ao considerar que a cláusula penal exclui a cobrança de perdas e danos, salvo previsão contratual e opção do credor, que no caso não ocorrera na falta de reconvenção.

Extrai-se do magistério de Arnoldo Wald (*In* Obrigações e contratos, Editora Revistas dos Tribunais, 1994, páginas 129/130):

> **"A cláusula penal constitui uma medida coercitiva ou intimidativa, funcionando também como prefixação dos prejuízos independentemente da prova que dos mesmos for apresentada.**

> **Distingue-se assim a cláusula penal das perdas e danos, pois a primeira é prefixada, presumida *juris et de jure*, excluindo prova em contrário, enquanto as perdas e danos devem ser provadas. (...) Algumas vezes, os prejuízos decorrentes do inadimplemento ou da infração contratual são superiores ao montante estabelecido pela cláusula penal, entendendo-se nesta hipótese que o credor opta pela solução que lhe for mais favorável, cláusula penal ou apuração de perdas e danos, salvo se a cláusula excluir expressamente a possibilidade de exigir o pagamento dos prejuízos realmente sofridos, caso em que funciona na realidade tanto em favor do credor como do devedor inadimplente, constituindo um limite máximo ou teto para a indenização devida. (...) Outras vezes, a cláusula penal se aplica no caso de infração do contrato, podendo então substituir-se às perdas e danos, funcionando como verdadeira cláusula compensatória, ou acrescer-se às mesmas, como complemento pela infração contratual. No silêncio do contrato, entende-se que no caso de inadimplemento, e não de mora, a cláusula penal é compensatória e não representa um acréscimo às perdas e danos."**

Adiante, também assiste razão ao autor apelante quanto à inexistência de posse dos imóveis. A cláusula 8.1 dos contratos prevê a conclusão da obra para o mês de **dezembro de 2003**, sendo que o promitente comprador manifestou seu pedido de desistência em **novembro de 2003**, conforme documento de fl. 66. Aliás, as partes não alegaram que houve a entrega dos imóveis e, mais ainda, em contestação as rés apeladas sequer aventaram a hipótese de indenização pela ocupação do imóvel.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso da ré apelante para autorizar retenção de 10% (dez por cento) do valor a ser restituído, em razão das despesas com a celebração do contrato, bem assim das arras que não foram objeto do pedido. **Dou parcial provimento** ao recurso do autor apelante para excluir da r. sentença o abatimento da taxa de ocupação do imóvel no percentual de 1% (um por cento) por mês ou fração, ficando prejudicado este apelo quanto à redução proporcional das arras. No mais, mantenho a r. sentença e condeno ré em face de sua integral sucumbência em frente ao pedido inicial, devendo arcar com o pagamento das custas do processo e dos honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, com fundamento no artigo 20, inciso 3º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Des. Natanael Caetano (Presidente e Vogal) - Com o Revisor.

DECISÃO

Deu-se provimento parcial ao recurso de ambos os apelantes, nos termos do voto do Revisor, que redigirá o acórdão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011062166-7

Apelante - SINDELETRO - Sindicato das Indústrias de Reparação e Manutenção de Máquinas Aparelhos e Equipamentos Industriais, Elétricos e Eletrônicos de Uso Doméstico do Distrito Federal e Distrito Federal
Relatora - Desa. Sandra De Santis
Sexta Turma Cível

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE - SINDICATO - PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE ATIVA - MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR - FATO NOTÓRIO - PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA - TAXA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - PODER DE POLÍCIA - TIPO DE ATIVIDADE PRESTADA PELAS EMPRESAS FILIADAS.

I. O art. 8º, inciso III da Constituição Federal autoriza o sindicato a demandar em defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

II. As atividades da empresas filiadas podem se aferidas mediante simples leitura dos dispositivos legais. Trata-se de fato notório, que não se submete ao princípio da congruência. Cabe ao magistrado verificar a subsunção do fato à norma.

III. A Taxa de Vigilância Sanitária regulada pela Lei Distrital n.º 264/99 decorre do efetivo exercício do poder de polícia administrativa.

IV. As empresas que prestam serviços de reparação de aparelhos e equipamentos eletroeletrônicos não se encaixam no fato gerador definido na norma legal.

V. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sandra De Santis - Relatora, Diva Lucy Ibiapina - Revisora e Jair Soares - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito em conhecer e rejeitar as preliminares. No mérito, dar provimento por maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo SINDELETRO - Sindicato das Indústrias de Reparação e Manutenção de Máquinas, Aparelhos e Equipamentos Industriais, Elétricos e Eletrônicos de Uso Doméstico do Distrito Federal, contra sentença que, em ação de declaratória de ilegalidade da Taxa de Vigilância Sanitária, o considerou parte ilegítima e extinguiu o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI do CPC.

Argumenta que o inciso III, art. 8º da Constituição Federal autoriza o sindicato a representar judicialmente a categoria. Postula o reconhecimento da legitimidade. No mérito, afirma ser ilegal a cobrança da Taxa de Vigilância Sanitária para os filiados. Ressalta que as empresas substituídas pelo SINDELETRO prestam serviços de reparação de aparelhos e equipamentos eletroeletrônicos. Observa que as atividades não se encaixam no fato gerador definido na Lei n.º 264/99 e no Decreto n.º 22.438/01. Defende que o poder de polícia, requisito essencial à instituição da taxa, "*deve ser de fato exercido*." Aduz que não foi concedido período de adaptação às regras, nem houve fiscalização *in loco*. Requer a reforma total da sentença.

Preparo regular.

Contrarrazões às fls. 307/318. O apelado insiste na ilegitimidade ativa *ad causam* e argúi ofensa ao art. 264 do CPC. Assevera existir inovação na causa de pedir. Requer o não conhecimento do apelo ou, no mérito, o improvimento.

É o relatório.

VOTOS

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

Da Preliminar de legitimidade ativa

Insurge-se o SINDELETRO contra sentença que, em ação declaratória de ilegalidade, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação. Insiste ser parte legítima para atuar no feito. Requer a reforma da sentença e o julgamento do mérito do apelo, nos termos do art. 515, §3º do CPC.

Razão lhe assiste. Conquanto não se trate de mandado de segurança coletivo, o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal autoriza o sindicato a demandar em defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Neste sentido os comentários de Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"O sindicato pode agir na defesa dos direitos dos membros da categoria, sejam ou não sindicalizados, na esfera administrativa e na judicial, trabalhista ou não (Barbosa Moreira, RP 61/191)"* **(In Código de Processo Civil Comentado, RT, 8ª ed., p. 401)**

Outrossim, o Estatuto Social acostado às fls. 15/27 define no art. 2º as prerrogativas do Sindicato:

> *"a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da categoria econômica representada e os interesses individuais de seus associados.*
> **Omissis.**
> *g) ingressar com ação judicial, para defesa dos seus interesses ou dos associados."*

A jurisprudência desta Corte tem entendido que o sindicato possui legitimidade ativa *ad causam* para pleitear os direitos dos filiados, quando ameaçados ou lesionados. Confira-se:

> *"CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DA CATEGORIA. LEGITIMIDADE ATIVA* AD CAUSAM. *DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DOS FILIADOS EM ASSEMBLEIA. LEI 8.073/90, ARTIGO 3º. ESPECIALIDADE QUE DERROGA A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PERCENTUAL REMUNERATÓRIO DE 11,98%. PROCURADORES DO DF. CONCESSÃO DEVIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE.*
> *1 - É pacífico o entendimento de que os sindicatos, quer em ações ordinárias, quer em ações mandamentais coletivas, tem legitimidade para atuar em defesa dos interesses de seus filiados, pois atuam como substituto processual, nos termos do Artigo 3º da Lei 8.073/90, não constituindo pressuposto dessa atuação a prova de autorização prévia dos filiados, em Assembleia, sob pena de minimização do direito fundamental insculpido no Artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal;*
> **Omissis**;
> *4 - Sentença cassada;*
> *5 - Ação julgada parcialmente procedente (Artigo 515, §3º, CPC)."*

(APC 2004.01.1048121-5, Rel. Des. CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Julg. 26/04/2006, DJ 05/09/2006, p. 156)

Afasto a ilegitimidade ativa. Verifico que a lide encontra-se em condições de imediato julgamento. Nos termos do art. 515, § 3º do CPC, passo à análise das questões ventiladas pelas partes.

Desa. Diva Lucy Ibiapina (Revisora) - Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* que justificou, em primeira instância, a extinção, pelo Julgador Monocrático, do feito sem exame de mérito, creio deva ser afastada, tal como postulado em razões de recurso pela entidade Sindical apelante e fundamentado pela Eminente Relatora.

O Estatuto Social do *SINDELETRO*, de conformidade com a norma constitucional posta no Artigo 8º, inciso III, da Carta da República de 1988, confere legitimidade ao Sindicato para representar judicialmente seus filiados, com dispensa de expressa autorização individual de cada de seus integrantes se caracterizada a abrangência dos direitos defendidos perante o Poder Judiciário, tal como ocorre na hipótese *sub judice*.

Nada há, portanto, que justifique a extinção, sem conhecimento de mérito, da demanda declaratória proposta pela Autora/Apelante em desfavor do *Distrito Federal*, motivo pelo qual, acompanhando a Douta Relatoria, voto no sentido de que seja dado provimento ao Apelo interposto pelo *SINDELETRO* e, de consequência, reformada a sentença vergastada. Mas, estando reunidas as condições para julgamento imediato de mérito por esse Egrégio Tribunal, conforme permissão posta no Artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, prossigo no exame da pretensão recursal.

Des. Jair Soares (Vogal) - Com a Relatora.

Da Preliminar de não conhecimento

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - Em contrarrazões, o Distrito Federal alega que houve modificação, em fase recursal, da causa de pedir. Afirma que o autor fundamentou o pedido na "*ausência de efetiva inspeção referida no art. 15 (...)*", mas no apelo sustenta que as atividades praticadas pelos associados do SINDELETRO não configuram fato gerador da taxa de Vigilância Sanitária. Requer o não conhecimento do apelo.

Os argumentos não merecem acolhida. O Sindicato **postula a declaração de ilegalidade da taxa, a nulidade dos lançamentos realizados e a inexigibilida-**

de da cobrança em relação às empresas associadas. Aponta os dispositivos que considera violados e, como fundamentos, alega ausência de exercício do poder de polícia e inadequação das atividades ao fato gerador. Transcrevo excertos da inicial que abordam o tema:

> *"As empresas representadas pelo SINDELETRO não podem ser cobradas pela taxa de vigilância sanitária, pois, veja Excelência, são empresas que atuam com reparação e manutenção de equipamentos elétricos e eletrônicos."* **(fl. 05)**

> *"Pelos documentos em anexo, bem se vê o abuso de direito ou de exercício de atividades de modo arbitrário, pois está sendo cobrada a Taxa de Vigilância Sanitária - TVS, de empresas que sequer estão enquadradas no Anexo Único do Decreto n.º 24.043/2003, que são as que exercem atividade da categoria representada pelo Sindicato autor."* **(fls. 07/08)**

Outrossim, nos memoriais, o autor requer o deferimento do pedido conforme julgamento proferido em feito análogo. Da cópia da sentença acostada, extrai-se que a cobrança foi declarada ilegal porque, entre outros fundamentos, as empresas autoras não estavam incluídas no rol discriminado no Decreto. Assim decidiu o MM. Juiz Álvaro Luis Ciarlini (Autos n.º 2004.01.1.062162-6):

> *"Entendo que as empresas representadas pelo autor não se enquadram como sujeitos passivos da taxa em questão, na medida em que os diplomas legais que se referem a tal tributo - frise-se a Lei Complementar n.º 264/99 e o Anexo Único do Decreto n.º 24.043/03 - não fazem pressupor, em momento algum, que as tais empresas têm relação com os ramos por eles apontados.*
> *Não identifico relação alguma das empresas com as substâncias citadas por referidos diplomas, quais sejam, alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos de higiene, cosméticos, embalagens saneantes, utensílios ou aparelhos que interessam à saúde.*
> *(...) percebe-se que referido anexo nada menciona acerca de indústrias ou comércio de madeira imobiliário, o faz crer, em definitivo, ser ilegal a cobrança a essas empresas."* **(fl. 279)**

É evidente que a instrução deu ênfase à comprovação da existência ou inexistência de inspeção local, um dos fundamentos do autor, porque o enquadra-

mento da empresa no rol taxativo do decreto pode ser aferido mediante simples leitura dos dispositivos legais, bem como do Estatuto Social do Sindicato. Trata-se de fato notório, que não se submete ao princípio da congruência, nos termos do art. 334, inciso I do CPC. De mais a mais, é tarefa do magistrado verificar se houve subsunção do fato à norma. Segundo a lição de Fredie Didier, a ilegalidade pode ser declarada por outros fundamentos:

> *"Lembre-se de que os fundamentos jurídicos não se submetem ao princípio da congruência, visto que compõem questões de direito, cuja análise pode ser feita de ofício pelo juiz em razão do princípio* iuria novit curia. *Assim, nada impede que o magistrado, em reforço aos argumentos jurídicos trazidos pelo demandante ou pelo demandado, acrescente outros fundamentos de direito para, respectivamente, acolher ou rejeitar o pedido formulado. Não haverá aí decisão* ultra petita.*"*
> **(*In* Curso de Direito Processual Civil, Atlas, p. 250)**

Postulada a ilegalidade da cobrança, a tipificação dos fatos mostra-se irrelevante. O juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto. A parte não pode se prejudicada por eventual deslize técnico do advogado. Afasto a preliminar de não conhecimento do apelo. Passo ao exame do mérito, com fundamento no §3º do artigo 515 do CPC.

Desa. Diva Lucy Ibiapina (Revisora) - Adoto como relatório a narrativa apresentada pela Eminente Relatora.

Juízo de Admissibilidade

Em exame de admissibilidade, conheço do recurso porque presentes os pressupostos subjetivos e objetivos indispensáveis à sua apreciação, com o que ***rejeito a preliminar suscitada pela parte Recorrida de não conhecimento desse Apelo porque estaria a Recorrente a promover indevida inovação quanto à causa de pedir.***

Em verdade, diversamente do que afirma o ente federativo ora Apelado, não há que se falar em modificação da causa de pedir.

Simples leitura da peça vestibular, em especial dos itens 11.2 (fl. 05), 14.1 (fls. 07-08) e 18.2 (fl. 09), deixa evidente a insurgência da entidade Sindical quanto ao enquadramento das sociedades comerciais que a integram como contribuintes da chamada ***TVS - Taxa de Vigilância Sanitária***, instituída pela Lei Complementar Distrital nº. 264/94 que foi regulamentada pelos Decretos n.º 22.438/01; n.º 24.043/03; e n.º 24.577/04.

Assim, os fundamentos aduzidos em razões de recurso em nada inovam, apenas buscam dar mais força e solidez a um dos argumentos inicialmente aduzidos para o fim de afastar a incidência daquela exação fiscal.

Afasto de consequência, a preliminar de não conhecimento da Apelação.

Des. Jair Soares (Vogal) - Com a Relatora.

MÉRITO

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - No mérito, litigam as partes acerca da possibilidade de cobrança de taxa de vigilância sanitária, cujo fato gerador é a fiscalização administrativa, sem a comprovação do efetivo exercício do poder de polícia, e a legalidade da exigência sobre a atividade industrial de reparação ou manutenção de equipamentos elétricos e eletrônicos.

No que tange à prévia inspeção, a jurisprudência deste Tribunal mostra-se controvertida. Deve-se distinguir entre as taxas resultantes do poder de polícia e as taxas decorrentes da prestação de serviços públicos. As primeiras exigem a efetiva atuação do poder de polícia, nos termos da conceituação clássica do artigo 78 do CTN. Não basta apenas a potencialidade da atuação administrativa. Neste sentido os artigos 145, inciso II, da Constituição Federal e 77 do CTN, que dispõem, respectivamente:

> *"Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*
> **Omissis.**
> *Inciso II. Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.*
>
> *Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição."*

A TVS regulada pela Lei Distrital nº 264/99 decorre do poder de polícia. Na esteira desse raciocínio, não basta a potencialidade, mas o efetivo exercício do poder de polícia administrativa. O fato restou demonstrado através dos Termos de

Vistoria acostados às fls. 173/200, referentes ao ano de 2003. E, conforme ofício de fls. 171/172, o apelado reconhece o equívoco no lançamento anterior, ao informar que as atividades das filiadas ao SINDELETRO são classificadas de "*baixo risco*".

Entretanto, assiste razão ao apelante ao afirmar que **as empresas substituídas pelo Sindicato prestam serviços de reparação de aparelhos e equipamentos eletroeletrônicos e, por conseguinte, não se encaixam no fato gerador definido na norma legal**. O art. 15 da Lei Complementar Distrital 264/99 e o art. 2º do Decreto Distrital nº 22.438/01, assim dispõem:

> "Art. 15. A Taxa de Vigilância Sanitária tem como fato gerador a inspeção dos locais onde se fabricam, produzem, transformam, preparam, manipulam, purificam, fracionam, embalam ou reembalam, importam, exportam, armazenam, distribuem, expedem, transportam, vendem e compram alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde e de todos os estabelecimentos direta e indiretamente ligados a saúde.
> Art. 2º. A Taxa de Vigilância tem como fato gerador o poder de polícia exercido por meio da execução das atividades de Vigilância Sanitária ao fazer a inspeção dos locais onde se fabricar, produzir, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou reembalar, importar, exportar, armazenar, distribuir, expedir, transportar, vender, comprar alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens saneantes, utensílios e aparelhos que interessam à saúde e todos os estabelecimentos direta e indiretamente ligados à saúde."

O Estatuto Social acostado às fls. 15/27 esclarece que as empresas filiadas ao SINDELETRO limitam-se à reparação ou manutenção de máquinas e congêneres elétricos e eletrônicos de uso doméstico. Não vislumbro relação entre a atividade empresarial das substituídas e a hipótese de incidência das normas locais que regulamentam a taxa de vigilância sanitária.

É de conhecimento do homem mediano que as atividades de reparação ou manutenção de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais elétricos e eletrônicos de uso doméstico não se relacionam direta ou indiretamente à saúde pública ou privada, pois não compreendem fornecimento de produtos ou serviços que envolvam fabricação, produção, transformação, preparo, manipulação, purifi-

cação, fracionamento, embalamento ou reembalamento, importação, exportação, armazenamento, distribuição, expedição, transporte, venda e compra de **alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde**. E, ainda que levada em consideração a saúde do trabalhador, inconteste que a legislação não pode receber a interpretação almejada pelo Distrito Federal.

A razão das normas de tributação especial é a preservação da saúde pública, e as hipóteses do anexo são taxativas. Não há como estender a cobrança da taxa a toda e qualquer atividade comercial, não relacionada com o manuseio e comércio de alimentos ou produtos ligados à saúde, sob pena de conferir interpretação excessivamente elástica à hipótese de incidência do tributo. Conforme determina o §1º do Artigo 108 do Código Tributário Nacional, o emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei. Outrossim, o art. 110 do mesmo diploma assevera que "*a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias*". Sobre o tema, transcrevo aresto deste Tribunal:

> *"DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA POR AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E JULGAMENTO EXTRA PETITA REJEITADAS. TAXA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL Nº 264/1999 E DECRETOS DISTRITAIS NºS 22.438/2001 e 24.043/2003. AUSÊNCIA DE PREVISÃO QUANTO ÀS INDÚSTRIAS GRÁFICAS.*
>
> **Omissis.**
>
> *3. Incabível a cobrança de Taxa de Vigilância Sanitária, com base no artigo 15, da Lei Complementar Distrital n° 264/1999, e Decretos Distritais nºs 22.438/2001 e 24.043/2003,* ***se o sujeito passivo indicado pelo Distrito Federal exerce atividade que não se encontra entre as hipóteses taxativamente previstas nas referidas normas legais.***
>
> *4. Preliminares rejeitadas. Recurso do Distrito Federal conhecido e não provido. Recurso voluntário e remessa oficial conhecidos e providos."*
>
> **(APC 2004.01.1.056764-7, Rel.ª Des.ª NÍDIA CORRÊA**

LIMA, 3ª T. Cível, Julg 12/07/2006, DJ 14/09/2006, p. 113). Grifos nossos.

Por outro giro, à vista de tratar-se de fato decorrente de presunção *ad hominis* prevista nos arts. 334 e 335 do CPC, opera-se a inversão do *onus probandi* em desfavor do Distrito Federal. Cabia-lhe a prova de que a gama de atividades desenvolvidas pelas filiadas relaciona-se, ao menos indiretamente, com a saúde pública.

O bem elaborado parecer do Ministério Público, da lavra do Procurador José Firmo dos Reis Soub, chega a idêntica conclusão, amparado em fortes precedentes.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo. Honorários arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais) a favor dos apelantes. O Distrito Federal está isento do pagamento das custas, à exceção daquelas adiantadas pelo autor.

É o voto.

MÉRITO

Desa. Diva Lucy Ibiapina (Revisora) - Vejamos.

Não há como divergir das razões aduzidas pela Eminente Relatora e pelo Ilustre Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Dr. José Firmo Reis Soub, em Parecer de fls. 322-333. Pelos fundamentos brilhantemente aduzidos, aos quais integralmente adiro, é de ser dado provimento ao Apelo interposto pelo ***SINDELETRO*** para afastar a cobrança da Taxa de Vigilância Sanitária - TVS das empresas integrantes daquela entidade sindical.

Os ônus da sucumbência, com relação a verba honorária, que fixo em R$ 1.000,00, haverão de ser suportados pelo ***Distrito Federal***. Sem custas por força de isenção prevista no Decreto-Lei n.º 500, de 17/03/1969 que isenta do pagamento de custas o Distrito Federal perante a Justiça do Distrito Federal.

Acompanho, portanto, na íntegra, o voto da Eminente Relatora. Conheço e dou provimento ao recurso de Apelação.

É como voto.

Des. Jair Soares (Vogal) - Senhora Presidente, peço vênia às eminentes Relatora e Revisora para divergir.

Por um lado, os documentos de fls. 173/230 comprovam efetiva inspeção em diversos estabelecimentos filiados ao sindicato autor da ação, o que justifica, sim, a atuação da fiscalização e, por conseguinte, a imposição da exação. Por outro, ofício do Diretor de Vigilância Sanitária do DF informa que as atividades exercidas pelas

"indústrias de reparação ou manutenção de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, eletros e eletrônicos de uso doméstico" (fls. 171/172) são classificadas como sendo de baixo risco. Devem, por conseguinte, pagar a taxa pelo valor definido na norma de regência, nos termos do art. 17, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 264/99, regulamentada pelo art. 1.º do Decreto n.º 24.043/2003.

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - V. Ex.ª me permite um aparte?

Des. Jair Soares (Vogal) - Com todo prazer.

Desa. Sandra De Santis (Relatora) - O problema é que o ofício desse diretor diz isso, mas tal ofício não pode suplantar o que diz a lei, por isso a lei posterior veio elastecendo as hipóteses. Então, nem haveria necessidade de uma lei posterior, porque está escrito aqui, com todas as letras:

> Art. 15. A Taxa de Vigilância tem como fato gerador o poder de polícia exercido por meio da execução das atividades de Vigilância Sanitária ao fazer a inspeção dos locais onde se fabricar, produzir, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou reembalar, importar, exportar, armazenar, distribuir, expedir, transportar, vender, comprar alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens saneantes, utensílios e aparelhos que interessam à saúde e todos os estabelecimentos direta e indiretamente ligados à saúde (Lei Complementar n.o 264/99).

Quer dizer, o fato de ele lá ter ido fiscalizar espontaneamente não vai criar uma exação. Se eu for à sua casa e disser que você tem de pagar Imposto de Renda sobre o que come, vai virar uma obrigação?

Des. Jair Soares (Vogal) - A jurisprudência consolidada no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal e do egrégio Superior Tribunal de Justiça considera prescindível para a cobrança de taxa em razão do poder de polícia a prova efetiva da fiscalização, suficiente à sua potencial existência. Nesse sentido, precedentes daquelas colendas Cortes, transcritos nas contrarrazões de informações (fls. 316/317). E desta Corte destaco o seguinte:

> TRIBUTÁRIO - TAXA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - FISCALIZAÇÃO - DESNECESSIDADE - LEI COMPLEMENTAR 264/99.

> 01. De acordo com entendimento do Egrégio STJ, a Taxa de Fiscalização Sanitária decorre do poder de polícia e sua base de cálculo não agride o art. 77, do CTN.
> 02. A cobrança da Taxa de Fiscalização Sanitária, nos termos da Lei Complementar nº 264/99 não implica na efetiva fiscalização e sim decorre da potencial existência do estabelecimento comercial.
> 03. Negou-se provimento. Unânime. (APC 2004.01.1. 068032-3, Relator: Desembargador Romeu Gonzaga Neiva, 5ª Turma Cível)

Portanto, rogando vênia mais uma vez, dou provimento ao recurso e casso a sentença. Prosseguindo, julgo improcedente o pedido, condenando o autor nas custas e honorários, os quais arbitro em R$ 1.000,00 (mil reais).

DECISÃO

Conhecido. Rejeitadas as preliminares. No mérito, deu-se provimento, por maioria.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011069068-5

Apelante - M. E. S. M.
Apelados - P. C. S. C. rep. por A. C. e outros
Relator - Des. Lecir Manoel da Luz
Quinta Turma Cível

EMENTA

CIVIL - CURATELA - ADOLESCENTE PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN - INCAPACIDADE DE REGER OS ATOS DA VIDA CIVIL - INTERDIÇÃO - CURADOR - DISPUTA ENTRE A TIA MATERNA E A FAMÍLIA BIOLÓGICA - PREVALÊNCIA DO BEM-ESTAR DO MENOR - RECURSO IMPROVIDO.

I - Confirmada por laudo pericial o comprometimento da atividade intelectual do periciando, que o incapacita para o exercício dos atos da vida civil, limita-se, a controvérsia posta nos autos, ao exame de quem detém melhores condições de reger a vida e administrar os bens do adolescente.

II - E, nesse prisma, não há dúvida de que para o adolescente mostra-se muito mais interessante e enriquecedor estar junto com seus irmãos, cujas idades variam entre 10 e 15 anos, em região administrativa próspera (Recanto das Emas) a estar na casa da tia materna, onde residem apenas pessoas adultas.

III - É de se ver, portanto, que a conclusão do laudo pericial deve prevalecer, não trazendo a Apelante qualquer argumento capaz de infirmar as razões ali expostas ou de demonstrar a incapacidade ou impossibilidade de sua irmã assumir tal mister.

IV - Revela-se, ademais, imprescindível que a harmonia entre os membros dessa família, hoje dividida por conta dessa disputa, volte a existir, até para dissipar a péssima impressão de que o quê está em jogo é a pensão à qual o incapacitando faz jus, e não sua felicidade e bem-estar.

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 - Revisor, Esdras Neves - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Haydevalda Sampaio, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório da r. sentença de fls. 73/76, o qual transcrevo *in verbis*:

> "M. E. DOS S. M. ingressou com a presente ação de interdição de seu sobrinho P. C. DOS S. C., alegando que o(a) interditando(a) é portador(a) de doença mental que o(a) impede de reger sua pessoa.
> Juntou à inicial os documentos de fls. 07/35.
> O Interditando foi citado (fl. 50) e não ofereceu impugnação no prazo legal.
> Foi realizada audiência de interrogatório às fls. 45/46 e o Ministério Público oficiou pela realização de exame psiquiátrico do(a) interditando(a).
> Decisão deferindo a antecipação dos efeitos da tutela e nomeando a Requerente curadora provisória do Interditando (fl. 54-verso).
> Os autos foram remetidos ao I.M.L. para submissão do(a) Interditando(a) a exame médico-pericial de natureza psiquiátrica, com quesitos do Juízo.
> Laudo psiquiátrico às fls. 60/61.
> O Ministério Público oficiou nos autos às fls. 70/72, opinando pela suspensão do processo até a realização da audiência de instrução e julgamento na ação de guarda movida pelos pais do Interditando (fls. 64/65).
> Em audiência, conforme termo de fls. 68/69, os genitores do Interditando manifestaram o desejo de serem nomeados curadores do Interditando e os autos foram remetidos ao SERAF para a realização de estudo do caso objetivando a constatação da pessoa mais indicada para exercer a curatela.
> O Ministério Público oficiou nos autos às fls. 70/72, opinando pela interdição do Requerido e nomeação da sua genitora como

curadora, revogando a decisão que nomeou a tia materna curadora provisória."

Acrescento que a il. Juíza de Direito Substituta da 4.ª Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília decretou a interdição de P. C. dos S. C., declarando sua absoluta incapacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do art. 3.º, inciso II, do Código Civil, e art. 1767, inciso II, do Código de Processo Civil.

Na mesma assentada, foi nomeada como curadora a genitora do incapaz, intimando-a para prestar compromisso e revogando-se a decisão que nomeara a tia materna, conferindo-lhe, porém, o direito de visita.

Irresignada, recorre M. E. dos S. M., requerendo a reforma da r. sentença, alegando que o interesse dos pais em cuidar de P. C. é meramente financeiro, eis que esse passou a receber benefício previdenciário em decorrência do falecimento da avó materna, a qual detinha a guarda do menor desde os cinco anos, período em que nunca se preocuparam em acompanhar o desenvolvimento do filho nem seu estado de saúde.

Assevera que os cuidados que sempre manteve com o incapaz são reconhecidos por vizinhos e pelos próprios pais e que o problema de sexualidade acentuada ocorreu há mais de dez anos, não autorizando a conclusão de que tenha sido a requerente negligente no trato com o sobrinho.

Acrescenta, ainda, que, após ciência do laudo produzido nos autos da Ação de Guarda e Responsabilidade (Processo n,º 2005.01.1.058165-5), os pais biológicos retiraram P. C. da companhia da Apelante, a qual desde então não teve mais contato com o sobrinho, sendo desrespeitado inclusive o seu direito de visita, havendo grande indiferença às recomendações dadas pela equipe da área psicossocial.

Junta os documentos de fls. 84/93.

Recurso isento de preparo, porque a apelante é patrocinada pela d. Defensoria Pública.

Em contrarrazões de fls. 106/112, M. G. dos S. C. requer o improvimento do apelo.

Em parecer de fls. 131/135, a d. Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Lecir Manoel da Luz (Relator) - Cabível e tempestivo, conheço do recurso.

M. E. dos S. M. ajuizou ação de interdição de P. C. dos S. C., portador de doença mental (síndrome de Down) que o impede de reger sua pessoa.

Relata ser tia materna do sobrinho, o qual vive em sua companhia desde os cinco anos de idade, época em que sua mãe, avó do interditando, passou a ter sua guarda judicial em virtude da impossibilidade dos pais em criá-lo.

Após o falecimento de sua mãe, seu sobrinho passou a fazer jus à pensão mensal, o que levou a autora a propor também ação de guarda e responsabilidade a fim de possibilitar o trâmite burocrático do direito do sobrinho junto ao órgão previdenciário.

Juntou à inicial os documentos de fls. 07/35.

Apesar de citado, o Interditando não ofereceu impugnação no prazo legal.

Realizada audiência de interrogatório às fls. 45/46, sobreveio a manifestação ministerial pela realização de exame psiquiátrico no interditando.

À fl. 54, verso, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela para nomear a Requerente curadora provisória do Interditando.

Laudo psiquiátrico às fls. 60/61.

O Ministério Público oficiou nos autos às fls. 70/72, opinando pela suspensão do processo até a realização da audiência de instrução e julgamento na ação de guarda movida pelos pais do Interditando (fls. 64/65).

Em audiência (fls. 68/69), os genitores do Interditando manifestaram o desejo de serem nomeados curadores do Interditando, o que ensejou a remessa dos autos ao SERAF para a realização de estudo do caso, objetivando a constatação da pessoa mais indicada para exercer a curatela.

O Ministério Público oficiou às fls. 70/72, opinando pela interdição do Requerido e pela nomeação de sua genitora como curadora, revogando a decisão que nomeou a tia materna curadora provisória.

Em sentença de fls. 73/76, a il. Juíza de Direito Substituta da 4.ª Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília decretou a interdição de P. C. dos S. C., declarando sua absoluta incapacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do art. 3.º, inciso II, do Código Civil, e art. 1767, inciso II, do Código de Processo Civil.

Na mesma assentada, foi nomeada como curadora a genitora do interditando, intimando-a para prestar compromisso e revogando-se a decisão que nomeara a tia materna, conferindo-lhe, porém, o direito de visita.

Irresignada, recorre a tia materna, M. E. dos S. M., requerendo a reforma da r. sentença, alegando que o interesse dos pais em cuidar de P. C. é meramente financeiro, eis que esse passou a receber benefício previdenciário em decorrência do falecimento da avó materna, a qual detinha a guarda do menor desde os cinco

anos, período em que nunca se preocuparam em acompanhar o desenvolvimento do filho nem seu estado de saúde.

Assevera que os cuidados que sempre manteve com o incapaz são reconhecidos por vizinhos e pelos próprios pais e que o problema de sexualidade acentuada ocorreu há mais de dez anos, não autorizando a conclusão de que tenha sido a requerente negligente no trato com o sobrinho.

Acrescenta, ainda, que, após ciência do laudo produzido nos autos da Ação de Guarda e Responsabilidade (Processo n.º 2005.01.1.058165-5), os pais biológicos retiraram P. C. da companhia da Apelante, a qual desde então não teve mais contato com o sobrinho, sendo desrespeitado inclusive o seu direito de visita, havendo grande indiferença às recomendações dadas pela equipe da área psicossocial.

Junta os documentos de fls. 84/93.

Em contrarrazões de fls. 106/112, M. G. dos S. C. requer o improvimento do apelo.

Em parecer de fls. 131/135, a d. Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Apelação isenta de preparo porque a recorrente é patrocinada pela il. Defensoria Pública.

Eis a suma dos fatos.

A controvérsia posta nos autos limita-se ao exame de quem detém melhores condições de reger a vida e administrar os bens de P. C. dos S. C., portador de Síndrome de Down.

De um lado, a Apelante argumenta que sempre esteve presente na vida e na educação do sobrinho, alegando que os pais sempre foram ausentes.

A seu turno, a mãe narra sua dificuldade à época em cuidar do filho, porque morava em uma região de chácaras, distante de médicos e escolas, mas que hoje vivencia outra realidade. Assevera, ainda, que, após o falecimento da avó, o filho passou a faltar aulas e seu tratamento foi negligenciado pela tia.

O fato é que, independentemente do comprometimento intelectual, o portador de Síndrome de Down necessita de atenção especial por toda a vida para um desenvolvimento pleno de suas potencialidades, dentro de suas limitações, a fim de tornar-se um adulto capaz de desenvolver atividades cotidianas básicas, tais como: cuidados com sua higiene e escolha da roupa a vestir, e quiçá outras mais complexas, como a capacidade de fazer suas próprias escolhas, externar sua opinião e gerir seu dinheiro.

Sob esse prisma, concluíram os expertos que o periciando, ora interditando, apresenta comprometimento da atividade intelectual que o incapacita para o exercício dos atos da vida civil (fl. 61).

Em relação aos aspectos emocionais, a área técnica deste eg. Tribunal de Justiça concluiu que o momento vivenciado pelo interditando está a indicar a residência materna como o melhor lugar para seu pleno desenvolvimento, tendo em vista a possibilidade de voltar a conviver com crianças, de retornar à escola, praticar atividades físicas e controlar melhor seu estado de saúde.

Nesse particular, não há dúvida de que para o adolescente mostra-se muito mais interessante e enriquecedor estar junto com seus irmãos, cujas idades variam entre 10 e 15 anos, em região administrativa próspera (Recanto das Emas) a estar na casa da tia materna, onde residem apenas pessoas adultas.

Lá, certamente, não terá uma vida isolada e terá muitas oportunidades de interagir, senão grande parte de seu tempo é gasto com atividades solitárias, tais como: assistir televisão e jogar vídeo games.

Do mesmo modo, revela-se imprescindível que a harmonia entre os membros dessa família, hoje dividida por conta dessa disputa, volte a existir, até para dissipar a péssima impressão de que o quê está em jogo é a pensão à qual o incapacitando faz jus, e não sua felicidade e bem-estar.

É de se ver, portanto, que a conclusão do laudo pericial deve prevalecer, não trazendo a Apelante qualquer argumento capaz de infirmar as razões ali expostas ou de demonstrar a incapacidade ou impossibilidade de sua irmã assumir tal mister.

Frente às razões supra, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Des. Dácio Vieira (Revisor) - Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Insurge-se a apelante contra sentença que decretou a interdição de P. C. S. C, nomeando como curadora, a sua genitora e, via de conseqüência, revogou a decisão que nomeou a ora apelante curadora do menor.

Assim, pretende a recorrente a reforma da sentença, para que tenha o sobrinho em sua companhia ao argumento de que sempre cuidou de sua educação, em face da ausência dos pais na sua educação e guarda.

Neste diapasão, assim se manifestou a Procuradoria de Justiça:

> "Consoante documentos carreados aos autos, o interditado é portador de Síndrome de Down, "que apresenta um retardo mental de nível moderado a grave, incurável. Consideramos que o periciando seja inteiramente incapaz para reger sua pessoa e administrar seus bens" (fl. 61).
> Com efeito, a curatela é medida que se impõe.

> No que concerne à nomeação do curador, o Código Civil dispõe que:
> "art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.
> §1º. Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstra mais apto.
> §2º. Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.
> § 3º- Na falta das pessoas mencionadas nesse artigo, compete ao Juiz a escolha do curador".
> O Parecer técnico nº 196/97, elaborado nos autos e Guarda e Responsabilidade, nº 2005.01.1.058165-5, em apenso, conclui que o interditado, neste momento, estaria melhor assistido em sua necessidade básica de moradia, saúde, educação, afeto e proteção na companhia de seus genitores".

Conforme consta do laudo pericial (fl. 61), há incapacidade do interditando para o exercício dos atos da vida civil havendo decreto de sua interdição pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Família com a nomeação de sua genitora como curadora do menor.

De outro lado, a área Psicossocial de igual conclui que a companhia materna é a que melhor atende aos interesses do interditando, para o seu melhor desenvolvimento, junto com os seus irmãos, inclusive, no convívio com outras crianças, voltando a participar de atividades escolares, uma situação, em suma, ideal para quem é portador de uma doença mental - síndrome de Down.

Diante desses fundamentos, não estando a merecer censura a sentença recorrida, nego provimento ao recurso.

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011118170-3

Apelante - R. R. M.
Apelado - Q. E. M.
Relator - Des. J.J. Costa Carvalho
Segunda Turma Cível

EMENTA

CIVIL. NÃO CONHECIMENTO PARCIAL. INADEQUAÇÃO DA DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL EM APELAÇÃO. MÉRITO. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AOS DEVERES CONJUGAIS. INFIDELIDADE. PROVAS CONSTITUÍDAS POR CONVERSAS EM SISTEMA DE TROCA DE MENSAGENS EM TEMPO REAL. ILICITUDE DA PROVA AFASTADA. CONTRAPROVA NÃO DILIGENCIADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL. INFIDELIDADE COMO FATO GERADOR DO DEVER DE REPARAÇÃO. NECESSIDADE DE GRAVE HUMILHAÇÃO E EXPOSIÇÃO. CIÊNCIA DA INFIDELIDADE ANOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO. DECURSO TEMPORAL QUE MITIGA A SITUAÇÃO VEXATÓRIA. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO DANO MORAL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Tratando-se de pretensão de demonstração de repercussão geral em sede de apelação, nota-se a inadequação da eleição dessa matéria nessa via de impugnação recursal, ainda que sob o enfoque de regularidade formal. Não conhecimento da apelação nessa parte.

2. Não infirmada a versão da obtenção de dados em documento de edição de texto de modo frontal e inequívoco, prevalece a versão da idoneidade da prova, haja vista que a demonstração da ilicitude da prova é matéria de defesa, nos termos do art. 333, II, do Diploma Processual Pátrio.

3. A jurisprudência mais responsável com a natureza jurídica do dano moral caminha no sentido de que a imposição do dever de reparar tem espaço apenas em casos particulares, quando do rompimento da relação há mais que abalo sentimental, sendo necessária a repercussão grave nos atributos

da personalidade. Ou seja, a infidelidade, por si só, não gera, via de regra, causa de indenizar, apenas configurando dano moral a situação adúltera que ocasiona grave humilhação e exposição do outro cônjuge. Interpretação de julgados do e. STJ e deste TJDFT.

4. Quando a ciência da infidelidade ocorre anos após a separação de fato, aludida situação vexatória deve ser concebida em termos mais detidos. Assim, como a aferição do grau do abalo é inerente ao juízo de caracterização do dano moral, o decurso temporal fortalece a conclusão de que a caracterização do dano moral não se apraz com o abalo sentimental, o qual, remetendo-se a anos anteriores, não se projeta na atualidade com a intensidade exigida para a configuração de dano moral.

5. Apelação, na parte conhecida, a que se dá provimento.

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 Angelo Passareli, em proferir a seguinte decisão: conhecer de parte do recurso, e na parte conhecida, dar provimento; unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação em sede de ação de ação de reparação civil por dano moral ajuizada por Q. E. M., em desfavor de R. R. M., na qual pleiteia a condenação no valor de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), em razão de descumprimento dos deveres conjugais.

Para tanto, articula que foi casada com o requerido por nove anos, sendo que, cerca de cinco anos após a separação de fato, ocorrida em maio de 2000, descobriu conversas entre o requerido e outra mulher, via correio eletrônico, reveladoras de relacionamento amoroso extraconjugal, em período anterior à separação, o que violou o dever de fidelidade recíproca (art. 1566, I, do CC/2002). Ademais, aduz que o teor das conversas, além de manifestamente degradante à sua honra subjetiva, englobava relatos sobre a vida íntima do casal e da família, violando, assim, o direito à privacidade.

Em contestação, foi suscitada prescrição trienal e apontada a ilicitude na obtenção das provas.

Em decisão interlocutória, foi afastada a prejudicial de prescrição e deferida a produção de prova testemunhal, sendo que somente foram ouvidas as testemunhas arroladas pela autora, vez que a oitiva da testemunha apontada pelo requerido foi indeferida, ante a intempestividade do requerimento (fl. 102).

O d. juízo (fls. 132-141) julgou procedente o pedido para condenar o requerido ao pagamento de danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC, a contar da data da prolação desta sentença, e juros moratórios de 1% (um por cento), a contar da data da citação.

Em razões de apelação (fls. 152-157), requer R. R. M, preliminarmente, que o acesso aos autos seja restrito às partes e procuradores. No mérito, protesta pela improcedência do pedido, aduzindo, em síntese, que: **a)** a contestação apenas acentuou a ilicitude das provas, de modo que não houve sua anuência quanto ao teor delas; **b)** naquilo que concerne às provas instruídas na inicial, o modo de acesso àquelas informações, para fins de exame de licitude, incumbe à autora, cabendo tão-só a ela requerer, para tanto, a produção de prova pericial; **c)** não pode ser presumido o dano moral especialmente pelo fato de a descoberta da aludida infidelidade ter ocorrido anos após a separação; e **d)** estão configurados os requisitos de repercussão geral, em relação à utilização de prova ilícita. Na hipótese de procedência, requer a redução do *quantum,* para R$ 500,00 (quinhentos reais).

Em contrarrazões (fls. 155-158), pugna-se pelo improvimento do recurso.

Preparo regular à folha 151.

É o relatório.

VOTOS

Des. J.J. Costa Carvalho (Relator) - Em sede de juízo de admissibilidade, não conheço da apelação na parte referente à repercussão geral, tendo em conta a inadequação da eleição dessa matéria nessa via de impugnação recursal.

Conforme o art. 102, § 2º, da CF, acrescentado pela EC nº 45/2004, para o cabimento do Recurso Extraordinário, é necessária a demonstração da repercussão geral, sendo essa tarefa ônus do recorrente (art. 543-A, § 2º, do CPC).

A aferição da presença da repercussão geral é incumbência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, de forma que ao Tribunal apenas é autorizado, em sede de juízo de admissibilidade *a quo* do RE, verificar, a título de regularidade formal, se na peça recursal existe tópico tratando da matéria da repercussão geral. Em outros termos, não é da alçada do Tribunal examinar se o conteúdo comporta repercussão

geral, pois seu exame de admissibilidade é restrito à análise da presença formal de capítulo específico sobre a matéria.

No caso, entretanto, tratando-se a presente espécie recursal de apelação, é certo que a repercussão geral não é matéria a ser apreciada nesse momento, ainda que sob o enfoque de regularidade formal, o que impõe o não conhecimento da apelação nessa parte.

No restante, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminarmente, convém assinalar que, em primeiro grau, já foi deferida a tramitação do feito em segredo de justiça, sendo que, subsistentes os motivos para a concessão de tanto, ratifico os termos da decisão de fl. 153.

A princípio, assevera-se que resta preclusa a matéria referente à prescrição.

Quanto ao mérito, nota-se que a questão controvertida cinge-se àquilo que concerne à prova, em dois aspectos: **(i)** se a violação dos deveres conjugais, face à prova do relacionamento extraconjugal, configura, no caso, dano moral e **(ii)** se houve a aludida ilicitude da referida prova.

De início, compulsando os autos, extrai-se que a prova documental, objeto principal da controvérsia, é o único elemento existente nos autos apto a amparar o convencimento acerca da existência de dano moral a ser reparado.

As provas em questão - segundo relato da autora, ratificado, a propósito, por prova testemunhal (fl. 111), a qual não foi contraditada pelo ora apelante em audiência – foram extraídas de arquivo de edição de texto, gravado no computador de uso da família. O conteúdo desse arquivo, como se infere do exame dos autos, sugere que se referiam à cópia de conversas, feitas em sistemas de troca de mensagens em tempo real, tipo ICQ, MSN-Messenger.

Essa realidade, bastante razoável, não foi infirmada, de modo frontal e inequívoco pelo ora apelante, que, ao revés, limitou-se a divagar acerca da hipótese desse texto ter se originado de interceptação de dados ilegal, chegando ao impropério de solicitar a demonstração da ordem judicial que teria amparado essa interceptação.

Assim, ao postular a tese de ilicitude da prova, deveria o apelante, por força do art. 333, II, do Diploma Processual Pátrio, demonstrar fato impeditivo, que seria supostamente o acesso irregular à informação. Contudo, não se incumbiu de tanto. Igualmente, convicto da não veracidade do teor das conversar, poderia ter pleiteado prova pericial, a qual poderia indicar se o *modus* de escrever equivalia ao do apelante; providência também não tomada. Sendo assim, não há outra conclusão, diante da incúria de providenciar contraprovas, senão admitir a idoneidade da prova.

Vencido esse ponto, naquilo que concerne à caracterização de violação aos deveres conjugais, extrai-se dos autos que a relação entre o apelante e a outra mulher deu-se na constância do casamento dos litigantes, sendo, ademais, vários os indicativos de configuração de relação extraconjugal, dadas, por exemplo, as inúmeras descrições de relações sexuais e encontros marcados.

Sabendo que os fatos apontados ocorreram nos idos de 1999, sob a égide, portanto, do CC/1916, observa-se que "respeito e consideração mútuos" só foram incluídos como deveres conjugais no CC/2002. Todavia, levando em consideração as modificações pelas quais passou o direito de família e levando em conta a disposição constitucional acerca do dever de respeito à pessoa, é possível compreender, de forma extensiva, o dever de fidelidade, constante do art. 231 do CC/16, e concluir que cabe aos cônjuges também a observância do dever, implícito, de lealdade e sinceridade recíproca.

Assim, sem dificuldade, nota-se que houve violação aos deveres conjugais, nos termos estatuídos no art. 1.566, do CC/2002, no mínimo quanto ao inciso V, qual seja, respeito e consideração mútuos.

Já naquilo que concerne à aludida violação à privacidade da família e afronta moral direta à autora, tenho, ao compulsar a cópia das conversas juntadas aos autos, que tais remissões não amparam a pretensão reparatória. No primeiro caso, não foram em nada lesivas, pois não credito exposição invasiva alguma da privacidade da família; no segundo caso, a menção do desempenho sexual da autora foi bastante sutil, limitando-se apenas a uma frase, não sendo arrazoado, a título disso, considerar a ocorrência de comentários difamatórios passíveis de reparação, como estipulou o juízo *a quo*.

No que tange à caracterização de dano moral, cumpre, de início, examinar como a jurisprudência tem se firmado em torno de situações congêneres, ou seja, acerca da admissibilidade de se imputar dano moral, em casos de dissolução conjugal por culpa exclusiva de uma das partes.

Nessa perspectiva, a jurisprudência caminha no sentido de que a possibilidade de imposição do dever de reparar danos morais oriundos do vínculo matrimonial tem enfrentado debates na doutrina e jurisprudência, chegando-se, ao final, à relativação da matéria. Logo, diz-se que a condenação tem espaço apenas em casos particulares, quando do rompimento da relação há mais que abalo sentimental, ou seja, é necessária a repercussão grave nos atributos da personalidade.

No âmbito do e. STJ, colhe-se do REsp 37.051/SP, Rel. Min. NILSON NAVES, 3ª T., DJ, 25.06.2001, p. 167, que "o sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral (...) respondendo pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação". Contudo, examinando o teor da hipótese concreta desse precedente, aliás, com julgamento não-unânime,

nota-se que a caracterização de dano moral decorreu das sevícias praticadas e da humilhação decorrente do fato da mulher ter sido obrigada a morar de favor. Nesse caso, é relatado tratamento ríspido e limitador do marido, em face da mulher, inclusive com a narrativa de que esta era exposta a condições análogas a de escrava, de maneira que o marido teria ocultado seus documentos, proibindo-a de manter contato com outras pessoas. Assim, no caso, restou configurado notório comportamento injurioso ao longo de todo o relacionamento, sendo tal situação nutrida, ainda, por inúmeras ameaças de morte, que levaram a mulher ao extreme de tentar suicídio.

Portanto, a caracterização de dano moral por atitude de cônjuge responsável pela separação lastreou-se em moldura fática de violência, vergonha pública e conduta de depauperar a dignidade de sua cônjuge. Em síntese, trata-se de elementos violadores diretos de direitos fundamentais (direito de ir e vir, liberdade de expressão), tão logo manifestamente caracterizadores de ato ilícito, mas que em nada se assemelham à hipótese *sub judice*.

Já no REsp 742.137/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., DJ, 29.10.2007, p. 218, o quadro fático foi erigido pela transgressão ao dever de sinceridade, quando cônjuge omitiu ao outro a verdadeira paternidade biológica dos filhos durante mais de vinte anos. Destarte, foi tido por ato ilícito ensejador da indenização a omissão dolosa acerca de um dos mais relevantes fatos da vida de uma pessoa, a paternidade. Nota-se que o ato ali tratado foi responsável por dor moral prolongada no tempo, pois punha em cheque, desde a história da relação entre pais e filhos, até o futuro dessa relação.

A jurisprudência deste Tribunal caminha cautelosa no sentido de admitir dano moral, tendo por fato gerador da responsabilidade de reparar a infidelidade. Nesse sentido, convém examinar a ACJ 2006 05 1 008663-8, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 11/12/2007, DJ, 03/06/2008, p. 162.

Eis a ementa:

> AÇÃO VISANDO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. POSSIBILIDADE. 1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios.

> 2. **A inobservância dos deveres conjugais, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.**
> **3. É presumida a lesão a bem extrapatrimonial daquele que surpreende sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem.**
> 4. Nossos tribunais têm entendido que o dano moral deve ser fixado em montante suficiente à reparação do prejuízo, levando-se em conta a moderação e a prudência do Juiz, segundo o critério de razoabilidade para evitar o enriquecimento sem causa e a ruína do réu, em observância, ainda, às situações das partes. Constatado que a atividade laborativa da ré não se mostra compatível com a indenização fixada na sentença, deve o valor ser reduzido.
> 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada. (20060510086638ACJ, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 11/12/2007, DJ 03/06/2008 p. 162)

Conforme será demonstrado, o cabimento do dano moral está a depender das circunstâncias concretas da hipótese, não podendo admitir-se sua automática caracterização quando determinada relação conjugal chegou ao término por culpa exclusiva de um cônjuge em descumprir dever conjugal, como a fidelidade.

Nessa seara, é de se consignar hodiernamente a proeminente produção bibliografia advogando no sentido de que o instituto do dano moral não comportaria restrições, em face do seu *status* de garantia constitucional. Isso com base no primado do art. 5º, V e X, da CF, em que "é assegurado o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem" e "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Nesse sentido, entendem que deve ser admitido amplamente o direito moral em matéria de família, como na hipótese de dissolução conjugal por descumprimento de dever conjugal.

Vejo com olhar precavido essa construção, antevendo não só os efeitos pragmáticos de tal assertiva, como também o comprometimento da natureza do dano moral, como instituto jurídico.

No julgado mencionado da lavra desta Corte de Justiça, o descumprimento do dever de fidelidade implicou notória vergonha pública, haja vista a ciência da traição ter ocorrido mediante o flagrante da esposa desnuda com outro no leito conjugal. Nesse prisma, é de se realçar que se nota vínculo imediato entre a dor

moral e o compromisso de fidelidade, ou seja, a ciência da traição, naquelas circunstâncias, associada ao dever de observância da fidelidade recíproca, cominaram em situação vexatória, de vergonha pública imediata, perfazendo os caracteres de dano moral. Ademais, tem-se que a conduta foi dolosa (intenção de prejudicar), ainda que na modalidade eventual, pois, ao trazer o amante para o leito conjugal, assumiu o risco de produzir o dano. Portanto, comprovada a "situação vexatória" e presente o dolo, foi perfeita a caracterização de dano moral.

Na hipótese dos autos, todavia, não se repetem esses elementos indispensáveis à caracterização do dano moral.

Na espécie, a ciência da traição deu-se após anos da separação de fato dos litigantes, de maneira que, solvido o vínculo, a aludida situação vexatória deve ser concebida em termos mais detidos, do que aquela conhecida com imediatidade.

Nessa oportunidade, frisa-se que não se está a negar a ocorrência de profundo abalo sentimental, todavia, *data venia*, há de se considerar que o decurso temporal entre o estado de plena vigência dos compromissos conjugais e a ciência da infidelidade comprometem a intensidade da dor moral. Assim, ao passo que a aferição do grau do abalo é inerente ao juízo de caracterização do dano moral, tenho que, na espécie, não foram preenchidos os requisitos necessários para imputar à violação do dever de fidelidade caráter de dano moral.

Ainda, destaco que, como no caso em epígrafe, o fator tempo é relevante para o exame, torna-se imperioso fazer a seguinte distinção.

Como foi reconhecida a inocorrência de prescrição, conforme decisão no primeiro grau, não há de se questionar a viabilidade de dedução judicial da pretensão reparatória, entretanto é certo que o decurso temporal acaba por fortalecer a conclusão de que a caracterização do dano moral não se apraz com o abalo sentimental, o qual, remetendo-se a anos anteriores, não se projeta na atualidade com a intensidade exigida para a configuração de dano moral.

Traço esse raciocínio como medida de distinguir a presente hipótese daquela já apresentada, em que foi concedido dano moral a um cônjuge, cuja verdadeira paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento foi-lhe omitida por anos a fio. Lá, embora a pretensão tenha sido deduzida igualmente depois de finda a relação conjugal, é inconteste que o dano moral perpetrado diferencia-se do dano examinado nessa oportunidade. Direito à ciência da verdadeira paternidade tem seus efeitos gravosos diferidos ininterruptamente no tempo, sem variação de grau. Agora, a dor oriunda de uma traição não se equipara a tanto, pois, ademais, é de se realçar que o vínculo entre pais e filhos é mais estável, e, portanto, apto a uma diferente tutela jurisdicional, do que a relação conjugal, sobremaneira, menos durável. Para tanto, basta lembrar que o ordenamento prevê instrumento para extinguir o vínculo conjugal (divórcio), enquanto que não cabe falar de extinção

da relação pai e filho. Em suma, vislumbra-se manifesta dessemelhança entre os casos.

Portanto, em sendo necessário ao cabimento do dano moral o exame das circunstâncias concretas da hipótese, a meu ver, a infidelidade, por si só, não gera via de regra causa de indenizar. Apenas configurará, como não ocorreu *in casu*, "*quando a situação adúltera causa grave humilhação e exposição do outro cônjuge, aí sim a responsabilidade civil tem vez*" (ACJ 2006 05 1 008663-8, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 11/12/2007, DJ, 03/06/2008, p. 162).

Dessa forma, esclareço e repito que essa inteligência respalda-se na cautela que idealmente deveria nortear os juízos de intervenção do Judiciário nas relações privadas. Autorizar a tutela jurisdicional como regra para reparar fracassos ou abalos afetivos é medida que pode acabar franqueando imediatamente ações temerárias e mediatamente o desprestígio do nobre labor judicante.

Eis o perigo da judicialização das relações sentimentais, pois como já dizia Clarice Lispector, "*os sentimentos são sempre uma surpresa (...) Quase sempre amamos a quem nos ama mal, e desprezamos quem melhor nos quer*".

Sendo assim, a tutela jurisdicional apenas deve socorrer os casos em que o dano, transcendendo o abalo sentimental individual, repercute em *status* vexatório, situação que não se fez presente na hipótese em colação, o que impõe o dever de reforma total da sentença combatida.

A título de honorários advocatícios, em consideração ao bem em litígio, a moral, cujo valor é inestimável, fixo a verba sucumbencial, em desfavor da autora, ora apelada, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R$ 500,00 (quinhentos reais). Contudo, atentando-se à peculiaridade da condição da apelada, hipossuficiente e assistida pela Justiça gratuita (fl. 52), embora cabível a condenação nas custas e honorários, no molde sobredito, a exigibilidade desta cobrança resta suspensa, pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 12, da Lei nº 1.060/1950.

Ante o exposto, pelos fundamentos supra, na parte em que conheço, **DOU PROVIMENTO** à apelação, para, reformando a sentença combatida, julgar improcedente o pedido reparatório inaugural. Em conseqüência, condeno à parte autora nas custas e honorários advocatícios arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais), cuja exigibilidade resta suspensa por força do art. 12, Lei 1.060/50.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer de parte do recurso, e na parte conhecida, dar provimento; unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011143335-7

Apelantes - Carlos Alberto Honorato e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Flavio Rostirola
Primeira Turma Cível

EMENTA

CONSTITUCIONAL. CIVIL. LEI DE IMPRENSA. NÃO RECEPCIONADA. REPORTAGEM. JORNAL. DANO. NÃO COMPROVADO. INTERESSE PÚBLICO. LIBERDADE DE IMPRENSA.
1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, declarou não-recepcionada pela Constituição Federal de 1988 toda a Lei de Imprensa, a Lei nº 5.250/67.
2. Compete ao Poder Judiciário, até a edição de nova lei especial pelo Congresso Nacional que seja compatível com a Carta Ápice vigente, resolver as questões relacionadas à imprensa, com base nos dispositivos de leis gerais - a saber, a Constituição Federal, o Código Civil e o Código Penal.
3. No presente caso, prevalecem os direitos que salvaguardam a atividade jornalística, uma vez que não houve abuso do direito de informar, com ânimo de caluniar, difamar e injuriar os autores, mas tão-somente de narrar fatos, que foram levados ao conhecimento do colunista, exercendo de forma legítima o seu direito de manifestação do pensamento e de expressão, diante do interesse público.
4. Apelos dos réus providos para julgar improcedente o pedido inicial, e recurso adesivo dos autores prejudicado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Flavio Rostirola - Relator, Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos - Revisora, Natanael Caetano - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Natanael Caetano, em proferir a seguinte decisão: conhecer, julgar prejudicado o recurso adesivo e dar provimen-

to ao recurso principal, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 15 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas por Carlos Alberto Honorato e pela Gráfica e Editora Jornal de Brasília LTDA, e de recurso adesivo de André de Oliveira Costa e outros, contra a r. sentença de fls. 310/312, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada pelos últimos em face dos dois primeiros, por meio da qual a d. sentenciante julgou procedente o pedido inicial, *in verbis* (fl. 312):

> "JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar os Réus ao pagamento da quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais), para cada um dos Autores, a título de danos morais, corrigida monetariamente desde a presente data, nos termos da Súmula 362, do STJ, e acrescida dos juros de mora, desde a data da publicação da notícia, em 09/06/2005. Por conseguinte, resolvo o mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condeno, ainda, os Réus a publicarem o inteiro teor desta sentença no primeiro jornal a ser veiculado após o trânsito em julgado desta, no caderno 'Cidades' com o mesmo destaque da notícia objeto da presente, sob pena de incidir na multa diária de R$ 300,00."

Em suas razões de apelo (fls. 316/324), **Carlos Alberto Honorato**, primeiro réu, sustenta, em síntese, a existência de fatos modificativos, extintivos do direito dos Autores, em documentação juntada por eles próprios. Aduz que agiu com *animus narrandi*, diante do interesse público, em torno da matéria (fls. 318/319).

Afirma, ainda, que não declinou o nome dos autores, e que haveria se utilizado da técnica da incerteza, a fim de demonstrar se tratar de suspeitas, de que o fato denunciado estaria sendo investigado (fls. 319/320). Alega, por último, que estaria acobertado pela excludente de ilicitude do artigo 27, inciso VI, da Lei de Imprensa, a Lei nº 5.250/67 (fls. 321/322).

Pleiteia, por fim, pela reforma da r. sentença para julgar improcedente os pedidos da inicial e, caso não seja esse o entendimento, para que seja reduzida a condenação para R$ 500,00 (quinhentos reais), e afastada a determinação de publicação do interior teor do julgado no Jornal de Brasília.

Preparo regular à fl 324.

Em idêntico sentido, as razões recursais da **Editora Jornal de Brasília LTDA.**, acostada às fls. 326/362, que reitera as teses de haver o colunista agido em *animus narrandi* e em exercício regular do direito de informação e de crítica, não havendo identificado os analistas. Em acréscimo, argumenta que, à época, haveria tensão entre os métodos de trabalho dos autores e os dirigentes da Codeplan (fls. 341/346). Nessa esteira, sustenta a ausência de injúria, difamação e calúnia (fls. 352/355), bem como da prova dos danos morais alegados (fls. 355/358), afirmando inexistir prática de qualquer ilícito (fl. 358).

Preparo regular à fl. 362.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 385/399.

Em recurso adesivo (fls. 378/382), requerem os **autores** o aumento do *quantum* indenizatório para 20 (vinte) mil reais.

Às fls. 404/418, formam acostadas as contrarrazões ao Recurso Adesivo pela Editora Jornal de Brasília Ltda., havendo transcorrido *in albis* o prazo para Carlos Alberto Honorato, consoante certidão de fl. 427.

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) - *Ab initio,* esclareço que os réus encontram-se patrocinados por diferentes procuradores, de tal sorte que lhes são contados em dobro os prazos para recorrer, nos termos do artigo 191 do Código de Processo Civil, restando, por conseguinte, **tempestivos** os recursos apresentados pelos litisconsortes passivos.

Com efeito, consoante certidão de fl. 372, a r. sentença hostilizada restou disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em **17.02.2009**. Desta feita, considera-se publicada no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no DJE, conforme parágrafo 3º do artigo 4º da Lei nº 11.419/06, que, no presente caso, deu-se em **18.02.2009.**

Iniciando-se a contagem em **19.02.2009**, a teor do artigo 184, § 2º, do Código de Processo Civil, o termo final para os litisconsortes recorrerem da r. sentença seria em **20.03.2009**, data posterior a interposição do apelo por Carlos Alberto Honorato, e coincidente com a protocolização do recurso da Gráfica e Editora Jornal de Brasília LTDA.

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso, **conheço** dos apelos dos réus e do recurso adesivo dos autores.

1. DA LEI DE IMPRENSA - LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1.967

Cuida-se, na origem, de ação de indenização por danos morais ajuizada por André de Oliveira Costa e Jose Vitor Akegawa Pierre, em que se discute a responsabilidade do colunista Carlos Alberto Honorato e da Gráfica e Editora Jornal de Brasília LTDA., pelas reportagens "Humilhação e arrogância" e "Corregedoria investiga abuso de analistas", publicada em 09.06.2005 e 10.06.2005, respectivamente.

Prima facie, convém lembrar a recentíssima decisão plenária da Corte Constitucional, na Sessão de 30 de abril deste ano, por ocasião do julgamento da **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 130,** que, por maioria, declarou não-recepcionada pela Constituição Federal de 1988 toda a Lei de Imprensa, a Lei nº 5.250/67.

A propósito, confira trecho do Informativo nº 544 do Supremo Tribunal Federal que veicula a notícia do aludido julgamento:

> ***ADPF e Lei de Imprensa - 8***
> *O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT para o efeito de declarar como não-recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa - v. Informativos 496, 518 e 541. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator, que entendeu, em síntese, que a Constituição Federal se posicionou diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, fixar a precedência das liberdades de pensamento e de expressão* lato sensu *as quais não poderiam sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, inclusive de emendas constitucionais, sendo reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Afirmou que isso estaria conciliado, de forma contemporânea, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão;* a posteriori, *com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo, ainda, do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, entretanto, em situação de maior rigor do que a aplicável em relação aos indivíduos em geral.*
>
> ***ADPF e Lei de Imprensa - 9***
> *Além disso, para o relator, não haveria espaço constitucional para a movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias es-*

sencialmente de imprensa, salientando ele que a lei em questão, sobre disciplinar tais matérias, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias, o teria feito sob estruturação formal estatutária, o que seria absolutamente desarmônico com a Constituição de 1988, a resultar no juízo da não-recepção pela nova ordem constitucional. Observou, por fim, que a Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num longo período autoritário, o qual compreendido entre 31.3.64 e o início do ano de 1985 e conhecido como "anos de chumbo" ou "regime de exceção", regime esse patentemente inconciliável com os ares da democracia resgatada e proclamada na atual Carta Magna. Essa impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância, contaminaria grande parte, senão a totalidade, da Lei de Imprensa, quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; e quanto ao seu spiritus rectus *ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Vencidos, em parte, os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que julgavam o pedido improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; 2º,* caput; *14; 16, I, 20, 21 e 22, todos da lei impugnada, e o Min. Gilmar Mendes, Presidente, que o julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei. Vencido, integralmente, o Min. Marco Aurélio, que julgava o pleito improcedente. ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 30.4.2009. (ADPF-130) - Info 544*

Por derradeiro, compete ao Poder Judiciário, até a edição de nova lei especial pelo Congresso Nacional que seja compatível com a Carta Ápice vigente, resolver as questões relacionadas à imprensa, com base nos dispositivos de leis gerais - a saber, a Constituição Federal, o Código Civil e o Código Penal.

Com efeito, a mesma Carta Magna que garante a liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu*, garante os direitos à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra, da imagem e da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que deverá o magistrado sopesar esses valores, a fim de verificar, em cada caso concreto, e com base nos princípios constitucionais, qual deverá prevalecer.

Em outras palavras, a liberdade de informação, por meio dos veículos de comunicação social, é plena dentro dos limites impostos pela Constituição. Aliás, não é outra senão a inteligência do *caput* e do parágrafo primeiro do seu artigo 220, *in verbis*:

> **Art. 220.** *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*
> ***§ 1º*** *- Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

A propósito, convém trazer a lume trecho do voto-condutor, proferido pelo ilustre Ministro-Relator Carlos Ayres Britto, no julgamento da ADPF nº 130, que apresenta brilhante estudo sobre o aludido dispositivo constitucional:

> *"38. É precisamente isto: no último dispositivo transcrito [artigo 220] a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b)* ***que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição****. Requinte de proteção que bem espelha a proposição de que a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da organização do Estado e da sociedade.* Plus *protecional que ainda se explica pela anterior consideração de que é pelos mais altos e largos portais da imprensa que a democracia vê os seus mais excelsos conteúdos descerem dos colmos olímpicos da pura abstratividade para penetrar fundo na carne do real. Dando-se que a recíproca é verdadeira:* ***quanto mais a democracia é servida pela imprensa, mais a imprensa é servida pela democracia.*** *Como nos versos do poeta santista Vicente de Carvalho, uma diz para a outra, solene e agradecidamente, "Eu sou quem sou por serdes vós quem sois". 39. É de se perguntar, naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre vedação do anonimato (parte final do inciso IV); direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (inciso*

> *X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional inciso XIV).*" [2] [grifos originais].

Mais adiante, reforça o nobre ministro Carlos Ayres Britto, que as liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*, "*reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de Imprensa*", vigoram de modo conciliado, "*contemporaneamente, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão*", e, "a posteriori, *com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros. Sem prejuízo do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente para os indivíduos em geral.*" [3]

Nessa linha de argumentação, impende destacar que, embora os direitos de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato tenham fundamento constitucional, o seu exercício abusivo caracteriza-se ato ilícito, nos termos dos artigos 186 e 187 do Novo Código Civil, e, como tal, pode gerar o direito de resposta e/ou o dever de indenizar, a teor do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal e artigo 927 do Codex Civil.

Dessarte, **a presente demanda** deve ser analisada à luz da legislação constitucional e civil atinente à temática, sendo irrelevante a suscitação da excludente de ilicitude do artigo 27, inciso VI, da Lei 5.250/67.

Feita essa breve consideração, passo a análise do cerne da questão.

2. DOS RECURSOS DE APELAÇÃO INTERPOSTOS PELOS RÉUS

Narram os autores, analistas de finanças e controle externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que o colunista Carlos Honorato, haveria caluniado e ofendido publicamente suas honras, abalando a credibilidade da atividade profissional por eles desempenhada, por meio de matérias jornalísticas publicadas aos dias 09 e 10 do mês de junho do ano de 2005, no Jornal de Brasília (fls. 03/09).

De outro lado, consoante relatado, sustentam os Réus a ausência de dano, sob o argumento central de que o colunista haveria agido em *animus narrandi* e em exercício regular do direito de informação e de crítica (fls. 318/319 e 331/333).

---

2 *ADPF nº 130, voto do ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticia Stf/anexo/adpf130.pdf. Acesso em: 17.06.2009.*

3 *Ibidem.*

O pano de fundo da presente lide, portanto, gira em torno do **conflito entre os direitos fundamentais** de resposta, proporcional ao agravo (artigo 5º, inciso V, da CF/88) e de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X, da CF/88), **e os direitos de personalidade** de livre manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV, da CF/88), da expressão da atividade de comunicação (artigo 5º, inciso IX, da CF/88), e do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (artigo 5º, inciso XIII, da CF/88); bem assim do direito de acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (artigo 5º, inciso XIV, da CF/88), e, por arrastamento, aqueles atinentes à liberdade de imprensa, previstos no Capítulo V do Título VIII da Carta Magna (artigos 220 e seguintes, da CF/88).

Diante disso, compete ao intérprete ponderar e sopesar os princípios concorrentes, a fim de verificar qual deve preponderar na circunstância do caso em concreto, sem, contudo, invalidar o outro *standard* normativo, que continua em vigor, com a mesma intensidade e relevância constitucional.

No presente caso, devem prevalecer os direitos que salvaguardam a atividade jornalística, uma vez que não houve abuso do direito de informar, com ânimo de caluniar, difamar e injuriar os autores, mas tão-somente de narrar fatos, que foram levados ao conhecimento do colunista, exercendo de forma legítima o seu direito de manifestação do pensamento e de expressão, diante do interesse público.

Com efeito, depreende-se das provas carreadas aos autos, que o Réu Carlos Honorato publicou em sua coluna, no Jornal de Brasília, veiculado em mídia impressa e virtual, as seguintes reportagens:

> ***Humilhação e arrogância***
> *Dois analistas do TCDF estão praticando uma espécie de terrorismo com os servidores da Codeplan. Deslocados para a empresa para proceder o trabalho normal de auditoria, eles estariam indo muito além de suas atribuições legais ao tratar as pessoas com humilhação e arrogância. Aliás, tais itens não fazem parte de qualquer investigação séria. O curioso em tal processo é que o presidente da empresa, Durval Barbosa, determinou que todos os funcionários da Codeplan colaborem com todas as informações solicitadas pelos analistas. (Publicada em 09.06.2005 - fls. 98, 103 e 154)*
>
> ***Corregedoria investiga abuso de analistas***
> *A Corregedoria do Tribunal de Contas do Distrito Federal vai apurar as denúncias feitas por servidores da Codeplan de que*

> *estariam sendo vítimas da arrogância e humilhação por parte de dois analistas, que foram deslocados para a estatal para proceder uma auditoria de rotina. Em carta enviada a esta coluna, a assessoria informa que o presidente do TCDF, conselheiro Manoel de Andrade, encaminhou o caso à Corregedoria para ser apurado. "Agir acima das atribuições e tratar servidores ou pessoas com humilhação e arrogância não é conduta aceitável no TCDF", diz a correspondência. No início da noite de ontem, o presidente da Associação dos Analistas de Finanças e Controle Externo do TCDF (Afinco), Hugo Alexandre Galindo, distribuiu nota (ver a íntegra na Cartas dos leitores, página 2) dizendo que as acusações são levianas. Explica que os analistas foram enviados à Codeplan por determinação da presidência do TCDF para um procedimento fiscalizatório e vem agindo em perfeita "harmonia com os princípios do direito e as técnicas de auditoria, dentre as quais se incluem a solicitação de documentos públicos e entrevistas a servidores e gestores vinculados ao órgão fiscalizados". Na verdade, o assunto parece que se resume mais ao possível comportamento de algum analista, que pode ter exagerado e tentou dar uma de "autoridade". (Publicada em 10.06.2005 - fls. 106, 153 e 155).*

De pronto, constata-se que nenhuma das duas menciona o nome dos autores, de modo que não haveria como identificá-los. **De mais a mais,** não provaram a alegação de que várias pessoas - amigos, familiares, conhecidos - sabiam que a notícia se referia a eles.

Além disso, evidente o zelo do jornalista ao se utilizar de expressões a entoar tratar-se de suspeitas, de fato noticiado, vulgarmente dito por "denunciado", a ser investigado. Repiso os termos da reportagem: "estariam indo muito além de suas atribuições legais [...]"; "o assunto parece que se resume mais ao possível comportamento de algum analista, que pode ter exagerado e tentou dar uma de 'autoridade'." (g.n.).

Aliás, destaca na segunda reportagem, registro, publicada no dia seguinte a da primeira, que "a Corregedoria do Tribunal de Contas do Distrito Federal vai apurar as denúncias feitas por servidores da Codeplan de que estariam sendo vítimas da arrogância e humilhação por parte de dois analistas, que foram deslocados para a estatal para proceder uma auditoria de rotina." (g.n.).

Denota-se, portanto, que não se tratava de mero boato negligentemente divulgado em jornal de grande circulação, mas de fato incerto, levado a conhecimento das autoridades para a devida apuração.

Impende ponderar, também, que foram apresentadas ao público as duas versões, pois se, em um primeiro momento, noticia a ocorrência de possível abuso de autoridade, em segundo, transcreve defesa apresentada pelo presidente da Associação dos Analistas de Finanças e Controle Externo do TCDF (Afinco), Hugo Alexandre Galindo, tendo inclusive publicado a íntegra da nota na sessão "Cartas dos leitores" (fl. 100).

Não se olvide, **ademais**, que o fato de essas acusações, levada ao conhecimento do público pelos réus, não mais subsistirem, não altera a circunstância pretérita, quando recaía aos autores, ou melhor, à dois analistas de finanças e controle externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal quaisquer, as referidas suspeitas.

Nesse sentido, decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> ***Direito civil. Imprensa televisiva. Responsabilidade civil. Necessidade de demonstrar a falsidade da notícia ou inexistência de interesse público. Ausência de culpa. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos.*** *[...] - A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 984.803 - ES, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/COL?seq=5380102&formato=PDF. Acesso em 17.06.2009).*

Acresça-se a isso a plena liberdade de informação jornalística, garantida pela Constituição Federal em seus artigos 220 e seguintes, e sua importância para a Democracia, sobretudo, quando a questão envolve atuação de agentes públicos.

A respeito dessa autonomia da impressa e de sua missão diplomática, ao transmitir e divulgar as práticas públicas aos reais titulares do Poder, leia-se, os cidadãos, destacou o eminente ministro-relator da ADPF nº 130:[4]

> ***"[...] como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que***

4 *ADPF nº 130, voto do ministro Carlos Ayres Britto. Op. Cit.. Acesso em: 17.06.2009.*

> ***a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados****. Até porque essas duas categorias de liberdade individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma (ganha-se costas largas ou visibilidade - é fato -, se as liberdades de pensamento e de expressão em geral são usufruídas como o próprio exercício da profissão ou do pendor jornalístico, ou quando vêm a lume por veículo de comunicação social). O que faz de todo o capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, a todo o segmento normativo prolongador a natureza jurídica do segmento prolongado; que é a natureza de "DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", tal como se lê no título de nº II da nossa Constituição." [g.n.]*

No mesmo sentido, o nobre ministro Menezes Direito:[5]

> *"Não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas [...]* ***Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias****".* [g.n.]

E não foi outra senão esta a ideia encampada pelo Ministro Celso de Mello, ao frisar a abrangência dos direitos de informação e crítica, consoante notícia veiculada na página virtual do Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:[6]

> *Informar e buscar informação, opinar e criticar são direitos que se encontram incorporados ao sistema constitucional em vigor no Brasil, salientou Celso de Mello. Nesse sentido, prosseguiu o ministro, as críticas dos meios de comunicação social dirigidas às autoridades - citou como exemplo -, por mais dura que sejam, não podem sofrer limitações arbitrárias.* ***Essas críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e***

5 *Portal do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402. Acesso em 18.06.2009.*

6 *Ibidem.*

> ***dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira, asseverou o decano.*** [g.n.]

De fato, como salientou o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, o direito de conhecer e acompanhar a atuação dos Poderes, que a imprensa livre favorece, é próprio da cidadania, na medida em viabiliza um "heterodoxo e eficaz controle externo", ao possibilitar que não apenas os operadores do direito, mas toda a população tome nota de *quando*, *quanto* e *como* trabalham os servidores públicos, que são, na verdade, servidores *do* público.[7]

É nessa esteira de conclusão que deve vigorar o caso em testilha, pois os Réus, ora apelantes, agiram em estrita observância dos dispositivos constitucionais, que lhes asseguram a livre manifestação do pensamento e da expressão *latu sensu*, a liberdade da imprensa, o sigilo das fontes, sobretudo, quando envolve atuação de agentes públicos, não havendo se falar em violação da honra, da imagem, ou qualquer ofensa aos autores a ensejar responsabilização civil dos requeridos.

Por conseguinte, fica prejudicada a análise do recurso adesivo, interposto pelos autores, que requeriam o aumento do *quantum* indenizatório para 20 (vinte) mil reais.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** aos recursos dos Réus, para julgar **improcedente** o pedido inicial, e **JULGO PREJUDICADO** o recurso adesivo dos autores, que deverão arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

É o meu voto.

Desa. Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos (Revisora) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos principal e adesivo.

Trata-se de ação indenizatória por danos morais proposta por **André de Oliveira Costa** e **José Vitor Akegawa Pierre** contra **Carlos Alberto Honorato** e a **Gráfica e Editora Jornal de Brasília Ltda.**, cujo pedido foi julgado procedente para condenar os Réus ao pagamento de R$ 8.000,00 (oito mil reais), para cada um dos autores, corrigida desde a data da sentença de fls. 310/312, acrescida dos juros de mora, a contar da data da publicação da notícia, em 09/06/2005.

Os Réus foram condenados, ainda, a publicarem o inteiro teor da sentença no primeiro jornal a ser veiculado após o trânsito em julgado, no caderno 'Cidades', com o mesmo destaque da notícia objeto da presente lide, sob pena de incidirem na multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais).

---

7 *ADPF nº 130, voto do ministro Carlos Ayres Britto. Op. Cit.. Acesso em: 17.06.2009.*

Apelaram da sentença os réus Carlos Alberto Honorato e a Gráfica e Editora Jornal de Brasília Ltda., bem como os autores André de Oliveira Costa e outro, na forma adesiva.

Da apelação dos réus

A ação de indenização por danos morais foi proposta em decorrência das reportagens "Humilhação e Arrogância" e "Corregedoria Investiga Abuso de Analistas", publicadas em 09.06.2005 e 10.06.2005, respectivamente.

Na apelação de fls. 316/324, Carlos Alberto Honorato sustenta que agiu com *animus narrandi* e não declinou o nome dos Autores. Diz que utilizou da técnica da incerteza, a fim de demonstrar se tratar de suspeitas, pois o fato denunciado estaria sendo investigado. Alega, por último, que estaria acobertado pela excludente de ilicitude do artigo 27, inciso VI, da Lei de Imprensa, a Lei n.º 5.250/67.

Pede a improcedência dos pedidos ou a redução do valor da condenação para R$ 500,00 (quinhentos reais), afastando-se a determinação de publicação do interior teor da sentença no Jornal de Brasília.

Por sua vez, a Gráfica e Editora Jornal de Brasília Ltda., às fls. 326/361, pede a reforma da sentença ou a redução do valor da condenação. Em abono de sua defesa, traz à colação os mesmos argumentos contidos na contestação e na apelação do seu litisconsorte passivo.

A Constituição Federal garante o direito à inviolabilidade da intimidade, vida privada, à honra e a imagem das pessoas, sancionando a lesão a tal patrimônio espiritual com o direito de indenização pelo dano moral ou material respectivo.

Além da garantida à livre manifestação de pensamento, toda a coletividade tem o direito de ser informada dos acontecimentos verídicos, o que de fato ocorreu na espécie analisada, onde não restou demonstrada abusividade nas matérias combatidas, nem qualquer ato ilícito, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Depreende-se das matérias o propósito de narrar fatos levados ao conhecimento do colunista, sem o ânimo de caluniar, difamar ou injuriar os autores, exercendo de forma legítima o seu direito de manifestação do pensamento e de expressão.

Note-se que as reportagens não indicam os nomes dos Autores, fazendo referência, apenas, aos cargos por eles ocupados.

As expressões utilizadas pelo jornalista são condizentes com a vontade de narrar, eis que não atribui aos sujeitos da reportagem juízo de valor ou críticas pessoais de qualquer natureza.

Logo, não há o direito de resposta e o dever de indenizar os alegados danos morais.

Do recurso dos autores

No recurso adesivo de fls. 378/382, pleiteiam os Autores a elevação do valor da indenização para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Dou por prejudicada a análise do recurso adesivo, tendo em conta o posicionamento pela improcedência do pedido.

Assim, DOU PROVIMENTO aos recursos dos Réus e JULGO PREJUDICADO o recurso adesivo dos Autores, impondo-lhes o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

É o meu voto.

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

DECISÃO

Conhecer, julgar prejudicado o recurso adesivo e dar provimento ao recurso principal, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011025208-6

Apelante - Francisco Antonio de Moura
Apelado - Distrito Federal
Relator - Des. Humberto Adjuto Ulhôa
Terceira Turma Cível

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. OFENSA FÍSICA PERPETRADA A OUTRO SERVIDOR. MORTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IRREGULARIDADES E VÍCIOS FORMAIS APONTADOS. INEXISTÊNCIA OBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. ALEGAÇÃO DE VINCULAÇÃO À PENA IMPOSTA NO PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. SERVIDOR INDICIADO NA INFRAÇÃO DO INCISO VII, DO ART. 132, DA LEI 8.112/90. PENA DE DEMISSÃO. ILEGALIDADE. VERIFICAÇÃO DA NATUREZA CULPOSA DA CONDUTA.REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR. SENTENÇA REFORMADA.

1. Demonstrado que não houve prejuízo à ampla defesa e ao contraditório do servidor, não se justifica anular todo o procedimento administrativo, tão somente porque a portaria de instituição do processo disciplinar deixou de descrever os fatos e apontar, desde logo, o enquadramento da infração funcional, principalmente quando tais esclarecimentos foram devidamente prestados pela Comissão Disciplinar no ato de notificação do servidor.

2. Observado o prazo regulamentar previsto no art. 152, da Lei 8.112/90, a prorrogação da Comissão Disciplinar para conclusão do processo administrativo disciplinar não configura irregularidade.

3. O fato de ter a Comissão Disciplinar mencionado no relatório conclusivo que o investigado, na esfera penal, somente perderia sua função pública, no caso de ser condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, não vincula a administração na aplicação da pena, não se constituindo de condição ou motivo determinante para a punição aplicada, ante a conhecida independência entre as instâncias administrativa e penal.

4. Em se tratando de ato administrativo que impõe sanção a servidor, dada a ausência de discricionariedade, o controle Judiciário é amplo, não só quanto ao exame da legalidade na imposição da pena, bem como na averiguação da proporcionalidade da punição aplicada, levando-se em conta a conduta praticada pelo servidor e suas consequências.
5. Demonstrado que a ofensa física perpetrada pelo servidor a um colega se deu de forma acidental, impõe-se reconhecer a inaplicabilidade do inciso VII, do art. 132, da Lei 8.112/90, o qual tem como elementar do tipo a vontade livre e consciente de ocasionar danos à integridade física de outrem (dolo).
6. Tem-se como descabida a pena de demissão, uma vez que a conduta de natureza culposa não guarda pertinência com a sanção administrativo-funcional preceituada no art. 132, VII, da Lei 8.112/90.
7. Reconhecida a ilegalidade da punição arbitrada ao servidor, a reintegração deste nos Quadros da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, com todos os direitos daí decorrentes (art. 28, da Lei 8.112/90), é medida que se impõe.
8. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da ilustrada sentença de fls. 249/253, que transcrevo, *in verbis*:

> "FRANCISCO ANTÔNIO DE MOURA ajuizou ação de conhecimento em face do DISTRITO FEDERAL.

Diz ter sido admitido na Secretaria de Saúde do Distrito Federal em 10.09.1991, no cargo de Assistente Básico da Saúde, para desempenhar a especialidade de Artífice de Eletricidade e Comunicação e que, desde o ingresso no serviço público sempre desempenhou suas atividades com excelência, ensejando vários elogios.

Narra que no dia 17.05.1998, encontrou o vigilante Marleno José Dias dormindo no "barracão" da manutenção, com sua arma carregada sobre a cintura, enquanto o vigilante Marconi de Lima Gonçalves almoçava, no mesmo local. O autor alega que, movido pela preocupação, tentou acordar o vigia e, como não obteve êxito, retirou-lhe a arma e, enquanto a descarregava, acidentalmente, efetuou um disparo, que causou a morte do outro vigilante.

Ressalta que no processo administrativo disciplinar, a comissão, em seu relatório final, concluiu pela aplicação da pena de demissão, mas somente se houvesse a condenação, no crime, à pena superior a quatro anos de reclusão.

Afirma ter sido condenado à pena de detenção, de um ano, automaticamente convertida em pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, justamente por ter sido constatada a ausência de dolo em sua conduta.

Sustenta haver direito à reintegração, considerando que na sentença penal não houve determinação da pena de demissão e levando-se em conta a inocorrência do motivo determinante ressalvado pela comissão no processo administrativo.

Informa ter buscado a reintegração administrativamente, todavia, seu pedido foi indeferido, ao argumento de haver independência entre as esferas penal e administrativa. Contudo, entende que na análise do seu pleito foram ignoradas relevantes circunstâncias de fato e de direito.

Concluiu pedindo a declaração de nulidade da pena de demissão e a consequente imposição da reintegração ao cargo público, com condenação ao ressarcimento de todas as vantagens do período de afastamento. Sucessivamente, pediu a revisão do ato demissional, a fim de abrandar a punição, em atendimento aos preceitos da proporcionalidade e razoabilidade. Requereu os benefícios da assistência judiciária gratuita.

A inicial foi instruída com os documentos juntados às fls. 14/128.

> Deferida a gratuidade - fl. 129.
> Citado, o réu apresentou sua resposta em forma de contestação, às fls. 138/148. Defende a adequação da pena de demissão, em face da gravidade do fato ocorrido. Argumenta que o motivo determinante da pena foi a morte do vigilante e a comprovação da autoria da infração, não o resultado da persecução penal, tanto que a demissão foi aplicada antes mesmo da sentença penal. Nesse ponto, destaca a independência das instâncias administrativa e penal.
> Com a contestação vieram os documentos acostados às fls. 149/217.
> O autor não se manifestou em réplica.
> Advindo a revogação dos poderes conferidos aos originais patronos da causa, regularizou-se a representação processual ativa com a juntada do instrumento de procuração do novo advogado às fls. 243/244.
> As partes dispensaram a produção de outras provas."

Acrescento que o MM Juiz julgou improcedentes os pedidos, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condenou, ainda, o autor no pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), na forma do § 4º, do art. 20, do CPC, determinando a suspensão da exigibilidade, diante da concessão dos benefícios da gratuidade de justiça (art. 12, da Lei nº 1.060/50).

Inconformado, apela o autor às fls. 256/274, sustentando que a r. sentença não interpretou corretamente a exegese do art. 132 da Lei 8.112/90, bem como deixou de aplicar o art. 128 da referida lei que determina sejam consideradas, na aplicação das penalidades, a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Assevera que a simples compreensão de penalidade única, feita pelo MM. Juiz *a quo,* impossibilita a análise subjetiva e individualizadora da penalidade, tornando o ato de punição ilegal e inconstitucional..

Defende o ora apelante que o núcleo jurídico protegido no inciso VII do art. 132 da Lei 8.112/90 vincula a materialidade do fato tipificado "ofensa física" a uma conduta, absolutamente e inafastavelmente, dolosa, não alcançando as hipóteses em que o servidor machuca outro colega sem intenção.

Salienta a existência de nulidades no processo administrativo disciplinar que deixou de oportunizar o contraditório e a ampla defesa ao apelante, tanto que

sequer foram ouvidas quaisquer testemunhas, tendo a comissão, para fundamentar sua decisão, utilizado os depoimentos prestados pelas testemunhas na delegacia.

Esclarece que a portaria de constituição do processo disciplinar está eivada de vícios insanáveis, não apresentando os requisitos obrigatórios para sua formação, tais como o número do processo, exposição do fato submetido à investigação, com as circunstâncias conhecidas, qualificação do acusado, caracterização da infração e prazo para término dos trabalhos, impossibilitando, assim, o contraditório e a ampla defesa do apelante.

Ressalta, ainda, outra nulidade do processo administrativo referente à prorrogação da Comissão Disciplinar. Aduz que, na hipótese em comento, houve interrupção do lapso temporal, indicando que a nomeação de uma nova comissão corresponderia ao procedimento legal, não sendo o caso de nova prorrogação, sob pena de violação do art. 152, da Lei 8.112/90.

Por fim, entende que a administração somente poderia demitir o apelante se o mesmo fosse condenado a uma pena superior a 4(quatro) anos de reclusão, conforme declaração feita pela Comissão Disciplinar, o que não ocorreu na esfera penal. Dessa forma, impunha-se a reintegração do recorrente, em razão da inexistência dos motivos determinantes para prática do ato demissional.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do presente apelo para reformar integralmente a r. sentença.

Sem preparo, eis que a parte é beneficiária da gratuidade de justiça.

Contrarrazões às fls. 279/287, nas quais o Distrito Federal refuta os argumentos expendidos nas razões recursais e pugna pela manutenção da r. sentença.

É o Relatório.

VOTOS

Des. Humberto Adjuto Ulhôa (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença, proferida pelo MM. Juiz da Primeira Vara da Fazenda Pública, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Francisco Antônio de Moura contra Distrito Federal, julgou improcedentes os pedidos, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Insurge-se o autor, ora apelante, contra a r. sentença, sustentando que não houve a correta interpretação do art. 132, da Lei nº 8.112/90, também não tendo sido considerado o art. 128 da referida lei. Assevera que a simples compreensão de penalidade única, feita pelo MM. Juiz *a quo,* impossibilita a análise

subjetiva e individualizadora da penalidade, tornando o ato de punição ilegal e inconstitucional..

Entende que o núcleo jurídico protegido no inciso VII do art. 132 da Lei 8.112/90 vincula a materialidade do fato tipificado "ofensa física" a uma conduta, absolutamente e inafastavelmente, dolosa, não alcançando as hipóteses em que o servidor machuca outro colega sem intenção.

Salienta, ainda, a existência de nulidades no processo administrativo disciplinar que deixou de oportunizar o contraditório e a ampla defesa ao apelante, destacando que a portaria de constituição do processo disciplinar está eivada de vícios insanáveis, não apresentando os requisitos obrigatórios para sua formação. Insiste, também, na irregularidade da prorrogação da Comissão Disciplinar.

Por fim, assevera que a administração somente poderia demitir o apelante se o mesmo fosse condenado a uma pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, conforme declaração feita pela Comissão Disciplinar, o que não ocorreu na esfera penal. Dessa forma, impunha-se a reintegração do recorrente, em razão da inexistência dos motivos determinantes para prática do ato demissional.

Por questões de ordem lógica, examino, primeiramente, as alegadas nulidades do processo administrativo disciplinar.

No concernente à ausência de requisitos obrigatórios na portaria que instituiu a Comissão Disciplinar e cientificou o autor da abertura do processo administrativo disciplinar, entendo não assistir razão ao recorrente.

De fato, parte da doutrina e da jurisprudência entende que a aludida portaria deva ser a mais ampla possível, fazendo incluir os fatos e os elementos da acusação, com o enquadramento da possível infração disciplinar, mesmo que em tese, objetivando informar ao investigado sobre o que terá que se defender, o que não aconteceu, como se pode verificar da publicação da portaria à fl. 32.

Contudo, na hipótese em comento, até pela publicidade da tragédia ocorrida, por certo sabia o autor, ora recorrente, sobre que fato estaria sendo investigado. Ademais, o autor foi devidamente notificado pela Comissão sobre o início dos trabalhos, o local no qual seriam realizadas as reuniões e audiências, ocasião em que lhe foi oportunizado o acompanhamento do processo, pessoal ou por intermédio de advogado, bem como o arrolamento e reinquirição de testemunhas, produção de provas e contra provas, entre outros procedimentos. A citada notificação esclarece que o investigado estaria sendo acusado de envolvimento no homicídio de outro servidor (fl. 44).

Dessa forma, não vislumbro qualquer prejuízo ao autor, ora recorrente, principalmente no que diz respeito à ampla defesa e contraditório que, conforme demonstram os documentos de fls. 44/59, foram efetivamente e tempestivamente oportunizados ao autor que, no entanto, preferiu acompanhar

o processo administrativo disciplinar e apresentar defesa, desacompanhado de advogado.

Ressalto, por oportuno, que a opção do autor de permanecer sem advogado, não acarreta mais a nulidade do processo administrativo disciplinar, restando superado o entendimento constante do enunciado 343 do STJ com a edição da Súmula vinculante nº 5 do STF que dispõe, *verbis*: *"A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende à Constituição"*.

Melhor sorte não socorre o apelante, no tocante à alegação de irregularidade na prorrogação da Comissão Disciplinar.

Considerando a data de instituição e abertura do processo administrativo disciplinar, qual seja, 27.07.98 (fl. 32), e o pedido de prorrogação para conclusão do PAD, feito em 24.09.98 (fl. 53), percebe-se que o prazo de 60 dias, inicialmente previsto no art. 152, da Lei nº 8.112/90 foi devidamente observado. Cumpre salientar que, após o deferimento da prorrogação, por igual período, a Comissão apresentou o relatório conclusivo em 26.10.98, ou seja, quase trinta dias antes do prazo fatal para o encerramento das atividades, inexistindo qualquer irregularidade, neste particular.

Também sem razão o apelante ao entender que a administração somente poderia demiti-lo se o mesmo fosse condenado a uma pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, conforme declaração feita pela Comissão Disciplinar, o que não ocorreu na esfera penal, razão pela qual afirma que o motivo determinante para a aplicação da pena de demissão não mais existe.

Na verdade, a declaração constante do Relatório Conclusivo (fls. 65/72), relativa à possibilidade de perda de cargo público foi mencionada no intuito de esclarecer que, **penalmente**, o autor somente perderia seu cargo se condenado por mais de 4 (quatro) anos de reclusão pelo homicídio de Marconi, e nunca como forma de condicionar a aplicação da pena de demissão na seara administrativa.

Ora, entender que tal exemplificação corresponde ao motivo determinante, vinculando a Administração na aplicação da pena de demissão no processo administrativo disciplinar, não corresponde a realidade estampada no relatório, principalmente pela conhecida independência entre as instâncias administrativa e penal. Do contrário, estaria a própria administração impedida de punir o servidor, sem antes aguardar o desfecho no âmbito penal, em clara ofensa ao princípio acima citado.

Assim, tem-se que formalmente o processo administrativo disciplinar observou as normas que lhe são aplicáveis, inexistindo irregularidades ou vícios a serem sanados.

Por outro lado, conquanto não assista razão ao recorrente nas alegações acima elencadas, examinando atentamente a hipótese em comento, entendo que seu inconformismo quanto à pena aplicada merece acolhida.

Insta destacar, *ab initio*, a possibilidade do amplo exame pelo Judiciário, em se tratando de ato administrativo que impõe sanção a servidor. E isso porque, neste particular, não é dado ao administrador margem à discricionariedade, autorizando o Judiciário não só o exame da legalidade da imposição da pena, bem como a averiguação da proporcionalidade da pena aplicada, levando-se em conta a conduta praticada pelo servidor e suas consequências. Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados do c. STJ, *verbis:*

> "MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VEÍCULO LOCADO. UTILIZAÇÃO. PERCURSO CASA/TRABALHO. PENALIDADE. DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> I - Inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedentes: MS nº 12.957/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26/9/2008; MS nº 12.983/DF, 3ª Seção, da minha relatoria, DJ de 15/2/2008).
> II - Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, individualização da pena, bem como o disposto no art. 128 da Lei n.º 8.112/90 (Precedentes: MS nº 8.693 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/5/2008; MS nº 7.260 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26/8/2002 e MS nº 7.077 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11/6/2001).
> III - *In casu*, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de demissão do cargo de técnico do seguro social imposta à impetrante, por ter se utilizado de veículo contratado pela agência Rio de Janeiro/Sul do INSS, para efetuar deslocamentos no percurso residência/trabalho e vice-versa, enquanto no exercício do cargo de gerente executiva daquele posto de atendimento, tendo em vista seus bons antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao erário, bem como a sua comprovada boa-fé. Segurança concedida,

sem prejuízo da imposição de outra penalidade administrativa, menos gravosa. Prejudicado o exame do agravo regimental da União." (MS 13716 / DF, Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 13/02/2009).

"MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. ACUSAÇÃO DE RECEBIMENTO DE PROPINA. CONFIGURAÇÃO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE DEMISSÃO. EXIGÊNCIA DE SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO (ART. 20 DA LEI 8.429/92). PONTO DE VISTA ISOLADO DO RELATOR. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ART. 161 DA LEI 8.112/90. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA EXERCIDA POR ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. SÚMULA VINCULANTE 5/STF. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. ORDEM DENEGADA.
1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe qualquer sanção a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes.
2. Somente após o início da instrução probatória, a Comissão Processante poderá fazer o relato circunstanciado das condutas supostamente praticadas pelo Servidor indiciado, capitulando as infrações porventura cometidas; precisamente por isso, não se exige que a Portaria instauradora do Processo Disciplinar contenha a minuciosa descrição dos fatos que serão apurados, exigível apenas quando do indiciamento do Servidor. Precedentes desta Corte.
3. Asseverava a Súmula 343 deste Tribunal Superior que, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, devia ser assegurada ao Servidor indiciado em Processo Administrativo Disciplinar a chamada defesa técnica, a ser exercida por meio de Advogado legalmente constituído, ou, na sua falta, por Defensor Dativo, designado pela própria Administração; porém, o enuncia-

> do da Súmula Vinculante 5, do colendo STF, estabeleceu diretriz oposta àquele entendimento, de sorte que o mesmo não tem mais aplicabilidade aos casos em que se alega violação ao devido processo legal, em decorrência da ausência de defesa técnica, por Advogado, em Processo Administrativo Disciplinar.
> 4. Ordem denegada, com ressalva das vias ordinárias."
> (MS13763/DF, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 19/12/2008).

In casu, como já destacado no relatório, o autor foi o responsável pela morte de um vigilante, também servidor da Secretaria de Saúde, no ambiente de trabalho, em virtude de um disparo acidental de arma de fogo. Na ocasião foi instaurado o devido processo administrativo disciplinar para investigação do autor, sendo o mesmo indiciado pela infração disposta no art. 132, inciso VII, da Lei nº 8.112/90, culminando na aplicação da pena de demissão.

Com efeito, dispõe o art. 132, inciso VII, da Lei 8.112/90, *verbis*:

> "***Art. 132.*** *A demissão será aplicada nos seguintes casos:*
> .....
> ***VII. o****fensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;"*

> Consta do Relatório Conclusivo da Comissão Disciplinar as seguintes observações:

> *"Após ter sido citado o servidor FRANCISCO MOURA apresentou sua defesa e esta Comissão após analisá-la deliberou por acatá-la parcialmente.* ***No que se refere ao elemento volitivo realmente pairam dúvidas. A única certeza que temos é que FRANCISCO MOURA ofendeu a integridade física do vigilante Marconi de Lima, tanto que ele foi a óbito. Agora se houve dolo ou culpa não logramos êxito em descobrir.*** *(fl. 70).*

Depreende-se das informações acima, que a Comissão não conseguiu saber se a conduta do autor foi intencional. Por sua vez, o requerente afirma, terminantemente, ter sido acidental o disparo da arma, deixando claro que seu intuito era somente descarregá-la para evitar acidentes.

Assim, ante a inexistência de testemunhas presenciais ou qualquer prova capaz de apontar como intencional a conduta do servidor, impõe-se re-

conhecer como válida a versão apresentada pelo acusado, ainda mais quando reforçada pelos seus antecedentes funcionais incensuráveis (art. 128, *in fine,* da Lei nº 8.112/90). Destaco, a título de esclarecimento, que a ausência de dolo foi ratificada pela instância penal que entendeu por condenar o autor a um ano de detenção, pena essa substituída por uma restritiva de direitos (fls. 207/211).

Destaco que a averiguação da culpa ou dolo do autor, *in casu,* é de suma importância para a verificação da legalidade da aplicação da pena de demissão, em que pese ter sido indiferente para a Comissão Disciplinar, tanto que salientou, *verbis*: "*...verifica-se que o legislador ao criar esse dispositivo legal ressaltou que só não seria aplicada a pena de demissão se a ofensa física foi em razão de legítima defesa real ou putativa. O citado artigo* ***não faz ressalvas se a ofensa foi dolosa ou culposa."*** (fl. 70)

Ora, o citado artigo não fez ressalvas quanto à intenção do servidor, por serem as mesmas desnecessárias, sendo evidente que para a caracterização da infração descrita no inciso VII, do art. 132, necessária a presença da vontade livre e consciente de ocasionar danos à integridade física do particular ou de outro servidor. Do contrário, chegaríamos ao absurdo de aplicar a mesma pena de demissão para aquele servidor que, sem querer, fere um colega de trabalho e outro que intencionalmente agride um particular ou outro servidor.

Exatamente neste ponto equivocou-se a Comissão Disciplinar e a r. sentença. Não poderia o autor, ora recorrente ter sido indiciado pela infração descrita no inciso VII, do art. 132, da Lei 8.112/90, uma vez que não ofendeu a integridade física do colega intencionalmente. Nessa linha de raciocínio, tem-se que a pena de demissão é totalmente descabida, já que a conduta de natureza culposa não guarda pertinência com a sanção administrativo-funcional preceituada no art. 132, VII, da Lei 8.112/90.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste c. STJ, *verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. INFRAÇÃO FUNCIONAL. CONDUTA CULPOSA. DEMISSÃO (LEI Nº 8.112/90, ART. 132, VII). ILEGALIDADE. DISSENSO ENTRE A PENA SUGERIDA E A PENA IMPOSTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.*
>
> *- **Em sede de processo administrativo instaurado para apurar infração funcional consubstanciada em conduta de natureza culposa, é inaplicável a regra do art. 132, VII, do Estatuto (8.112/90), sendo descabida a pena de demissão.***
>
> *- Segundo a regra do art. 168, do Estatuto, somente é cabível a discrepância entre a penalidade sugerida pela Comissão de Inquérito e a imposta pela autoridade julgadora quando contrária à prova dos autos, demonstrada em decisão fundamentada.*

- Segurança concedida.." (MS 6667/DF, Min. Vicente Leal, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 14/04/2003, p. 175).

Destarte, verificado que a conduta do autor não se subsume ao tipo descrito no inciso VII, do art. 132, da Lei 8.112/90, por lhe faltar uma elementar, qual seja, o dolo, como explicado alhures, tenho como ilegal a punição atribuída ao ora recorrente, impondo-se a reintegração do mesmo nos quadros da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Forte nessas razões, **conheço e dou provimento ao recurso** para reformar a r. sentença, declarando a nulidade do ato de demissão do autor, com a consequente reintegração do servidor ao seu cargo de origem, com o ressarcimento de todas as vantagens do período em que esteve afastado, observado o disposto no art. 28 da Lei nº 8.112/90. Condeno, ainda, o Distrito Federal a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do § 4º, do art. 20, do CPC.

É como voto.

Des. João Mariosi (Revisor) - Com o Relator.

Des. Mário-Zam Belmiro (Vogal) - Resolvi pedir vista dos autos para examinar com maior acuidade a matéria trazida a debate, sobretudo em face da relevância do tema.

Após detida análise da questão, cheguei à mesma conclusão externada pelos eminentes Pares, conforme passo a demonstrar.

A controvérsia consiste em saber se o apelante - ex-servidor público condenado à pena de demissão pela morte de um colega de trabalho - tem direito à reintegração no cargo de origem.

De início, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar, eis que assegurados o contraditório e a ampla defesa ao acusado, não havendo, também, nenhuma irregularidade nos aspectos formais de sua instauração.

Após conclusão do processo administrativo, o servidor foi demitido com base no art. 132, inciso VII, da Lei nº 8.112/90, cuja redação é a seguinte: "*Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem*".

Entretanto, apesar de configuradas a materialidade e a autoria do delito, não foi possível determinar o elemento volitivo em questão, tanto assim que no relatório conclusivo da Comissão Disciplinar consta o seguinte: "*No que se refere ao elemento volitivo realmente pairam dúvidas. A única certeza que temos é que FRANCISCO MOURA ofendeu a integridade física do vigilante Marconi de Lima, tanto que ele foi a óbito. Agora se houve dolo ou culpa não logramos êxito em descobrir*". (fl. 70)

A r. sentença proferida na esfera criminal concluiu no mesmo sentido: *"Importa frisar que o laudo pericial não restou conclusivo se o delito restou doloso ou culposo conforme fls. 32/51"*. Assim, em face da ausência de dolo, a pena de detenção, fixada em 1 (um) ano, foi substituída por outra restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Feita essa breve incursão, oportuno observar que o citado artigo 132 do Regime Jurídico Único não faz ressalvas se a ofensa perpetrada ao servidor ou ao particular é dolosa ou culposa, como restou apurado pelo eminente Relator, pois tal diferenciação é desnecessária.

Com efeito, é manifesto que a infração praticada por servidor capaz de atrair a pena de demissão deve ser conjugada com a vontade livre e consciente de causar danos à integridade física de outrem, ou seja, o dolo está implícito. E, na hipótese *sub examine*, os elementos constantes dos autos não permitem de modo algum concluir que o apelante agiu com dolo, antes se depreende que tudo não passou de um trágico acidente.

Merece consideração, ainda, o fato de que o servidor em questão possui bons antecedentes funcionais, com elogios em sua ficha funcional, não havendo, à exceção do fatídico acidente narrado, nenhuma outra conduta a macular sua trajetória profissional.

Ademais, nos termos do art. 128 do RJU, na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Ora, é sabido que toda pena guarda em si o caráter pedagógico, de modo que, a meu ver, a tese adotada pela Comissão Disciplinar, chancelada pela sentença, de que a única pena possível na hipótese seria a demissão inviabiliza o alcance da teleologia da sanção disciplinar, engessando a aplicação da pena à medida que confere idêntico tratamento a fatos distintos em gravidade, repercussão e prejuízo.

Nesse contexto, revela-se ilegal a punição atribuída ao apelante, ensejando sua reintegração nos quadros da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, com os consectários financeiros daí advindos, ex vi do art. 28 da Lei nº 8.112/90, parte final.

Com essas breves considerações, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do eminente Relator.

É o meu voto.

DECISÃO

Conhecer. Dar provimento ao recurso. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011077007-8

Apelante - A. C. G. da S.
Apelado - C. R. G. dos S.
Relatora - Desa. Vera Andrighi
Primeira Turma Cível

EMENTA

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ACUSAÇÃO. LOCAL DE TRABALHO. TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV. LESÃO. AUTO-ESTIMA. HONRA PROFISSIONAL.
I - O réu, em seu local de trabalho (salão de beleza), foi acusado de transmitir o vírus do HIV ao falecido pai do autor, sem nenhuma prova do fato.
II - A conduta ilícita causou danos morais graves porque atingiu a auto-estima e a honra profissional do autor, dada a natureza do ofício que desempenha.
III - Demonstrados a ação e o nexo causal, o dano moral, considerado o conteúdo da acusação e a profissão do autor, presume-se o dano moral.
IV - Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vera Andrighi - Relatora, Fátima Rafael - Revisora e Flavio Rostirola - Vogal, sob a presidência do Desembargador Lécio Resende, em conhecer e improver, unânime, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de abril de 2009.

RELATÓRIO

A. C. G. DA S. interpôs apelação da r. sentença (fls. 148/57), que, na ação de reparação civil, proposta por C. R.G. dos S., julgou parcialmente procedente o pedido.

Na petição inicial, o apelado-autor narra que exerce atividade de cabeleireiro em salão de beleza há dois anos. Afirma que, em determinada ocasião,

o apelante-réu compareceu ao estabelecimento e, perante os presentes, acusou-o de ter transmitido AIDS ao seu pai (A. M. da S.) - com quem o apelado mantinha relação homoafetiva. Falou ainda que o próprio apelado também morreria desse mal logo em seguida.

Prossegue aduzindo que sofreu abalo na sua honra objetiva e subjetiva e, desde então, houve uma diminuição da clientela. Ressaltou que não é portador do vírus HIV e que seu companheiro faleceu em decorrência de câncer.

Diante disso, requer indenização por danos materiais, no valor de R$ 10.000,00, e por danos morais, no equivalente a R$ 10.500,00.

Em contestação, o apelante-réu argui ausência de interesse processual e, no mérito, nega ter acusado o apelado-autor de qualquer conduta. Aduz que o apelado-autor não sofreu nenhum dano, porque não era proprietário do salão de beleza, mas apenas empregado. Noticia a pendência de ação em que se discute posse e propriedade de um automóvel e do estabelecimento comercial, que eram de seu falecido pai.

A r. sentença condenou o réu a pagar indenização por danos morais no valor de R$ 3.000,00. Quanto à indenização por danos materiais, o pedido foi improcedente.

Na apelação, o apelante-réu sustenta a inexistência de ato ilícito, argumentando que houve apenas uma conversa normal de conteúdo doloroso a ambos. Alega ainda que não houve dano, nexo de causalidade nem elemento subjetivo.

Não houve preparo, devido à concessão de gratuidade de justiça (fl. 157).

O apelado-réu não apresentou contrarrazões (fl. 174).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Vera Andrighi (Relatora) - **Conheço da apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.**

Ao contrário do argumentado pelo apelante-réu, verifica-se estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil aquiliana, conforme dispõe art. 186 do CC: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Depreende-se dos elementos dos autos que o apelante-réu, perante outras pessoas, reputou ao apelado-autor a qualidade de soropositivo para vírus HIV e ainda o acusou de transmitir a moléstia a seu pai.

Segundo a testemunha J. P. B. F.:

> "(...) QUE o depoente afirma que o requerido chegou ao estabelecimento comercial dizendo que o autor teria transmitido vírus HIV para seu pai; QUE o autor e o requerido mantiveram uma conversa antes do requerido bradar em alto tom os referidos impropérios; (...)" (fl. 127).

Por sua vez, a testemunha M. G. P. F. afirmou:

> "(...) QUE o requerido adentrou o estabelecimento comercial do autor, ocasião em que lhe foi informado que seu pai estava acometido de uma doença grave, não chegando a dizer qual, porém o requerido disse naquele momento ao autor que 'eu já sei o que ele tem, pois foi você que lhe transmitiu AIDS, que seu pai iria morrer porém o autor também iria morrer logo em seguida'; QUE tais impropérios foram ditos pelo requerido em médio tom; (...)" (fl. 129)

Por fim, corroborando os outros depoimentos, a testemunha e funcionário da empresa M. V. L. B. de O. disse:

> "(...) QUE tem conhecimento que o autor comunicou no referido estabelecimento comercial que o pai do requerido possuía uma doença grave; QUE o requerido então disse para o autor que o seu pai tinha HIV, a mesma doença que o autor; QUE tal fato foi dito pelo requerido ao autor de forma normal, 'apenas conversando'; QUE além da depoente também se encontravam naquele momento no estabelecimento, outras oito pessoas dentre funcionários e clientes (...)" (fl. 131)

Entretanto, o apelado-autor não tem a doença (fl. 09), tampouco contaminou o pai do apelante-réu, porquanto esse faleceu por causa de câncer (fl. 10). A conduta de atribuir a alguém levianamente a AIDS, acusando-o de contágio (que, inclusive, subsume em tipo penal), na presença de outras pessoas, constitui ato ilícito que dá ensejo à reparação por danos morais.

Não se cogita da comprovação do dano moral, porque a jurisprudência o considera "em si mesmo" (*in re ipsa*), bastando a demonstração do fato causador. Na hipótese, é indiscutível a existência de mácula na honra subjetiva e objetiva do apelado-autor, que foi taxado de doente terminal (pois iria "morrer logo em seguida") e transmissor da moléstia incurável.

O nexo de causalidade entre a conduta e o abalo moral é evidente, pois o constrangimento sofrido pelo apelado-autor decorreu diretamente das acusações que lhe foram dirigidas.

A conduta ilícita causou danos morais graves porque atingiu a auto-estima e a honra profissional do autor, dada a natureza do ofício que desempenha.

Portanto, presentes os requisitos da obrigação de indenizar.

Isso posto, conheço da apelação e nego provimento.

É o voto.

Desa. Fátima Rafael (Revisora) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação de sentença que, em ação de reparação de danos materiais e morais, julgou parcialmente procedente o pedido e condenou o réu, ora apelante, a pagar indenização por danos morais fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

A pretensão deduzida na petição inicial tem por fundamento a acusação do autor, de que o réu era portador de HIV e teria transmitido a doença ao seu pai, com quem mantinha relação homoafetiva.

Os depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório comprovam que, realmente, as partes discutiram publicamente e o réu foi acusado de ser o causador da doença acometida pelo pai do autor.

Imputou o Réu ao Recorrido fato ofensivo à sua reputação e, ainda, submeteu-o à situação de constrangimento diante dos clientes do salão de beleza onde trabalhava.

Não houve mera insinuação por parte do réu apelante, conforme se extrai dos depoimentos das testemunhas e M. G. P. F. e M. V. L. B. de O.

Encontrando-se o autor injustamente acusado de ter infectado o falecido pelo vírus da AIDS, em decorrência do relacionamento afetivo-sexual entre eles mantido, incontestáveis são os prejuízos de ordem subjetiva e objetiva, devendo ser reconhecido o direito ao ressarcimento por dano moral.

Registre-se que o dano moral constitui prejuízo decorrente da dor imputada à pessoa, em razão de atos cujas consequências ofendem, indevidamente, seus sentimentos, provocando constrangimento, tristeza, mágoa ou atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral.

Assim, nego provimento ao recurso do autor.

É como voto.

Des. Flavio Rostirola (Vogal) - Com a Relatora.

DECISÃO

Conhecido e improvido, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011031927-5

Apelantes - L & S Publicidade Ltda. e outros
Apelados - Os mesmos
Relator - Des. Lécio Resende
Primeira Turma Cível

EMENTA

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - PUBLICAÇÃO - FOTOS - VÍTIMA DE HOMICÍDIO - SENSACIONALISMO - EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - DIREITO A IMAGEM - SENTENÇA MANTIDA.
A Carta Magna de 1988 afigura-se clara ao dispor em seu art. 5º, X, "que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."
Os requeridos ultrapassaram o mero exercício do direito de informação que lhes cabe, pois de inegável sensacionalismo a publicação das fotos que além de demonstrarem descaso com a dignidade da vida humana, representaram um desrespeito com a dor dos familiares.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Lécio Resende - Relator, Natanael Caetano - Revisor, Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Lécio Resende, em proferir a seguinte decisão: conhecer das apelações e negar provimento a ambas, unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 6 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório constante da r. sentença de fls. 115/121:

> "Trata-se de ação nomeada à epígrafe proposta com o objetivo de reparação de danos morais que os Requerentes deduzem da

responsabilidade dos réus quando lhes atribui a conduta ilícita de propagar danos morais aos requerentes por meio de divulgação no jornal "Na polícia e nas ruas" de uma reportagem sobre a morte da filha dos requerentes, Sâmarah, de 19 anos, assassinada de forma cruel, publicando imagens do cadáver de Sâmarah, sem a cobertura do lençol que seu irmão havia posto sobre ela em via pública, sem autorização da família que queria preservar a imagem da vítima e conter a dor dos familiares. Disseram que as fotos exibiam os detalhes de todos os golpes de faca que atingiram a vítima e afirmava, falsamente, que a vítima estava grávida de um traficante. Alegaram que as exibições dessas imagens aumentaram a dor e humilhação dos requerentes, gerando especulações e constrangimentos públicos ante a repercussão da reportagem. Requereram a condenação dos réus a pagar uma indenização de danos morais no valor de R$ 203.000,00 e a retratar e corrigir o conteúdo da reportagem para expressar a verdade sobre a vítima. Instruiu sua inicial com os documentos de fls. 18/35.

Pela decisão de fl. 36, o pedido de antecipação da tutela foi indeferido.

Os réus apresentaram a contestação de fls. 55/68, com os argumentos de que a reportagem publicou fato verídico apontando o motivo determinante do crime baseado em depoimentos de testemunhas, investigadores que apuraram o caso. Sustentam que a reportagem divulgou homicídio ocorrido em via pública, sem cometer abuso. Deste modo, requereu o acolhimento da nulidade da citação ou a improcedência do pedido. Juntou os documentos de fls. 64/80.

Em réplica de fls. 84/94, os autores ratificam os termos de sua inicial.

Instadas as partes sobre a produção de outras provas (fl. 95), elas não mostraram interesse neste sentido.

Em audiência de instrução e julgamento de fls. 114, os réus desistiram da produção da prova oral. Não houve acordo entre as partes."

Acrescento que o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido de reparação de danos morais para condenar os réus a pagar aos requerentes a indenização por dano moral correspondente à importância de R$ 14.000,00, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do julgado,

sendo R$ 7.000,00 para cada um. Condenou, ainda, os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 20, §3º, do CPC.

Às fls. 124/134, os réus apelam pugnando pela reforma da r. sentença. Afirmam ter reproduzido fato verídico sem incorrerem em abuso da liberdade de informação jornalística; que o dano sofrido pelos requerentes foi causado pelo homicídio e não pelas publicações; que inexiste nexo de causalidade entre o ato praticado, consistente nas publicações, e o dano suportado pelos requerentes. Entretanto, caso mantido entendimento diverso, requerem a diminuição do valor indenizatório.

Preparo regular - fl. 134.

Os autores às fls. 138/143 apresentam suas contrarrazões ao recurso, rebatendo seus fundamentos e pugnando pelo seu desprovimento.

Às fls. 144/151, os autores apelam adesivamente requerendo a majoração do *quantum* indenizatório.

Ausência de contrarrazões ao recurso adesivo, conforme certidão de fl. 154.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTOS

Des. Lécio Resende (Relator) - Conheço dos recursos, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de recursos interpostos pelas partes, pretendendo a reforma da r. sentença de fls. 115/121, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, Dr. Daniel Felipe Machado, que em Ação de Indenização por Danos Morais julgou procedente o pedido de reparação de danos morais para condenar os réus a pagar aos requerentes a indenização por dano moral correspondente à importância de R$ 14.000,00, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do julgado, sendo R$ 7.000,00 para cada um. Condenou, ainda, os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 20, §3º, do CPC.

Analiso, inicialmente, o recurso interposto pelos requeridos às fls. 124/134.

Tenho que o inconformismo dos ora apelantes não merece prosperar.

A Carta Magna de 1988 afigura-se clara ao dispor em seu art. 5º, X, "que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Como cediço, o dano moral é aquele que fere o íntimo de uma pessoa, atingindo-lhe o sentimento, o decoro, a honra, resumindo-se, a dor psicológica sentida pelo indivíduo, denegrindo-lhe o nome e a imagem.

No caso dos autos, exsurge de forma clara que a publicação de fotos da filha dos autores após ter sido vítima de homicídio, feriu os direitos extrapatrimoniais dos autores que já se encontravam em situação de evidente fragilização pelo infortúnio suportado.

Verifica-se que os requeridos, diferentemente dos demais jornais que noticiaram o ocorrido, ultrapassaram o mero exercício do direito de informação que lhes cabe, pois de inegável sensacionalismo a publicação das fotos que além de demonstrarem descaso com a dignidade da vida humana, representaram um desrespeito com a dor dos familiares.

Registro que a dor provocada com a exposição da vítima pela publicação das referidas fotografias não se confunde com aquela ocasionada pela desdita perpetrada por terceiro, como pretendido pelos apelantes.

Dessa forma, em que pese o esforço dos apelantes em demonstrar o contrário, encontra-se indene de dúvidas a existência de ato danoso passível de reparação, assim como do nexo de causalidade entre a ação do agente e a lesão sofrida.

Passo a analisar o valor indenizatório que foi objeto de recurso de ambas as partes.

Com efeito, a fixação do valor da reparação por danos morais deve ficar a critério do Julgador, uma vez que não se tem outro critério objetivo hábil para tal finalidade. Ao fixar o referido *quantum*, deve o juiz cuidar para que não seja tão alto, a ponto de proporcionar o enriquecimento sem causa; nem tão baixo, a ponto de não ser sentida no patrimônio do responsável pela lesão.

Importante ressaltar que no exercício desse mister, o magistrado não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Atendendo ao requisito essencial da compensação do infortúnio suportado pelos demandantes e a responsabilidade da lesão causada pelos demandados, tenho por bem manter o valor ressarcitório, eis que entendo adequado para a hipótese vertente.

Assim, em face do exposto, nego provimento aos recursos, mantendo íntegra a r. sentença monocrática.

É o voto.

Des. Natanael Caetano (Revisor) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Tramitou, perante a 12ª Vara Cível de Brasília, ação de indenização por danos morais ajuizada por JOSÉ CARLOS RODRIGUES DE ARAÚJO e SUELY BARBOSA DE SOUSA ARAÚJO contra JORNAL NA POLÍCIA E NAS RUAS e L & S PUBLICIDADE, com a qual objetivam receber reparação, tendo em vista a reportagem publicada no periódico referido, no qual se expôs, sem autorização, a imagem do corpo desnudo e sem vida da filha dos requeridos.

Julgando o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para condenar os réus a pagar a indenização correspondente à importância de R$ 14.000,00 (catorze mil reais).

Inconformados, apelam os réus e, adesivamente, os autores. Estes pretendem a majoração do *quantum* indenizatório arbitrado; aqueles buscam o decreto de improcedência do pedido ou a redução da indenização arbitrada.

Compulsando os autos, verifico que razão não assiste aos apelantes.

Examino em conjunto os recursos, por se cuidarem de matérias afins.

Sobre a postulação de decreto de improcedência do pedido, a Carta Magna garante, em seu art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando a indenização por eventual dano causado. Os réus/apelantes, ao publicar a foto do corpo desnudo da vítima de assassinato, violaram patentemente a intimidade, a honra e a imagem dela, ensejando o dever de indenizar os seus pais, que sequer autorizaram a publicação dos fatos.

É certo que os réus/apelantes têm o direito de informação garantido também constitucionalmente, todavia, tal garantia não o autoriza a violar o direito à intimidade, à honra e à dignidade de quem se encontra com a imagem em exposição, causando constrangimento pela exposição indevida, *in casu*, aos parentes da vítima.

Não há dúvida, ante as provas acostadas aos autos, que houve violação ao direito da vítima, uma vez que consta à fls.35 reportagens de outro jornal noticiando o mesmo fato com a imagem do corpo da vítima resguardada por um lençol, o que demonstra por parte deste o respeito à dignidade da pessoa humana, atendendo, assim, ao direito de informação sem violar a imagem da vítima, o que não ocorreu, *in casu*, com os réus/apelantes.

Portanto, correta a r. sentença que reconheceu o dano e condenou os réus/apelantes a indenizar os autores/apelantes pelo dano causado.

No que tange ao inconformismo de ambas as partes quanto ao valor arbitrado a título de indenização pelo dano causado, a meu ver, o d. Magistrado atendeu aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que *o quantum* indenizatório tem como fim inibir a conduta indevida sem, contudo, proporcionar

enriquecimento sem causa a quem sofreu o dano. Também nesse ponto não merece reparo a r. sentença.

Assim sendo, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E AO RECURSO ADESIVO**, mantendo incólume a r. sentença.

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecer das apelações e negar provimento a ambas, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011064502-2

Apelante - Atacadão Distribuição Comércio e Indústria Ltda.
Apelados - Distrito Federal, Subsecretário da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Governo Distrito Federal
Relator - Des. Angelo Passareli
Segunda Turma Cível

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE COM IMPOSTOS FUTUROS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO *MANDAMUS*. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER À CEB. EFEITOS INDIRETOS DA DECISÃO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. SENTENÇA TORNADA INSUBSISTENTE.

1 - De acordo com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça "*O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.*"(REsp 914518/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, Acórdão publicado no DJ de 10.05.2007)

2 - Embora o Mandado de Segurança constitua ação adequada para a declaração do direito de compensação tributária, nos termos da Súmula 213 do STJ, para que seja determinada a compensação é necessário que fique demonstrada a existência de crédito líquido em favor do contribuinte e que haja débito já constituído, ou seja, crédito tributário constituído, nos termos da LC 52/97.

3 - Tendo em conta que o legislador optou por estabelecer que a concessionária de energia elétrica é responsável pelo recolhimento do tributo, na modalidade de substituta tributária, esta não tem legitimidade para figurar no pólo passivo do Feito, mas sofre os

efeitos indiretos da decisão que resolve a lide.
Recurso parcialmente provido. Segurança concedida em parte.

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: conhecer do recurso. Dar parcial provimento nos termos do voto do Relator; unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Adoto, inicialmente, o relatório da r. sentença de fls. 80/83, *in verbis*:

> "Vistos, etc.
> ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., qualificado às fls. 02, impetrou mandado de segurança contra ato do SENHOR SUBSECRETÁRIO DA RECEITA DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, onde pretende a suspensão da incidência de ICMS sobre demanda reservada de energia elétrica, ante a sua evidente ilegalidade, sujeitando a parte a recolher o ICMS incidente sobre o consumo efetivo de energia elétrica e que seja oficiado a CEB para que esta, quando da emissão das faturas de energia, efetue o destaque do ICMS apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida, a fim de que não conste insuficiência de pagamento das respectivas faturas vincendas.
> No mérito, pede a confirmação da medida liminar, declarando a ilegalidade e inconstitucionalidade do ICMS sobre demanda, mantendo a incidência sobre os valores correspondentes à energia elétrica efetivamente consumida pelos estabelecimentos da Impetrante, bem como seja procedida a restituição/compensação dos valores pago indevidamente a título de ICMS, com devidos acréscimos legais, demanda reservada de energia elétrica com o ICMS devido nas faturas vincendas correspondente ao efetivo consumo de energia elétrica.

> Instruíram a petição inicial os documentos de fls. 25/66.
> Emenda à petição inicial às fls. 69, juntando os documentos de fls. 70/73. Nova emenda às fls. 74, juntado o documento de fls. 75 e mais uma emenda às fls. 76, juntando os documentos de fls. 77/79."

Acrescento que o d. Magistrado de Primeiro Grau indeferiu a petição inicial do *mandamus*, extinguindo o feito sem resolução de mérito, com fundamento nos artigos 267, incisos I e VI e 295, inciso III, ambos do Código de Processo Civil e no artigo 8º da Lei n. 1.533/51.

Irresignada, recorre a empresa Autora, sustentando, em síntese, que a cobrança do ICMS só poderá incidir sobre a energia efetivamente consumida, uma vez que só neste caso ocorre o fato gerador do imposto, qual seja, a circulação de mercadoria, sendo indevidos todos os recolhimentos efetuados sobre a demanda.

Aduz que o juiz sentenciante equivocou-se ao dispor que a Autora não demonstrou a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica, pois tanto a legislação de regência, como a doutrina e jurisprudência não deixam dúvidas acerca da inconstitucionalidade da referida cobrança.

Assevera que a sua pretensão não é compelir a CEB a se abster de cobrar o tributo, e sim impedir a Fazenda Pública Distrital de exigir o tributo, tendo em conta que é flagrante a inocorrência do fato gerador do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica.

Sustenta que valeu-se do Mandado de Segurança para resguardar direito líquido e certo de ser compensada nos valores pagos indevidamente a título de ICMS e não para realizar Ação de Cobrança. Acrescenta que de acordo com a Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça é plenamente adequada a utilização do *mandamus* para a declaração do direito de compensação tributária.

Requer, ao final, que o d. juiz sentenciante realize o juízo de retração para reformar a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito. Caso não ocorra o juízo de retratação, pretende que o Egrégio Tribunal de Justiça providencie a cassação da sentença e, caso vislumbre aplicável o artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgue desde logo a lide, uma vez que a matéria é exclusivamente de direito e a prova está pré-constituída.

Preparo regular. (fl. 112)

Parecer da d. Procuradoria de Justiça às fls. 118/126, pugnando pelo conhecimento e provimento do apelo, para que seja concedida a segurança pleiteada.

À fl. 128 converti o feito em diligência, determinando a intimação da Pessoa Jurídica de Direito Público para, querendo, apresentar contrarrazões ao

recurso interposto, conforme a orientação emanada do C. Superior Tribunal de Justiça.

O Distrito Federal apresenta contrarrazões às fls. 138/158, sustentando, em síntese, que ***"quando se cobra ICMS sobre o valor referente à demanda de potência elétrica contratada não se está, em absoluto, cobrando o tributo em relação a fato gerador não realizado - energia não consumida, mas apenas aplicando o art. 155, § 2º, IX, b da Constituição Federal, o art. 13, I, da Lei Complementar 87/96 e o art. 13 da Lei Distrital n.º 1.254/96, incluindo na base de cálculo do tributo o valor decorrente dos custos necessários para a realização da operação de entrega de energia elétrica."***

Acrescenta que a demanda contratada não diz respeito à quantidade de energia elétrica consumida, mas à potência postulada, que deve ser disponibilizada de forma tal, que garanta ao consumidor a utilização de energia elétrica até potência máxima contratada, sem risco de quedas de tensão ou danos aos equipamentos e à rede.

Assevera que é incorreto afirmar que a demanda contratada é reserva de consumo de energia, e que o consumidor estaria adquirindo uma disponibilidade de energia elétrica para garantir eventual uso, pois, na verdade, a energia elétrica é gerada no momento em que é solicitada pelo consumidor, não sendo possível se falar em estoque (ou reserva) de energia, tendo em vista que o consumidor paga exatamente pelo que consumiu, existindo uma diferenciação do preço de acordo com a forma pela qual se dá o consumo, ou seja, o nível de potência no qual ocorre esse consumo.

Afirma que o fato gerador do ICMS não é simplesmente o consumo, mas sim a operação de fornecimento de energia elétrica, que tem como elementos o consumo de energia e a demanda de potência, a qual se constitui na forma pela qual a energia é transmitida, integrando o fato gerador do ICMS, pois sem consumo e sem demanda de potência inexiste o fornecimento de energia elétrica e, via de consequência, operação relativa à energia elétrica.

Aduz que diante da provável mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria posta *sub judice*, o qual tende a admitir a inclusão na base de cálculo do ICMS da parcela referente à demanda de potência contratada, ou, ao menos, à demanda de potência registrada, o recurso interposto pela Autora deve ser improvido.

O Distrito Federal apresentou informações à fl. 188, requerendo sua admissão no feito como litisconsorte passivo necessário.

Os autos seguiram para a Procuradoria de Justiça, que reiterou integralmente os termos do parecer acostado às fls. 118-126.

No dia 04 de dezembro de 2008 determinei que fosse observado o contido na petição de fl. 188, para fazer constar no pólo passivo do feito o Distrito Federal, com a anotação do seu respectivo procurador (fl. 228). Os autos retornaram conclusos no dia 02 de fevereiro de 2009. (fl. 229)

É o relatório.

VOTOS

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

Admito a inclusão do Distrito Federal no pólo passivo do feito.

Ressalto, inicialmente, que o Julgador Singular indeferiu a inicial do Mandado de Segurança e extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fundamento nos artigos 267, incisos I e VI, e 295, inciso III, ambos do Código de Processo Civil, e no artigo 8º da Lei n. 1.533/51, por entender que o pedido formulado pela Autora importava ampla dilação probatória, inviável na via estreita do *mandamus*.

Em que pesem os fundamentos expendidos pelo Magistrado de Primeiro Grau, verifico que este agiu com equívoco ao proferir sentença terminativa, tendo em vista que a matéria discutida nos autos é exclusivamente de direito e se resume a três aspectos essenciais: a) incidência de ICMS sobre a demanda contratada ou efetivamente consumida de energia elétrica, b) compensação tributária e c) identificação dos sujeitos da obrigação tributária.

Assim, com fulcro no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, casso a sentença de primeiro grau e passo ao exame de mérito do recurso, analisando, separadamente, cada um dos aspectos controvertidos da demanda.

Incidência do ICMS: Demanda contratada x Demanda consumida

A Empresa Apelante sustenta, em síntese, que a cobrança do ICMS só poderá incidir sobre a energia efetivamente consumida, uma vez que só neste caso ocorre o fato gerador do imposto, sendo indevidos todos os recolhimentos efetuados sobre a demanda contratada.

Embora o entendimento defendido pela Apelante encontre contraposição na jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 914518/MG, Primeira Turma, de Relatoria do Ministro José Delgado, Acórdão publicado no DJ de 10.05.2007, firmou entendimento no sentido de que a base de cálculo do ICMS deve corresponder à energia efetivamente utilizada/consumida, e não à demanda reservada/contratada. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA/CONSUMIDA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que denegou segurança que objetivava a suspensão da cobrança de ICMS sobre a energia elétrica de "demanda reservada", mantida a oneração, apenas, sobre aquela efetivamente consumida, assegurada a compensação dos valores indevidamente pagos.

2. Consoante entendimento desta Corte Superior, não se admite, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o quantum *contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.*

3. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

4. O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

5. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

6. Precedentes: REsps nºs 840285/MT, DJ de 16/10/06; 798633/MG, DJ de 16/10/06; 839134/AC, DJ de 28/09/06; 838542/MT, DJ de 25/08/06; 825350/MT, DJ de 26/05/06; 829490/RS, DJ de 29/05/06; 806281/SC, DJ de 11/05/06; 809753/PR, DJ de 24/04/06; 647553/ES, DJ de 23/05/05; 343952/MG, DJ de 17/06/02; 222810/MG, DJ de 15/05/00; AgRegs nos REsps nºs 855929/SC, DJ de 16/10/06; e 804706/SC, DJ de 04/05/06; AgReg no AG nº 707491/SC, DJ de 28/11/05.

7. Recurso provido."

Por ser deveras esclarecedor, peço vênia para colacionar trecho do voto relator:

"(...) Entendo que, no trato da questão jurídica discutida nos autos, a razão está com a recorrente.
Assim posiciono-me por compreender que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica que tenha sido concretamente consumida pela empresa, em virtude de que somente essa quantidade é que deve ser considerada como utilizada.
O fato gerador do imposto, por conseguinte, consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor.
Com razão, portanto, a fundamentação de fls. 665/667:
"A análise do ordenamento jurídico pátrio é bastante clara quanto ao marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato gerador da circulação da mercadoria energia elétrica. Se não, vejamos:
Dispõe o art. 2º do Convênio 66/88 que ocorre o fato gerador do ICMS:
(...)
VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou à utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;
Destarte, percebe-se que se elegeu, nesta modalidade de incidência do ICMS, o momento da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador como o marco de tempo hábil a demarcar a incidência da norma jurídico-tributária. Assim, antes da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, não há como se reputar ocorrido o fato gerador.
Vejamos, agora, como a legislação trata o tema da saída da energia elétrica do estabelecimento gerador, pois como ressaltou Walter Tolentino Álvares,
"O transporte de energia elétrica envolve todas as atividades desde a subestação elevadora, junto às usinas geradoras, através das linhas transmissoras até atingir as sub-estações abaixadoras,

que representam o limite entre o transporte e a distribuição, que se inicia com a rede primária".

Portanto, a pergunta que se deve fazer é quando se reputa acontecida a saída da mercadoria energia elétrica do estabelecimento gerador, pois a partir daí já se tem por consumado o fato gerador.

A resposta é inequivocamente fornecida pelas normas técnicas expedidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAEE), notadamente a Portaria nº 222, de 22.12.87:

"Art. 8º - O ponto de entrega da energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora (...) "

A confirmar que no momento da passagem da energia pelo ponto de entrega dá-se a saída de tal mercadoria do estabelecimento gerador, dispõe induvidoso o parágrafo único do artigo supracitado:

"Parágrafo único: Até o ponto de entrega de energia, será de responsabilidade do concessionário elaborar o projeto, executar as obras necessárias ao fornecimento e participar financeiramente, nos termos da legislação respectiva, bem como operar e manter o sistema ".

Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega da Recorrente, a legislação é clara no afirmar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrido o fato gerador. Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes da energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor, como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador.

Outro dispositivo legal corrobora* "in totum" *este raciocínio, o de que a saída se dá nos pontos de entrega, e a partir de então reputa-se consumado o fato gerador. Trata-se do art. 19 do Convênio 66/88, que define a base de cálculo desta modalidade do ICMS:

"Art. 19 - A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor".

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo se destina a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no aspecto material da hipótese de incidência. Pois bem: no presente caso, a base de cálculo irá medir, por assim dizer, a intensidade do ato de circular a mercadoria energia elétrica, através do valor, em dinheiro, da operação "da qual decorrer", 'nota bene', *"a entrega do produto ao consumidor".*

Ponham reparo os doutos julgadores que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo à exação. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a entrega do produto ao consumidor. Logo, é avesso à qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos 'in casu' *dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a entrega de energia - e não daquela que resultou mera garantia de potência".*

De outra face, comungo com a posição adotada pelas razões de fls. 668□672, no referente à aplicação do art. 116, do CTN, no caso em apreço:

"Colendos Julgadores, dois graves empecilhos impedem a conclusão de que o artigo 116, II deve ser aplicado da forma como o foi pelo Acórdão recorrido: o primeiro consiste no fato de que se supôs erroneamente que a "situação jurídica" sobre a qual incide o ICMS seja o contrato de compra e venda da mercadoria, e não a circulação da mesma. Tal posicionamento equivoca-se na medida em que concebe o ICMS como um imposto sobre negócios jurídicos, e não como um imposto sobre a circulação de mercadorias ('in casu', *circulação de energia elétrica).*

Se fosse o ICMS imposto sobre o "tráfico jurídico", a incidir sobre negócios jurídicos como contratos e outros instrumentos,

> ***aí sim seria lícito compor sua base de cálculo com o valor total do adimplemento, desimportante o fato de ter havido efetiva circulação das mercadorias. Ocorre, todavia, que o ICMS, na modalidade ora examinada, tem como fato gerador não a celebração de contratos, mas a circulação da mercadoria energia elétrica. Ora, tendo em vista que o momento em que se reputa acontecido este fato gerador (aspecto temporal) é a entrega da energia ao consumidor que a utilizará, enquanto tal não ocorrer não se poderá falar em incidência do mandamento jurídico-tributário, e, portanto, incabível a cobrança do imposto. (...)"***

Em razão da multiplicidade de recursos especiais a respeito do tema, a matéria em discussão foi submetida à 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 543-C do CPC, sendo que recentemente a questão foi uniformizada perante aquela Colenda Corte de Justiça, conforme se pode verificar em consulta ao andamento processual do REsp 960476/SC, Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Confira-se:

> *"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.*
>
> ***1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, 'a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria'. Afirma-se, assim, que 'o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa'.***
>
> ***2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que 'não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência'. Todavia, nessa mesma linha***

> ***jurisprudencial, também é certo afirmar,* a contrario sensu, *que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.***
> 3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida , segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.
> 4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada .
> 5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

Portanto, foi reconhecida a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre a energia elétrica não consumida, tendo em vista que o fato gerador do tributo dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor e ingresso no ponto de entrega do consumidor, a qual não é presumida por contrato em que se firma uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica.

Dessa forma, tenho que restou sobejamente demonstrada a presença do direito líquido e certo a albergar a pretensão da Empresa Apelante, razão pela qual deve ser suspendida a cobrança de ICMS sobre a demanda de energia elétrica contratada e não utilizada.

Compensação Tributária

A Apelante formula pedido de compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS com os valores corretos desse mesmo tributo, devidos futuramente.

É cediço que a **compensação constitui** modalidade extintiva do crédito tributário, na qual o sujeito passivo da obrigação **tributária** é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público (art. 156 do CTN). Para sua concretização, é necessário que haja autorização por lei específica e que existam créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública, nos termos do artigo 170 do CTN.

Nesse sentido se conduz o ensinamento do doutrinador Ricardo Alexandre ***in*** Direito Tributário Esquematizado, Editora Método, 2ª Edição, 2008, segundo o qual o artigo 170 do CTN deixa claro que ***"em se tratando de crédito tributário, a compensação sempre depende da existência de lei que estipule as respectivas condições e garantias, ou que se delegue à autoridade administrativa o encargo de fazê-lo. Não é suficiente, portanto, a simples existência de reciprocidade de dívidas para que a compensação se imponha."***

A Lei Complementar n. 52/1997 estabelece os condições para a compensação tributária no Distrito Federal, *in verbis*:

> Art. 1º Os titulares originais ou cessionários de créditos líquidos e certos, de qualquer natureza, decorrentes de ações judiciais contra a Fazenda Pública do Distrito Federal, suas autarquias e fundações, poderão utilizá-los na compensação de débitos de natureza tributária de competência do Distrito Federal, desde que:
> I - (Inciso revogado pela Lei Complementar nº 619, de 2002.)
> II - originados de ação fiscal relativa a fatos geradores ocorridos até o dia 31 de dezembro de 2003; (Inciso com a redação da Lei Complementar nº 725, de 2006, que alterou a Lei Complementar nº 689, de 2003, e a Lei Complementar nº 619, de 2002.)
> III - objeto de litígio administrativo ou judicial iniciado até o dia 31 de dezembro de 2003; (Inciso com a redação da Lei Complementar nº 725, de 2006, que alterou a Lei Complementar nº 696, de 2004, a Lei Complementar nº 689, de 2003, e a Lei Complementar nº 619, de 2002.)
> IV - relativos a fatos geradores ocorridos até o dia 31 de dezembro de 2003, desde que declarados espontaneamente pelo contribuinte até o dia 31 de dezembro de 2004; (Inciso com a redação da Lei Complementar nº 725, de 2006, que alterou a Lei Complementar nº 696, de 2004, a Lei Complementar nº 689, de 2003, e a Lei Complementar nº 619, de 2002.)
> V - lançados de ofício até o dia 31 de dezembro de 2003. (Inciso com a redação da Lei Complementar nº 725, de 2006, que alterou a Lei Complementar nº 689, de 2003, e a Lei Complementar nº 619, de 2002.)
> § 1º A compensação de que trata o inciso I exclui dos débitos a incidência do acréscimo previsto no parágrafo único do art. 42 da Lei Complementar nº 4, de 30 de dezembro de 1994.
> § 2º Para efeitos desta Lei Complementar considera-se:

> I - crédito líquido e certo aquele devidamente formalizado por meio de precatório judicial;
> II - dívida ativa a definida no art. 2º da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.
> § 3º Poderão ser objeto de compensação os débitos tributários que se enquadrarem neste artigo, inclusive os parcelados ou inscritos em dívida ativa. (Parágrafo acrescido pela Lei Complementar nº 619, de 2002.)

Dessa forma, embora o Mandado de Segurança constitua ação adequada para a declaração do direito de compensação tributária, nos termos da Súmula 213 do STJ, para que seja determinada a compensação é necessário que fique demonstrada a existência de crédito líquido e certo a ser compensado e que haja débito já constituído, ou seja, crédito tributário constituído, conforme exigido pela LC 52/97.

No presente caso, embora tenha restado reconhecido que a cobrança do ICMS vinha sendo feita sobre a demanda contratada e não sobre a demanda efetivamente consumida, não é possível quantificar, de plano, a quantidade de energia consumida pela Apelante no período, faltando certeza e liquidez acerca desses elementos.

A pretensão da Apelante se revela como verdadeira ação de cobrança ou de repetição de indébito, para obter ressarcimento de créditos pretéritos de ICMS, o que é vedado pelas Súmulas 269 e 271 do STF. Confira-se:

> "269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança."

> "271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria."

Nesse sentido, confira-se também a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA - IMPOSSIBILIDADE DO MANUSEIO DA VIA MANDAMENTAL PARA REQUERER-SE A COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS PAGOS A MAIOR ANTERIORMENTE À IMPETRAÇÃO DO *WRIT*

> - EFEITOS PATRIMONIAIS PRÓPRIOS DA COBRANÇA - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 213 DO STJ QUE DEVE ADEQUAR-SE À REGRA AS SÚMULAS Nº 271 E Nº 269, DO STF E STJ, RESPECTIVAMENTE - IMPROVIMENTO DO APELO" (20050110579869APC, Relator LEILA ARLANCH, 4ª Turma Cível, julgado em 19/07/2006, DJ 03/10/2006 p. 133)

Por outro lado, não é possível determinar a quantidade de energia elétrica que a Apelante irá consumir futuramente, não havendo que se falar, portanto, em compensação futura de crédito tributário.

Identificação dos sujeitos da obrigação tributária

Para melhor compreensão do tema em análise, transcrevo os ensinamentos do doutrinador Ricardo Alexandre, Direito Tributário Esquematizado, Editora Método, 2ª Edição, 2008, fls. 290/311, que assim define os sujeitos da obrigação tributária:

> "Segundo o art. 119 do CTN, sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento. (...) não se pode confundir a atribuição constitucional de competência para instituir o tributo (competência tributária) com a possibilidade de figurar no pólo ativo da relação jurídico-tributária (capacidade ativa). A primeira é indelegável, a segunda é passível de delegação de uma pessoa jurídica de direito público a outra."
> (...)
> "O sujeito passivo da obrigação tributária pode ser um contribuinte ou um responsável. Será contribuinte quando tiver relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; caso contrário, será denominado responsável. Em ambos os casos, a sujeição passiva depende de expressa previsão legal. Assim, o responsável integra a relação jurídico-tributária como devedor de um tributo, sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador."
> (...)
> "Nos casos de responsabilidade por substituição, desde a ocorrência do fato gerador, a sujeição passiva recai sobre uma pessoa diferente daquela que possui relação pessoal e direta com a situação descrita

> em lei como fato gerador do tributo. Em nenhum momento, o dever de pagar o tributo recai sobre a figura do contribuinte, não havendo qualquer mudança subjetiva na obrigação."
> (...)
> "Hoje se fala em contribuinte de fato e em contribuinte de direito. No primeiro conceito estão enquadradas as pessoas que sofrem a incidência econômica do tributo (no exemplo dado, o consumidor), mesmo que formalmente não integrem a relação jurídico-tributária instaurada; no segundo caso, está enquadrada parte das pessoas que ocupam o pólo passivo da relação jurídico-tributária (no exemplo, o comerciante), sendo obrigadas a efetivamente pagar o tributo ou penalidade pecuniária (nas obrigações acessórias a classificação não é aplicável)."

No presente caso, a relação jurídico-tributária se instaura entre o Fisco do Distrito Federal, que é o sujeito ativo da obrigação tributária e, como tal, credor da obrigação, e o consumidor final, o qual é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, contribuinte de fato. A CEB figura como mera responsável pelo recolhimento do tributo, na modalidade de substituta tributária.

Com efeito, a CEB, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de responsável pelo recolhimento do ICMS, ou seja, ela paga o tributo no lugar do consumidor final, por conta deste.

Tal entendimento veio corroborado pela Lei n. 1.254/1996, que dispõe quanto ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS:

> Art. 24. Fica atribuída a responsabilidade, na condição de substituto tributário, ainda que situado em outra unidade federada, a:
> (...)
> VII- concessionária de energia elétrica e de serviço público de comunicação, pelas operações e prestações antecedentes, concomitantes ou subsequentes.
>
> Por sua vez, assim dispõe o Decreto 18.955/97:
>
> "Art. 13. Fica atribuída a responsabilidade, na condição de substituto tributário, ainda que situado em outra unidade federada, a

((Lei nº 1.254, de 8 de novembro de 1996, art. 24):
(...)
VII - concessionária de energia elétrica e de serviço público de comunicação, pelas operações e prestações antecedentes, concomitantes ou subsequentes;
§ 1º A responsabilidade de que trata este artigo é atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive o diferencial de alíquota de que trata o art. 48.
§ 2o A atribuição de responsabilidade por substituição tributária será implementada na forma deste regulamento, e:
I - poderá ser atribuída a qualquer das pessoas citadas neste artigo;
II - dar-se-á em relação a mercadorias ou serviços previstos no Anexo IV a este Regulamento.
nova redação dada ao inciso II do § 2º do art. 13 pelo Decreto nº 25.193 de 06/10/04 - DODF de 07/10/04.
II - dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos no Anexo IV a este Regulamento (Lei nº 1.254/96, art. 24, § 2º, II).(NR)
§ 3º O disposto no inciso V do caput *deste artigo, no que respeita unicamente às pessoas jurídicas de direito público das áreas federal, estadual e municipal, condiciona-se à celebração de convênio com a Secretaria de Fazenda e Planejamento.*
§ 4º A Subsecretaria da Receita poderá determinar a suspensão da aplicação do regime de substituição tributária no todo ou em relação a contribuinte substituto que descumprir as obrigações estabelecidas neste regulamento.
§ 5º Para efeitos deste artigo, fica equiparado a industrial o contribuinte importador.
§ 6º A adoção do regime de substituição tributária a que se refere este artigo, nos casos em que o responsável pela retenção esteja localizado em outra unidade federada, dependerá de acordo específico celebrado pelo Distrito Federal, devidamente representado pelo Secretário de Fazenda e Planejamento, com a unidade federada envolvida.
§ 7º A responsabilidade pela retenção, nos termos do parágrafo anterior, é também atribuída:

> I - ao contribuinte localizado em outra unidade federada que realizar operação, destinada ao Distrito Federal, com petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;
> II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas ou oriundas de outra unidade federada, desde a produção ou importação até a última operação.
> § 8º Nas operações de que trata o parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final localizado no Distrito Federal, o imposto incidente na operação, devido ao Distrito Federal, será, na forma deste artigo, retido e pago pelo remetente."

Portanto, considerando que o legislador optou por estabelecer que a Concessionária de Energia Elétrica é responsável pelo recolhimento do tributo, na modalidade de substituta tributária, esta não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da lide, pois o consumidor final é ao mesmo tempo contribuinte de fato e de direito do tributo.

Confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

> ***"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR.***
> ***1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838542 / MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491 / SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006).***
> ***(...)***
> ***5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 797826/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.05.2007, DJ 21.06.2007 p. 283) 4. Recurso especial desprovido." (REsp 871386/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 01/10/2008)***

> ***"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 135, 458 E 535 DO CPC. INTERESSE DE AGIR. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ESTADO E DO CONSUMIDOR FINAL.***
> FATO GERADOR. ENERGIA CONSUMIDA, E NÃO DEMANDA CONTRATADA. RECURSO DESPROVIDO.
> (...)
> 3. Nas ações que versam sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, e não as concessionárias de energia elétrica, bem como o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato; portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS.
> (...)
> 5. Recurso especial desprovido." (REsp 952834/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 12/12/2007 p. 407)

Todavia, embora a Concessionária de Energia Elétrica não integre o pólo passivo da lide, os efeitos indiretos da presente decisão irão atingi-la, na medida em que esta é responsável pelo recolhimento do tributo e pela emissão das faturas de energia elétrica.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, o que faço para tornar insubsistente a sentença monocrática e **conceder parcialmente a segurança**, determinando a suspensão da cobrança de ICMS sobre a energia elétrica de demanda reservada, devendo ser mantida a oneração, apenas, sobre aquela efetivamente consumida.

Determino, ainda, que a CEB, quando da emissão das faturas de energia, mantenha a incidência do ICMS apenas sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

Condeno o Distrito Federal ao pagamento das custas processuais adiantadas pelo Autor.

Sem honorários advocatícios.

Oficie-se à concessionária.

É como voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer do recurso. Dar parcial provimento nos termos do voto do Relator; unânime.

——— • ———

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011065497-8

Apelante - Catia de Souza Madeira ME
Apelado - Distrito Federal
Relator - Des. Cruz Macedo
Quarta Turma Cível

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. ARTIGO 78, §2º, DO ADCT. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1 - O artigo 78 do ADCT, introduzido pela EC nº 30/2000, inovou o tema já disciplinado no artigo 100 da CF/88, conferindo ao Estado a possibilidade de realizar o pagamento dos precatórios especificados no *caput* de forma parcelada, no prazo máximo de 10 (dez) anos, bem como estabelecendo que as referidas prestações anuais terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

2 - Estender o direito à compensação tributária aos precatórios de natureza alimentícia extrapola a sistemática de pagamento de precatórios prevista no texto do ADCT, que constitui norma constitucional transitória e específica na qual seu caráter liberatório está restrito àquelas prestações anuais previstas no *caput* do supracitado dispositivo.

3 - Mesmo que se entendesse pela possibilidade de compensação, o precatório alimentar que a autora possui foi expedido no ano de 2002, não preenchendo sequer o requisito objetivo relativo ao prazo decenal, previsto no artigo 78 do ADCT.

4 - Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Cruz Macedo - Relator, João Batista Teixeira - Revisor, Sérgio Bittencourt - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Sérgio Bittencourt, em proferir a seguinte decisão: negar

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

Brasília (DF), 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Declaratória com pedido de antecipação de tutela ajuizada por CATIA DE SOUZA MADEIRA ME em desfavor do DISTRITO FEDERAL, pleiteando seja declarado o direito à compensação tributária, nos termos no artigo 78, §2º, do ADCT, relativamente ao valor devido pela autora a título de ICMS com os créditos constantes dos precatórios devidos pelo réu.

O d. juízo da Segunda Vara da Fazenda Pública do DF, em sentença proferida às fls. 128/139, julgou improcedente o pedido formulado pela autora, por entender que não se encontram preenchidos os requisitos constantes da Lei Complementar Distrital nº 52/97. Condenou ainda a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Na apelação de fls. 142/165, a empresa autora requer a reforma da r. sentença monocrática alegando, em suma, que a compensação está autorizada pelo artigo 78, §2º, do ADCT, e que preenche todos os requisitos previstos no texto constitucional, motivo por que não pode a legislação infraconstitucional obstar o seu direito.

Preparo regular (fl. 166).

Contrarrazões apresentadas às fls. 169/192, em que o DISTRITO FEDERAL requer o não-provimento do apelo, pois afirma que os precatórios de caráter alimentar não estão inseridos na sistemática prevista pelo texto constitucional.

É o relatório.

VOTOS

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

Afirma a apelante que o artigo 78, §2º, do ADCT lhe confere o direito à compensação de crédito constante em precatório de natureza alimentar do Distrito Federal, decorrente de ação judicial ajuizada anteriormente a 31 de dezembro de 1999, com os valores devidos a título de ICMS.

Para melhor esclarecimento sobre a matéria, eis o teor do artigo 78 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, *in verbis*:

> "Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art.

> 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.
> *§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.*
> *§ 2º As prestações anuais a que se refere o* caput *deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.*
> *§ 3º O prazo referido no* caput *deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.*
> *§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação."*

Constata-se que o artigo 78 do ADCT, introduzido pela EC nº 30/2000, inovou o tema já disciplinado no artigo 100 da CF/88, conferindo ao Estado a possibilidade de realizar o pagamento dos precatórios especificados no *caput* de forma parcelada, no prazo máximo de 10 (dez) anos, bem como estabelecendo que as referidas prestações anuais terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

Entretanto, a apelante afirma que os precatórios de natureza alimentícia, apesar de excluídos da possibilidade de parcelamento, em razão de sua inquestionável excepcionalidade, se não forem quitados pela Fazenda Pública no exercício em que são devidos, também terão o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, conforme preceitua o artigo 78, §2º, do ADCT, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tenho que não assiste razão à apelante, porquanto tal entendimento extrapola a sistemática de pagamento de precatórios prevista no texto do ADCT, que constitui norma constitucional transitória e específica, na qual o seu caráter liberatório está restrito àquelas prestações anuais previstas no *caput* do supracitado dispositivo.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema nos seguintes termos, *in verbis*:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. COMPENSAÇÃO COM PRECATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. Analisando-se a sistemática prevista no art. 78 do ADCT, constata-se que, enquadrando-se o crédito em alguma das hipóteses previstas no* caput *do artigo referido - precatórios pendentes na data de promulgação da EC 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 -, e estabelecido o parcelamento, o inadimplemento de alguma das parcelas atribui ao respectivo crédito poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§ 2º). 2. No entanto, é distinta a hipótese dos autos. Os precatórios que embasam a presente impetração têm natureza alimentar, circunstância expressamente ressalvada pelo* caput *do art. 78 do ADCT, apta a obstar o parcelamento do referido crédito. Assim, inexistindo parcelamento e, consequentemente, parcela inadimplida, não há falar na incidência do § 2º do artigo em comento. Assim, ao contrário do que sustenta a recorrente, o precatório não-pago não ganha, por si só, poder liberatório para pagamento de tributo. O "poder liberatório" está condicionado ao enquadramento na sistemática prevista no art. 78 do ADCT. 3. Recurso ordinário desprovido. (RMS 26.908/GO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 01/08/2008)" [Destaques não constantes do original]*

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO COM PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. DECRETO ESTADUAL N. 6391/02 E LEI ESTADUAL N. 13212/01. PEDIDO DO IMPETRANTE FEITO EXTEMPORANEAMENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER GARANTIDO. I - Considerando-se a indisponibilidade de que se reveste o patrimônio público, não basta a mera existência de créditos e débitos mútuos entre administrado e Administração para que se concretize, a critério do credor, a compensação de valores. Cabe à lei disciplinar as condições em que o ato será realizado, respeitadas as demais disposições constitucionais (cf. RMS 13019/RO, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 17.05.2004).*

> *(...) V - Recurso ordinário conhecido, porém improvido. (RMS 26.641/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 17/11/2008)"*

Ademais, não há falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que os precatórios com força liberatória são aqueles com parcelamento decenal, ao contrário dos precatórios de caráter alimentício, que são pagos em parcela única.

Nesse sentido já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - DECLARATÓRIA - COMPENSAÇÃO DE PRECATÓRIOS - NATUREZA ALIMENTAR - DÉBITO DE TRIBUTOS - ICMS - IMPOSSIBILIDADE - LEI COMPLEMENTAR 52/97 - APLICABILIDADE - OBSERVÂNCIA À ORDEM DOS PRECATÓRIOS. Não se permite a compensação de créditos de precatórios de natureza alimentar com débitos decorrentes de tributos, inclusive os relativos a ICMS, em face da ressalva contida no* caput *do art. 78 do ADCT. Tendo em vista que o art. 78 do ADCT necessita de norma específica que o regulamente, o Distrito Federal editou a Lei Complementar 52/97, alterada pela Lei Complementar 725/06, que dispõe acerca da compensação de precatórios com tributos. O art. 100 da Constituição Federal estabelece ordem para o pagamento dos precatórios, que deve ser observada sob pena de violação ao princípio da igualdade. (20060110419653APC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, julgado em 26/03/2008, DJ 07/05/2008 p. 62)"*

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO COM PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO, PELO ART. 78, § 2º DO ADCT, DO PODER LIBERATÓRIO DE PAGAMENTO DE TRIBUTO DOS PRECATÓRIOS DE NATUREZA ALIMENTAR. I - Embora a Lei Complementar nº. 52/97, que dispõe sobre a compensação no âmbito distrital, se refira a créditos de qualquer natureza (art. 1°), fato é que o art. 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, ressalva a possibilidade de se compensarem créditos de natureza alimentícia, retirando o poder liberatório de pagamento de tributos. II - Nessa ordem*

> *de ideias, a exclusão dos créditos alimentares do regime de compensação se afigura lógica uma vez que os precatórios revestidos dessa natureza, nos termos do art. 100 da Constituição da República, devem ser pagos em uma só prestação, não se subsumindo ao parcelamento preconizado no* caput *do art. 78 do ADCT. III - Negou-se provimento. Unânime. (20070020149861AGI, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 30/04/2008, DJ 14/05/2008 p. 89)"*

Cumpre salientar que mesmo que se entendesse pela possibilidade de compensação, o precatório alimentar que a autora possui por meio de cessão de crédito foi expedido em 28 de fevereiro de 2002 (fl. 31), não preenchendo sequer o requisito objetivo relativo ao prazo decenal, previsto no artigo 78 do ADCT.

Desse modo, a pretensão da recorrente teria como consequência a inobservância da ordem dos precatórios estabelecida pelo artigo 100 da Constituição Federal, o que não se admite.

Por fim, acrescente-se que, conforme bem asseverou o culto Juízo do conhecimento original, a recorrente não comprovou o atendimento aos requisitos previstos na Lei Complementar nº. 52/97, que regulamenta a compensação de precatórios no âmbito do Distrito Federal, *in verbis*:

> *"...Em regra, deve-se provar que o fato gerador do tributo ocorreu antes de 31 de dezembro de 2003 para que ele seja compensável com os precatórios, mas conforme se depreende da leitura da inicial e dos documentos que a instruem não há qualquer notícia acerca do débito fiscal que a autora pretende compensar, somente afirma que são oriundos de ICMS. Ocorre que sem uma indicação da natureza do débito tributário não há como avaliar se ele está apto ou não a ser compensado na forma da LC 52/97.*
>
> *Assim, a ausência de provas indica que a autora não tem direito à compensação postulada, e isto não ocorre em razão da natureza do precatório apresentado, mas do débito tributário que se pretende compensar.*
>
> *Ademais, numa análise mais profunda da Lei 52/97, observa-se que para realizar a compensação é necessário seguir um procedimento, que envolve a apresentação de documentos e a consulta a certas autoridades administrativas, além do cumprimento de determinadas exigências, como o prévio pagamento de 10% do total da dívida tributária consolidada (art. 2º, inciso I). As diversas exigências da Lei estão*

consignadas em seus artigos 2º, 3º, e 4º e não serão todas transcritas a bem da concisão." (fls. 133/134)

DISPOSITIVO
Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso. É como voto.

Des. João Batista Teixeira (Revisor) - Presentes os pressupostos que autorizam a admissibilidade do recurso, dele se conhece.

Após detida análise dos autos, entendo da mesma forma que o eminente Relator para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso e manter íntegra a r. sentença atacada.

É como voto.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Negar provimento ao recurso, unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007031039506-6

Apelante - Banco Itaú S/A
Apelada - Maisa Gomes da Costa
Relator - Des. Mário-Zam Belmiro
Terceira Turma Cível

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. ACIDENTE. QUEDA EM ESCADA. AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO FATO DAS COISAS. CARÁTER OBJETIVO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA.

1. Incide na regra constante do art. 186 do Código Civil aquele que não tem o devido cuidado com a manutenção das áreas de acesso às suas dependências. Cuida-se de responsabilidade extracontratual do banco, que tinha o dever de vigilância e cuidado sobre a escada que veio a vitimar a autora, de caráter objetivo.
2. Em tal hipótese, a responsabilidade do causador do dano só poderia ser afastada diante de caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima.
3. O trauma físico sofrido pela parte repercutiu em sua esfera emocional, causando-lhe dores e aflições, a ponto de romper o seu equilíbrio psicológico, a merecer a devida reparação por danos morais e, também, estético, admitida a cumulação.
4. A recomposição por dano moral deve ser arbitrada moderadamente, a fim de se evitar a perspectiva do locupletamento indevido da parte indenizada, observando-se os critérios relativos à extensão do dano, à capacidade financeira do ofensor e à situação sócio-econômica da vítima, além de servir como desestímulo à repetição da conduta do réu.
5. Recurso 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), 13 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação (fls. 135/144) interposto de sentença (fls. 124/128) prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Ceilândia-DF, nos autos da ação indenizatória ajuizada por Maísa Gomes da Costa em desfavor de Banco Itaú S/A, com vistas à indenização por danos materiais e morais decorrentes de queda da escada de acesso à agência bancária do réu.

Sentenciando o feito, a MM. Juíza julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu a ressarcir os danos materiais cujas despesas estão comprovadas, ao pagamento de lucros cessantes no valor de 3 (três) salários mínimos e à indenização por danos morais no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Inconformado, apela o autor, aduzindo, em síntese, que não é possível lhe atribuir responsabilização alguma pelo infortúnio sofrido pela apelada, eis que configurada a hipótese de culpa exclusiva desta.

Nessa linha, entende que a autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, bem como afirma a ausência de comprovação do dano moral, uma vez que o "contratempo" sofrido pela apelada se constitui em mero aborrecimento e dissabor, aos quais todos estão sujeitos no cotidiano.

Em caráter eventual, pede a redução do *quantum* fixado a título de dano moral - R$ 15.000,00 -, o qual, a seu ver, é exorbitante e desproporcional, devendo ser minorado para R$ 1.000,00 (mil reais).

A autora apresentou contrarrazões (fls. 149/152) requerendo a majoração dos danos morais ou a manutenção da r. sentença recorrida.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mário-Zam Belmiro (Relator) - Conheço do recurso, presentes os pressupostos que autorizam a sua admissibilidade.

A questão controvertida consiste na pretensão indenizatória a título de danos materiais e morais decorrentes da queda sofrida pela autora na escada de acesso à agência bancária do réu, o que ocasionou a fratura de seu tornozelo,

obrigando-a a submeter-se a procedimento cirúrgico para instalação de pinos, bem como a tratamento de fisioterapia.

Para melhor compreensão da querela merece consideração a dinâmica do evento.

No dia 22 de maio de 2006 a autora compareceu à agência bancária do réu para efetuar o pagamento de uma conta e, na saída, ao descer a escada de acesso, escorregou e caiu, vindo a fraturar o tornozelo, tendo que se sujeitar a cirurgia para implantação de 8 (oito) pinos e 1 (uma) placa de titânio, e, posteriormente, submeter-se a tratamento de fisioterapia.

Em consequência, a autora ficou vários meses de cama, sentindo dores e com dificuldades para se locomover e confeccionar as peças de artesanato que comercializava, o que, segundo alega, lhe gerava renda mensal em torno de R$ 1.000,00 (mil reais), requerendo, por tal razão, o pagamento de lucros cessantes.

Desse modo, alega a autora que a desventura lhe causou danos materiais decorrentes de despesas médicas, remédios, sessões de fisioterapia e gasto com combustível, no importe de R$ 14.972,06 (catorze mil e novecentos e setenta e dois reais e seis centavos); além de danos morais, os quais repercutiram em sua esfera de segurança e auto-estima, eis que ficou com uma cicatriz de cerca de 9 (nove) centímetros em sua perna, além de impossibilitada de usar salto alto.

Assim delineada a questão fática, passo a harmonizá-la com os aspectos legais que regem o tema trazido a debate.

É consabido que a responsabilidade civil se estriba em quatro elementos: o ato ilícito (fato), a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Nos termos do art. 186 do Código Civil: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

No caso dos autos, não restam dúvidas de que o dano decorreu da desídia do réu, que não teve o devido cuidado com a manutenção das áreas de acesso às suas dependências, local de intenso tráfego de pessoas. Cuida-se de hipótese de responsabilidade extracontratual do réu, que tinha o dever de vigilância e cuidado sobre a escada que veio a vitimar a autora.

Para melhor compreensão da matéria, lanço mão da percuciente doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, experto no assunto. Confira-se:

> "A vida moderna colocou à nossa disposição um grande número de coisas que nos trazem comodidade, conforto e bem-estar mas que, por serem perigosas, são capazes de acarretar danos aos outros. Superiores razões de política social impõem-nos, então, o dever jurídico de vigilância e cuidado das coisas que usamos, sob

> pena de sermos obrigados a reparar o dano por elas produzido. É o que se convencionou chamar de ***responsabilidade pelo fato das coisas*** - ou, como preferem outros, responsabilidade pela guarda das coisas inanimadas. (...)
> Só se deve falar em responsabilidade pelo fato da coisa quando ela dá causa ao evento sem a conduta direta do dono ou de seu preposto - como, por exemplo, a explosão de um transformador de energia elétrica; o elevador que, por mau funcionamento, abre a porta indevidamente, acarretando a precipitação da vítima no vazio; **a escada rolante que prende a mão ou o pé de uma criança;** o automóvel abandonado na via pública sem sinalização ou sem estar devidamente travado". [Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. Atlas Jurídico, p. 192/193]

A doutrina vê na responsabilidade pelo fato das coisas uma consagração parcial da teoria do risco, baseada em que *"Quem utiliza uma coisa, e dela tira proveito, suporta os riscos quando a coisa causa dano, independentemente da prova de culpa. Basta haver relação de causalidade entre o dano e a coisa guardada, para que se caracterize a responsabilidade do guarda, que só se exime dessa responsabilidade se provar a culpa exclusiva da vítima, força maior ou caso fortuito. Nem mesmo a prova de ter agido com a diligência peculiar ao homem cuidadoso não o exoneraria do dever de reparar o dano. Sustentou ainda que, havendo dano, surgiria não apenas uma presunção de culpa, mas de responsabilidade (*apud *Sílvio Rodrigues, ob. cit., p. 101)."* (ob. cit. p. 198)

Como se vê, o caso em análise se enquadra na responsabilidade pelo fato da coisa, a qual tem por fundamento tanto a responsabilidade objetiva quanto a culpa presumida. É o que ensinam os doutos. Desse modo, a responsabilidade do causador do dano só poderia ser afastada diante de caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, circunstâncias que, conforme visto, não se evidenciam nos autos.

Não prospera a tese de culpa exclusiva da autora, eis que os elementos de prova constantes do processo permitem concluir que o acidente sofrido pela autora pode ser atribuído à desídia do réu.

Nesse sentido o laudo pericial foi taxativo: *"Conclui-se, ainda, que as irregularidades construtivas presentes na calçada colocavam em risco a incolumidade dos transeuntes, podendo causar a queda do usuário principalmente na escada."* (fls. 24)

Ademais, as testemunhas ouvidas foram unânimes em afirmar que a autora não estava distraída ou falando ao celular no momento da queda, como afirma hipoteticamente o réu, e que já presenciaram outras pessoas sendo vítimas da malsinada escada (vide fotografias de fls. 104/107).

Desse modo, ao que se depreende, a autora se desvencilhou do ônus que lhe competia, transferindo para o réu o encargo de provar o contrário, o que não ocorreu, eis que este ficou restrito ao campo das alegações.

Assim, em que pese a veemente negativa do réu acerca da responsabilidade sobre o fato ocorrido com a autora, certo é que aquele não logrou êxito em ilidir as provas produzidas, que culminaram na conclusão de que a apelada teve, de fato, sua esfera íntima e patrimonial atingida pela negligência do réu. Portanto, deverá arcar com as despesas comprovadas nos autos, a título de danos materiais, consoante decidido pelo ilustre sentenciante.

Em relação aos danos morais, sua reparação, diferentemente daquela relativa aos danos patrimoniais, não se volta à recomposição do patrimônio do ofendido, como restabelecimento puro e simples do *status quo ante*. Visa, acima de tudo, a compensar, de alguma forma, as aflições da alma humana, nas dores provocadas pelas mágoas produzidas em decorrência das lesões íntimas.

No caso em exame, assim se manifestou a douta julgadora monocrática: *"No que diz respeito ao dano moral, constata-se que, em razão da incapacidade temporária sofrida e comprovada pelos relatórios médicos e laudos parciais do IML, a autora precisou se afastar de suas atividades habituais por mais de trinta dias, suportou dores intensas durante longo período, submete-se a diversos tratamentos e outras admoestações. Tenho que tais admoestações suportadas geraram frustração, intranquilidade e abalo psicológico na vítima, o que configura o dano moral".* (fls. 127)

Sobre o tema, oportuna, ainda, a seguinte lição doutrinária:

> "O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase de sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.
>
> Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade.

> Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade.
> A gravidade do dano - pondera Antunes Varela - há de medir-se por padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado." (Das obrigações em geral, 8ª; ed;. Coimbra Almedina, p. 617)

Nessa linha de raciocínio, só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias, desequilíbrio em seu bem estar.

Ora, a partir de uma análise acurada do conjunto probatório constante nos autos não há como menosprezar o fato de que o trauma físico sofrido pela apelada repercutiu em sua esfera emocional, causando-lhe dores e aflições, a ponto de romper o seu equilíbrio psicológico, a merecer, portanto, a devida reparação.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, tenho reiteradamente me manifestado no sentido de que a recomposição por dano moral deve ser arbitrada moderadamente, a fim de se evitar a perspectiva do locupletamento indevido da parte indenizada, observando-se os critérios relativos à extensão do dano, à capacidade financeira do ofensor e à situação sócio-econômica da vítima, além de servir como desestímulo à repetição da conduta do réu.

Assim, a meu ver, em conformidade com as diretrizes acima delineadas, a r. sentença fixou de forma correta e proporcional ao caso em exame a verba indenizatória - R$ 15.000,00 (quinze mil reais), uma vez que atinou para os critérios utilizados pela jurisprudência para se chegar ao valor compensatório.

Não se olvide, ademais, que a ofensa sofrida pela autora redundou em dano de caráter estético, pois deixou uma cicatriz considerável em sua perna (vide fotografias de fls. 27/28).

Nesse sentido, a doutrina do já citado autor: "*Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo* ***o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física***." *(ob. cit. p. 98) - sem grifo no original.*

Vale ressaltar que inexiste óbice à cumulação do dano estético com o dano moral, conforme se infere dos julgados exarados pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, que ora transcrevo:

> "É possível a cumulação de dano estético e dano moral. Precedentes." (REsp 1011437/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008)
>
> "É cabível a cumulação de danos morais com danos estéticos quando, ainda que decorrentes do mesmo fato, são passíveis de identificação em separado." (REsp 717.425/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2008, DJe 31.03.2008)
>
> "Podem cumular-se danos estético e moral quando possível identificar claramente as condições justificadoras de cada espécie. Importando a amputação traumática do pé em lesão que afeta a estética do ser humano, há que ser valorada para fins de indenização, ainda que possa ser deferida englobadamente com o dano moral." (REsp 705.457/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 27.08.2007 p. 260)

Portanto, na hipótese, não se mostram excessivos os danos morais, pois fixados com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao nível sócio-econômico das partes.

Por todas as razões expostas, não merece reparos a r. sentença, eis que proferida em conformidade com o regramento legal da matéria, na esteira da jurisprudência deste Tribunal. Confira-se:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - QUEDA NO INTERIOR DE SUPERMERCADO EM RAZÃO DE PISO MOLHADO - REDUÇÃO DE MEMBRO INFERIOR - DANOS MATERIAIS E MORAIS.
> 01. É dever do supermercado arcar com a indenização em decorrência de queda de consumidor no interior de seu estabelecimento, tendo em vista que agiu negligentemente ao deixar de efetuar a limpeza de líquido derramado.

02. Os danos materiais a serem ressarcidos são os efetivamente comprovados nos autos.
03. A indenização por dano moral não tem, consoante a doutrina e a jurisprudência, caráter tipicamente indenizatório, de molde a que se estabeleça exata correspondência entre a ofensa e o valor da condenação. Mormente é certo que dor íntima não tem preço, contudo também não pode constituir fator de enriquecimento.
04. Recursos conhecidos e desprovidos. Unânime. (20030110352058APC, Relator Romeu Gonzaga Neiva, 5ª Turma Cível, julgado em 09/05/2007, DJ 21/06/2007, p. 114)"

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. SUPERMERCADO. QUEDA DE CONSUMIDOR. LESÃO NO JOELHO. LUCROS CESSANTES. VERBA REPARATÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
1. **Indiscutivelmente, se a consumidora vem cair dentro do estabelecimento comercial, em virtude de material escorregadio derramado no piso, impõe-se obrigação deste em indenizar a vítima, ainda mais sob a ótica de incidir, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor.**
2. Se a parte autora, trabalhadora autônoma, não consegue comprovar seus ganhos mensais, utiliza-se o salário mínimo como base para a fixação dos lucros cessantes.
3. Mantém-se condenação por danos morais, como formulado em primeiro grau.
4. Recurso parcialmente provido. (20020110454177APC, Relator Silvânio Barbosa dos Santos, 1ª Turma Cível, julgado em 28/02/2007, DJ 24/05/2007, p. 68)"

"CIVIL. CDC. QUEDA DE CLIENTE EM DEPENDÊNCIAS COMUNS DE CONDOMÍNIO. PISO MOLHADO E NÃO SINALIZADO. CULPA DO FORNECEDOR. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR.
1. É obrigação do condomínio, constituído por escritórios, consultórios e clínicas, manter as dependências comuns do empreendimento conservadas e em plenas condições de circulação e segurança, inclusive colocando avisos de que o piso está molhado, de molde a evitar quedas dos que procuram o local em busca de serviços.

> 2. **Atua de forma negligente, e assume a obrigação de compor danos morais, o condomínio que descurando de seu dever de cuidado objetivo, procede à lavagem do piso sem colocar os avisos necessários de que o local está molhado, ou que, após a chuva, deixa de adotar as providências necessárias à secagem do solo (piso), fato causador de queda do consumidor, que experimenta fraturas, rompimento de tendões e luxações, deixando sequelas irremovíveis.**
> 3. **Configura dano moral passível de reparação pecuniária a dor física, a dor íntima, os aborrecimentos, os abalos físicos e morais, as frustrações e as sequelas que o consumidor, por culpa do fornecedor, experimenta por queda decorrente de piso molhado e não sinalizado, que deixa lesões consideráveis.**
> 4. Recurso conhecido e improvido, sentença mantida. (20050110634762ACJ, Relator João Batista Teixeira, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, julgado em 23/11/2005, DJ 09/12/2005, p. 253)"

Finalmente, impossível apreciar o pedido de majoração do *quantum* indenizatório formulado pela apelada em suas contrarrazões, eis que deduzido pela via processual inadequada.

Com essas considerações, NEGO PROVIMENTO ao recurso, prestigiando às inteiras a r. sentença combatida.

É o meu voto.

Desa. Nídia Corrêa Lima (Revisora) - Conheço do presente recurso, porquanto atendidos os pressupostos processuais de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de Apelação interposto por BANCO ITAÚ S.A., em face da r. sentença de fls. 124/128.

Na origem, a autora MAISA GOMES DA COSTA ajuizou Ação de Indenização por danos materiais e morais, em desfavor do BANCO ITAÚ S/A, em razão de queda sofrida em escada localizada nas dependências do réu.

Narrou a autora que em decorrência do acidente sofrido fraturou o seu tornozelo em três lugares e submeteu-se a cirurgia para implante de pinos. Acrescentou que ficou impossibilitada de trabalhar por quase um ano. Pediu, assim, a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) e por danos materiais no montante de R$ 14.792,06 (quatorze mil setecentos e noventa e dois reais e seis centavos).

A d. Juíza *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o réu ao pagamento de danos materiais relativos às despesas comprovadas nos documentos de fls. 31/49, cujo montante deverá ser corrigido monetariamente desde a data dos respectivos gastos e acrescido de juros de mora a partir da citação. Pelos lucros cessantes o réu foi condenado a pagar três salários mínimos nos três primeiros meses após o acidente, devidamente corrigidos, a contar de cada mês e com juros de mora a partir da citação. Por fim, o réu foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora a partir da data da sentença.

Em face da sucumbência recíproca, a autora foi condenada a pagar 30% (trinta por cento) das custas processuais, ficando a cobrança suspensa nos termos da Lei n. 1.060/50, e o réu foi condenado a adimplir os outros 70% (setenta por cento), bem como o pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, afirmando que não restou demonstrado que a queda da autora ocorreu em virtude de irregularidades na escada. Ponderou, também, que houve culpa exclusiva da apelada, que agiu com falta de cautela ao descer as escadas. Alegou que a autora não comprovou a existência dos danos morais, uma vez que a narrativa feita na inicial não leva à conclusão de que a parte sofreu prejuízo desta natureza. Concluiu que não houve a prática de ato ilícito, nem tampouco nexo causal, razão pela qual não é cabível a condenação ao pagamento da indenização pretendida na inicial. Pleiteou, alternativamente, que o valor da indenização por danos morais seja reduzido para montante não superior a R$ 1.000,00 (mil reais).

Sem razão o apelante.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o apelante é pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviços, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, constata-se que a responsabilidade civil da ré é objetiva em relação a terceiros.

Assim, para que a indenização seja cabível, basta a comprovação de um ato ilícito, do resultado danoso e do nexo causal. Somente a comprovação da culpa exclusiva da vítima na ocorrência do acidente tem o condão de exonerar a responsabilidade da prestadora de serviços públicos pelo evento danoso.

In casu, o ato ilícito está devidamente delineado nos autos.

A autora sofre uma queda ao deixar uma agência do Banco réu, fato este que culminou com a fratura de seu tornozelo e a necessidade da realização de cirurgia para implantação de pinos.

Neste aspecto, a testemunha Edson Ferreira da Silva, em depoimento prestado às fls. 93/94, afirma que a ora apelada "*(...) vinha pela escada e caiu logo no*

final da escada, já na calçada que é íngreme; que teve condições de ver todo o ocorrido porque no momento estava do lado de fora da loja aguardando vendedores (...)".

Já os danos físicos experimentados pela autora estão devidamente demonstrados pelas fotografias acostadas às fls. 27/29 e também pela prova testemunhal colhida às fls. 95 e 96, em que as depoentes, que frequentam a mesma igreja da ora apelada, afirmaram que ela só voltou a participar das atividades da instituição muito tempo depois do acidente e, ainda assim, com a utilização de muletas e se queixando muito das dores decorrentes do acidente.

No que se refere ao fator preponderante para a ocorrência do acidente, conforme se constata do laudo do Instituto de Criminalística (fls. 21/26) a calçada de acesso à escada "*apresentava irregularidades construtivas à luz do Decreto Distrital n. 196915/98*". Além disso, o perito judicial concluiu que "*as irregularidades construtivas presentes na calçada colocavam em risco a incolumidade dos transeuntes, podendo causar a queda do usuário principalmente na escada*".

Na lição do Professor Sílvio de Salvo Venosa (*in* Direito Civil. Responsabilidade Civil. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21), a culpa se caracteriza pela "*inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever*".

O laudo supracitado é conclusivo no sentido de que as irregularidades na construção da calçada que dá acesso à escada são passíveis de provocar acidentes. Por outro lado, não houve êxito da parte em colacionar qualquer prova de que o acidente se deu porque a parte autora ao transpor a escadaria não observou a devida cautela.

Diante disso, não há como deixar de reconhecer que o acidente foi causado em face da conduta do réu/apelante e não pela culpa exclusiva da parte autora.

Ressalte-se, ainda, que o fato de ter sido expedido o "habite-se" do local de funcionamento da agência bancária em que se deu o acidente, não exime o apelante de sua responsabilidade quanto aos defeitos de construção apresentados pela calçada de acesso à escada, sobretudo quando há, como no caso dos autos, laudo específico que demonstra as irregularidades na edificação.

Do conjunto probatório acostado aos autos, tenho por evidenciado o nexo causal entre a conduta do réu, ao manter os acessos à sua agência em desconformidade com as normas de edificação, e o acidente sofrido pela autora.

Quanto aos danos emergentes do acidente, verifico que os documentos de fls. 31/49, comprovam diversos gastos efetuados pela autora com a aquisição de medicamentos e despesas com fisioterapia, deslocamentos.

Quanto aos danos morais, entendo que o abalo psicológico decorrente do acidente sofrido pela autora não se resume a um mero aborrecimento do cotidiano,

uma vez que a autora ficou impossibilitada de se locomover por mais de 3 (três) meses, passando a sofrer dor na região atingida.

Portanto, estando presentes os elementos da responsabilidade objetiva e afastada a tese de culpa exclusiva da vítima, merece prestígio a r. sentença que condenou o apelante ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

No que concerne ao valor da indenização por danos morais, o apelante requereu a redução do montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para 1.000,00 (mil reais).

Entretanto, seu pleito não merece prosperar.

Com efeito, o valor da indenização por danos morais deve proporcionar, de um lado, o abrandamento da dor sentida por aquele que sofreu o abalo psicológico e, de outro turno, deve servir de reprimenda àquele que causou o dano, desestimulando-o de novamente praticar a conduta lesiva que deu ensejo à indenização.

Ao se fixar o valor da indenização por danos morais, deve-se atender, ainda, ao princípio da razoabilidade, de modo que o montante não seja tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo para o réu.

Da análise da situação fática, ao se confrontar a capacidade econômica do apelante e o dano moral sofrido pela apelada, em face da dor interior sofrida em decorrência das limitações decorrentes do acidente ocorrido na calçada de acesso à escada da instituição bancária, além dos danos estéticos por ela suportados, consistentes em cicatriz na sua perna, constata-se que o valor fixado na r. sentença deve ser mantido.

De fato, a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), revela-se suficiente, na medida em que servirá para amenizar o sofrimento experimentado pela parte autora, satisfazendo, de igual forma, o sentido punitivo da indenização em relação ao réu.

Por tais razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo íntegra a r. sentença recorrida.

É como voto.

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

DECISÃO

Conhecer. Negar provimento ao recurso. Unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007061011576-5

Apelante - Josmar Rodrigues de Lima
Apelado - Condomínio Alto da Boa Vista rep. por Alberto dos Santos Lima
Relatora - Desa. Haydevalda Sampaio
Quinta Turma Cível

EMENTA

CONDOMÍNIO LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS - TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO.
1 - Sendo ilícito o objeto do negócio jurídico, por se encontrar o lote localizado em área de proteção de mananciais, impõe-se a extinção do vínculo com o condomínio, retornando as partes ao *status quo ante*.
2 - Nos termos do compromisso de ajustamento de conduta, o adquirente do lote poderá optar pela realocação ou indenização.
3 - Para a restituição das taxas condominiais, imprescindível a comprovação do pagamento, não bastando meras alegações.
4 - Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Haydevalda Sampaio - Relatora, Esdras Neves - Revisor, Romeu Gonzaga Neiva - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Haydevalda Sampaio, em proferir a seguinte decisão: conhecer. Dar parcial provimento por maioria, vencido o Revisor , de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Adoto, em parte, o relatório lançado na r. sentença de fls. 306/309, que transcrevo:

> "Trata-se de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela proposta por JOSMAR RODRIGUES DE LIMA em desfavor de

ASSOCIAÇÃO DO CONDOMÍNIO ALTO DA BOA VISTA (CONDOMÍNIO ALTO DA BOA VISTA).

Alega o autor que em dezembro de 1998 adquiriu da empresa Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda. os lotes 01 e 03 da Quadra 107 do Condomínio Alto da Boa Vista, que estão até o momento sem nenhum tipo de construção. Diz ainda que se inscreveu na qualidade de condômino junto à Associação requerida, e, desde então vem adimplindo com as taxas condominiais das frações ideais, no valor atual de R$ 118,00, com desconto de R$ 25,00 para pagamento até o dia cinco e de R$ 20,00 para pagamento entre os dias seis e trinta do mês vincendo, para cada lote. Afirma ainda que existiram taxas extraordinárias para eletrificação, para abastecimento de água e outras. Por fim diz que há processos judiciais onde se buscam a declaração de nulidade dos procedimentos de licenciamento ambiental. Afirma ainda que há liminar determinando que o condomínio se abstenha de qualquer ato de implantação do condomínio, cessando obras e edificações. Aduz que em Assembleia Geral Extraordinária de maio de 2007, houve a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, impedindo a ocupação e edificação da área de proteção de mananciais Mestre d'armas. Em decorrência do referendo da AGE pela assinatura do TAC, foi expedido Edital de Comunicação onde informa que várias quadras não estão no plano de regularização do condomínio. Informa o requerente que Laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística demonstra que estas quadras não poderão ser regularizadas por se encontrar em área de proteção ambiental. Diz que notificou a requerida em junho de 2007, informando que não mais pagaria as taxas condominiais e que como não tem interesse de ser realocado em área do próprio condomínio requer: antecipação de tutela para a suspensão dos pagamentos das taxas condominiais; a declaração de inexistência de relação jurídica entre o autor e a requerida; e a devolução dos valores pagos a título de taxas extraordinárias.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 09/123.

Indeferido o pedido de antecipação de tutela, fl. 125.

Contestação, fl. 190 e ss., onde o requerido alega preliminarmente impossibilidade jurídica do pedido, visto que a obrigação referida na inicial é decorrente da lei. No mérito afirma que a requerida não é associação de moradores, mas condomínio. Informa que a

> obrigação do autor decorre de norma cogente que obriga a todos os condôminos, havendo ainda convenção e regimento a ser observado. Diz que as taxas foram aprovadas por assembleia, não havendo que se falar em taxas indevidas. Informa que enquanto não restar definitivamente definido o destino das frações que ora pertencem ao autor, as obrigações por elas geradas deverão ser solvidas pelo titular. Requer assim a improcedência do feito."

O MM. Juiz julgou improcedentes os pedidos da inicial e condenou o Autor, em razão da sucumbência, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais).

Inconformado, recorre o Autor. Relata os fatos. Reafirma que a Quadra 107 do Condomínio Alto da Boa Vista não é passível de regularização, eis que está situada na Área de Proteção de Mananciais Mestre D'Armas. Assevera não ser razoável que permaneça vinculado ao referido condomínio, por ser ilícito o objeto do instrumento contratual firmado com a empresa Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda. Colaciona jurisprudência. Pugna pela declaração de inexistência de relação jurídica entre ele e o Apelado, com a sua exclusão da referida entidade, e a restituição dos valores pagos a título de taxas condominiais extraordinárias.

Contrarrazões às fls. 329/336, 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 **JOSMAR RODRIGUES DE LIMA**, inconformado com a r. sentença de fls. 306/309, prolatada nos autos da ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em desfavor do **CONDOMÍNIO ALTO DA BOA VISTA**, que julgou improcedentes o pedido, e, em razão da sucumbência, o condenou ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais).

Afirma o Apelante que a Quadra 107 do Condomínio Alto da Boa Vista não é passível de regularização, eis que está situada na Área de Proteção de Mananciais Mestre D'Armas. Diz não ser razoável que permaneça vinculado ao referido condomínio, por ser ilícito o objeto do instrumento contratual firmado com a empresa Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Razão lhe assiste.

Restou carreado aos autos documentação que comprova estar o Condomínio Alto da Boa Vista parcialmente inserido na Área de Proteção de Mananciais Mestre D'Armas e próximo à Área de Proteção de Mananciais Corguinho, ambas fixadas pelo Decreto nº 18.585/97, que regulamenta o artigo 30 da Lei Complementar nº 17/97, conforme "Laudo de Exame de Constatação de Dano Ambiental" elaborado pelo Departamento de Polícia Federal às fls. 53/102.

Constata-se, ainda, que dentre os terrenos sobrepostos à referida área de proteção de mananciais encontra-se a Quadra 107, onde se localizam as frações ideais alienadas ao Apelante pela empresa Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 62 e 70), o que impossibilita o uso e a consequente edificação.

Além disso, há de se observar que foi lavrado "Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta" (fls. 156/179), em cuja cláusula segunda a referida empresa assumiu a seguinte obrigação:

> "VIII - realocar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da notificação, os adquirentes de lotes originariamente localizados no interior da APM Mestre D'Armas, para lotes em outras áreas no novo projeto urbanístico, se possível, arcando com os custos dessa operação.
> IX - indenizar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da notificação, os adquirentes de lotes localizados no interior da APM Mestre D'Armas que não puderem ou não quiserem ser realocados, pelo menos, pelo valor das prestações pagas atualizadas monetariamente desde o momento da quitação."

No bojo da inicial, à fl. 05, verifica-se que "*não é interesse do autor ser realocado em outra área, mesmo que seja no âmbito do próprio loteamento (...)*".

Sendo absolutamente ilícito o objeto do negócio jurídico celebrado pelo Apelante com a empresa Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda., que inclusive firmou o compromisso de indenizar os adquirentes de lotes situados no interior da Área de Proteção de Mananciais Mestre D'Armas que não quiserem ser realocados, mister o retorno das partes ao *status quo ante*, com a consequente extinção do vínculo jurídico entre o Apelante e o condomínio, ora Apelado.

Por oportuno, transcrevo trecho do voto do eminente Desembargador José Divino de Oliveira que por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2003.01.1.069627-9, na Sexta Turma, em caso semelhante, com muita propriedade, destacou: *"Assim sendo, não é razoável exigir que o autor permaneça vinculado a um condomínio e, para tanto, arcando com as taxas relativas a despesas comuns, tais como, elaboração de projeto urbanístico, estudo de impacto ambiental, e demais serviços*

necessários à implantação do referido empreendimento, sendo que não poderá usar e fruir de qualquer percentual da fração que adquiriu, porquanto se encontra em área na qual não poderá edificar."

Acerca do tema, trago à colação arestos desta Corte de Justiça:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA - TERRENO SITUADO EM CONDOMÍNIO IRREGULAR - ILICITUDE DO OBJETO - NULIDADE DO CONTRATO - INTELIGÊNCIA DO ART. 145, II, CC/1916, ENTÃO VIGENTE - DEVOLUÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS PELO ADQUIRENTE - VIABILIDADE.
> 1. Constitui elemento essencial de todo e qualquer contrato a licitude de seu objeto, cuja ausência impõe a declaração de nulidade do negócio jurídico, a teor do disposto no artigo 145, inciso II, do vetusto Código Civil, vigente à época, devendo ainda as partes retornar ao *status quo ante* da avença.
> 2. A negociação de terrenos, através de instrumentos particulares, situados em condomínio constituído sem licença do Poder Público, ao arrepio da legislação pertinente e, por isso, inexistente, não pode ser tolerada pelo Poder Judiciário, sob pena de conivência com a prática de ato ilícito.
> 3. Frustrado o aperfeiçoamento do objeto do ajuste, porquanto nula a avença que estabelece alienação de imóvel situado em loteamento irregular, o qual é inapropriado para regular uso, gozo e fruição, bem como ainda ausente a boa-fé objetiva por parte do promissário vendedor, deve o alienante verter as importâncias recebidas.
> 4. Recurso conhecido e desprovido." (APC 20070110144973, Segunda Turma Cível, Rel. Des. J.J. Costa Carvalho, DJ 24-09-2008, pág. 100)

> "CIVIL. CESSÃO DE DIREITOS. LOTE LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. PARCELAMENTO PROIBIDO. NEGÓCIO JURÍDICO NULO. RESTITUIÇÃO.
> Cuidando-se de parcelamento irregular, pois o lote encontra-se localizado em área de proteção ambiental, ilícito é objeto do contrato, sendo nulo de pleno direito o negócio jurídico celebrado entre as partes, nos termos do art. 166, II, do Código Civil.

> Diante da nulidade do negócio, impõe a restituição das partes ao *status quo ante*, com devolução de todas as parcelas pagas. Apelo não provido." (APC 20060310106706, Sexta Turma Cível, Rela. Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJ 09-04-2008, pág. 155)

Quanto à restituição dos valores pagos a título de taxas condominiais extraordinárias, todavia, não há como considerar devida. Não há nos autos qualquer documento que comprove o pagamento das referidas taxas, limitando-se o Apelante a juntar boletos para pagamento das cotas condominiais ordinárias (fls. 24/25), sobre as quais não houve pedido nesse sentido.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reformar a r. sentença, a fim de declarar a extinção do vínculo entre o Apelante e o Condomínio Alto da Boa Vista, com a revogação dos efeitos dele decorrentes, a contar do seu ingresso na referida entidade. Em consequência, condeno as partes ao pagamento *pro rata* das custas processuais e honorários advocatícios de seus respectivos advogados.

É como voto.

Des. Esdras Neves (Revisor) - Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação ordinária proposta por Josmar Rodrigues de Lima contra Condomínio Alto da Boa Vista (Associação do Condomínio Alto da Boa Vista), pleiteando a suspensão do pagamento de taxas condominiais, a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes e a devolução dos valores pagos a título de taxas extraordinárias. Infere-se das alegações do apelante que os lotes 01 e 03 da Quadra 107, do Condomínio Alto da Boa Vista, que adquiriu, estariam incluídos entre aqueles em área de proteção ambiental e não serão objeto de regularização. A sentença do Juízo singular julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor a pagar honorários advocatícios de R$ 800,00, ao argumento de que a obrigação de pagar as taxas está prevista em lei, a par de não ter o autor comprovado que não mais é titular de direitos sobre esses imóveis.

No recurso de apelo o autor pede a reforma da sentença, reiterando, em síntese, que somente a parcela do condomínio fora da área de proteção de mananciais Mestre D'Armas poderá ser regularizada, o que não é o caso dos dois lotes que adquiriu. Alega que há ação em curso em Juízo Fazendário buscando a preservação dessa área de proteção. Pede o provimento do recurso e a reforma da sentença.

Assiste inteira razão ao apelante.

O autor traz à colação julgado da 6ª Turma Cível que bem resume a solução que, no entender desta Revisoria, deve ser dada à controvérsia. Confira-se:

> CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. TERMO DE ADESÃO CONDOMINIAL. CONDOMÍNIO IRREGULAR. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE. NEGÓCIO JURÍDICO (COMPRA E VENDA DE TERRENO). ILICITUDE DO OBJETO. RECONHECIMENTO INCIDENTAL DESSA NULIDADE E DE SEUS EFEITOS. COTAS CONDOMINIAIS PAGAS. RESSARCIMENTO.
> - É absolutamente ilícito o objeto do negócio jurídico celebrado entre o autor e a empresa que vendeu o lote situado em condomínio irregular para fins residenciais, uma vez localizado inteiramente em área de preservação ambiental permanente. Em consequência, constatada a ilicitude do objeto, nulo se mostra o negócio jurídico pactuado entre as partes, a teor do disposto no art. 166, II, do CC.
> - Tendo o magistrado conhecimento de negócio jurídico nulo (compra e venda de terreno em área de proteção ambiental), deve pronunciar de ofício a nulidade dos seus efeitos, à luz do que dispõe a primeira parte do parágrafo único do art. 168 do Código Civil.
> - Reconhecida a nulidade do termo de adesão condominial, mister a revogação dos efeitos dele decorrentes e o retorno das partes ao *status quo ante*. Assim, verificado que, diante da localização do imóvel, o autor não pôde usufruir da área adquirida ou sequer dos serviços prestados pelo condomínio, não responde pelo pagamento das cotas condominiais.
> - Recurso improvido. Unânime.
> (20030110696279APC, Relator OTÁVIO AUGUSTO, 6ª Turma Cível, julgado em 25/06/2008, DJ 09/07/2008 p. 65)

Mostra-se, diante de julgados que tais, em hipóteses inteiramente assemelhadas àquela dos presentes autos, *data venia*, inconsentânea com o direito a intenção que demonstra o condomínio/apelado de manter a cobrança de taxas para um empreendimento do qual não pode se beneficiar o autor/apelante. De fato, é certo, em primeiro lugar, que o próprio condomínio/autor deveria ter contribuído para a não ocupação, por qualquer pessoa, de áreas que, segundo sabem todos neste país, jamais poderão ser objeto de regularização fundiária, tal como ocorre com as áreas de preservação de mananciais. Todavia, e em segundo lugar, causa espécie que o condomínio/apelado, sabedor que a área em que se situam os lotes

do apelante jamais será regularizada, insiste em manter a cobrança de taxas sobre a ocupação dessas áreas, como se regulares ou regularizáveis fossem. Assim agindo, demonstra a intenção de perpetuar o ilícito, incentivando, em lugar de coibir, a ocupação irregular e danosa ao meio ambiente.

O autor/apelante, segundo se pode inferir dos autos, jamais poderá utilizar, edificar ou dispor das áreas em que se situam os terrenos que menciona na inicial, que foram ocupados em agressão frontal às normas ambientais e, por isso, ao futuro da ocupação desta área do Planeta. Portanto, descabe, sob qualquer vértice, a tentativa do autor de manter incólume situação que há muito já deveria ter sido desfeita.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelo para reformar inteiramente a sentença recorrida, declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes, deixando o autor de integrar o réu e condenando o réu a restituir ao autor os valores pagos, a título de taxas condominiais, com juros legais e correção monetária, conforme se apurar em liquidação de sentença. Inverto os ônus da sucumbência e condeno o condomínio/apelado a pagar ao autor/apelante as custas que este adiantou e honorários advocatícios, que arbitro em 15% (quinze por cento) do valor atualizado que for apurado para a condenação.

É como voto.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Vogal) - Trata-se de ação com pedido de declaração de inexistência de relação jurídica, tendo em vista que as unidades de propriedade do Apelante estão inseridas em Área de Proteção de Mananciais do Condomínio Alto da Boa Vista, portanto, não passíveis de regularização, daí que requer a sua exclusão da entidade condominial e a restituição dos valores pagos a título de taxas ordinárias e extraordinárias.

Da análise dos autos, tem-se que as frações ideais alienadas ao Apelante pela empresa Martinez Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 10/23), se encontram localizados na Quadra 107 do referido condomínio, não sendo passíveis de regularização e edificação, tendo em vista estarem situados na Área de Proteção de Mananciais Mestre D'Armas.

Desta forma, tenho como justificável o pedido do Apelante para que seja excluído do referido condomínio, cessando, via de consequência, o pagamento das taxas ordinárias e extraordinárias, tendo em vista que a sua vinculação não lhe trará nenhum benefício, porquanto não poderá edificar nas frações adquiridas.

No tocante à restituição dos valores pagos a título de taxas condominiais, sem razão o Apelante, à vista de qualquer comprovação dos pagamentos anexados ao processo.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, acompanhando a e. Relatora.

É como voto.

DECISÃO

Conhecer. Dar parcial provimento por maioria, vencido o Revisor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011114151-8

Apelante - Banco do Nordeste do Brasil S/A
Apelada - Brasil Telecom S/A
Relator - Des. Otávio Augusto
Sexta Turma Cível

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. VIOLAÇÃO DE SISTEMA BANCÁRIO. CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DADOS CADASTRAIS. LEGITIMIDADE ATIVA. IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIO DE EMPRESA PROVEDORA DE INTERNET.

- Em face da tentativa de violação no sistema bancário, assiste direito à parte lesada de pleitear autorização judicial para a quebra de sigilo relativo a serviços de telecomunicações a fim de identificar prováveis infratores.
- A apresentação de documentos cadastrais pelas empresas provedoras de Internet é o único meio de se identificar terceiros que, se utilizando desses serviços, tentam de forma indevida invadir sistemas internos e sigilosos de instituições financeiras.
- É parte legítima para solicitar a intervenção judicial, mediante ação cautelar de exibição de dados, a instituição bancária que é vítima de acesso indevido em seus sistemas.
- Recurso provido. 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, Ana Maria Duarte Amarante Brito - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Deu-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 1º de julho de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Décima Nona Vara Cível da Circunscrição Especial de Brasília que, nos autos da Ação Ordinária proposta em desfavor de BRASIL TELECOM S/A, indeferiu a petição inicial, em face da ilegitimidade ativa, e julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, com fulcro no artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

O apelante requer a cassação da r. sentença para que seja reconhecida sua legitimidade para atuar no polo ativo da demanda, determinando-se, assim, o prosseguimento regular do feito. Em síntese, alega que possui interesse jurídico legítimo na medida em que a apresentação de documentos cadastrais de clientes pertencentes à Brasil Telecom é o único meio de se identificar terceiros que, utilizando-se de serviços da Internet, tentaram, de forma indevida, invadir os seus sistemas internos e sigilosos. Assevera que essa espécie de ações devem ser repelidas, sob pena de se colocar em risco as transações financeiras e operacionais da instituição bancária. Finalmente, argumenta que a indigitada ação cautelar de exibição, com lastro no artigo 844, II, do CPC, é pertinente à espécie, uma vez que a identificação dos usuários do provedor da Brasil Telecom é medida necessária e prévia para que posteriormente, em ação própria, sejam adotadas medidas administrativas e judiciais pertinentes.

Ausente as contrarrazões, uma vez que a relação processual não chegou a se formar.

Devidamente preparado o recurso à fl. 37, subiram os autos.

É o relatório.

VOTOS

Des. Otávio Augusto (Relator) - Presentes os pressupostos processuais, conhece-se do recurso.

Requer o apelante a cassação da r. sentença para que seja reconhecida sua legitimidade para atuar no polo ativo da demanda, determinando-se, pois, o prosseguimento regular do feito.

Em síntese, alega que possui interesse jurídico legítimo na medida em que a apresentação de documentos cadastrais de clientes pertencentes à Brasil Telecom é o único meio de se identificar terceiros que, utilizando-se de serviços da Internet, tentaram, de forma indevida, invadir os seus sistemas internos e sigilosos. Assevera que essas espécies de ações devem ser repelidas, sob pena de se colocar em risco as transações financeiras e operacionais da instituição bancária. Finalmente, argumenta

que a indigitada ação cautelar de exibição, com lastro no artigo 844, II, do CPC, é pertinente à espécie, uma vez que a identificação dos usuários do provedor da Brasil Telecom é medida necessária e prévia para que posteriormente, em ação própria, sejam adotadas medidas administrativas e judiciais pertinentes.

Razão assiste ao recorrente. Vejamos.

Ao examinar o pleito exordial, verifica-se que as razões de pedir se assentam na conjugação de elementos fáticos fundamentais que demonstram a legitimidade da parte autora em propor a presente demanda, na medida em que a então apelante afirmou que a Segurança Corporativa Interna do Banco Nordeste registrou, mediante programas especiais de segurança, a invasão aos sistemas eletrônicos da Agência Bancária de Mossoró (RN), cuja monitoração identificou que os pontos de acesso remoto advinham da rede provedora da Empresa Brasil Telecom (indicadores IP 2001.88.81.234 e IP 201.88.81.234).

Ora, tendo em vista que os dados cadastrais são de acesso restrito e sigiloso, é manifesto que a intervenção judicial é o meio adequado para que o apelante defenda seu direito possivelmente violado que, no caso, é perseguido por meio de uma ação cautelar de exibição de dados, objetivando a obtenção de informações capazes de identificar eventuais usuários que fizeram a conexão de acesso indevida.

Assim, constatado que houve uma tentativa de ingresso indevido no sistema do banco apelante, a única forma de se localizar o usuário invasor é mediante o fornecimento das informações pela provedora de acesso, Empresa Brasil Telecom, então demandada nos presentes autos, por meio do número correspondente de endereço de IP (Internet Protocol), que possui cada computador conectado à Internet.

Em verdade, o direito em risco suscitado pela instituição bancária revela-se, por si só, o próprio interesse que confere legitimidade e plausibilidade ao direito de ação do então apelante, na medida em que as circunstâncias de fato se mostram condignas da tutela cautelar invocada - circunstâncias estas que indicam e justificam um provimento jurisdicional adequado.

No aspecto, em particular, conquanto o apelante possua interesse ativo na demanda, pertinente acrescer que se demonstra plausível o pedido cautelar de exibição dos dados cadastrais do provedor que acessou as contas do banco autor, ora apelante, uma vez que, conforme assinalado alhures, a pretensão invocada tem por escopo o conhecimento, por parte do apelante, de informações pessoais guardadas em sigilo pela Brasil Telecom a fim de examiná-las, para então atestar um eventual interesse ou direito futuro (inteligência do art. 844, II, do CPC).

Nesse passo, demonstrado que houve uma tentativa de violação no sistema bancário do autor, compreendido que a identificação dos prováveis infratores é

um direito que assiste ao apelante e, por fim, considerando que somente mediante autorização judicial os sigilos relativos aos serviços de telecomunicações poderão ser quebrados, presentes estão as condições da ação, mormente aquelas atinentes à legitimidade ativa da parte.

À guisa do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso do autor para, cassando a r. sentença vergastada, determinar o retorno dos autos à Vara de origem a fim de que se dê normal prosseguimento ao feito.

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

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

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011135007-3

Apelante - Nerinaldo Lopes de Avelar
Apelado - Não consta
Relator - Des. Jair Soares
Sexta Turma Cível

EMENTA

PROCEDIMENTO DE DÚVIDA REGISTRÁRIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE E UNITARIEDADE. CONDOMÍNIO. CARACTERIZAÇÃO DO IMÓVEL. SEGURANÇA JURÍDICA. EMOLUMENTOS.

1 - O procedimento de dúvida registrária, de jurisdição administrativa, destina-se a sanar dúvidas do oficial do cartório quanto ao documento apresentado a registro.

2 - Segundo os princípios da unitariedade e da especialidade, cada propriedade só pode ter uma única matrícula e toda inscrição deve recair sobre um bem individualizado (Lei 6.015/73, art. 176, § 1º, I).

3 - Se o imóvel está inscrito no registro sob a forma de condomínio, legítima a exigência de documentos relativos à totalidade do imóvel para se averbar reserva legal.

4 - Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior (art. 225, § 2º, da Lei nº 6.015/73).

5 - Pelos atos que praticarem, em decorrência da lei de Registros Públicos, os oficiais do Registro terão direito, a título de remuneração, aos emolumentos fixados nos regimentos de custas da Justiça do Distrito Federal e dos Estados, os quais serão pagos, pelo interessado que os requerer, no ato de requerimento ou no da apresentação do título (art. 14, da Lei 6.015/73).

6 - Apelação não 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 da Senhora

Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Negou-se provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 3 de junho de 2009.

RELATÓRIO

PAULO LUÍS QUINTELA DE ALMEIDA, titular do 8º ofício de Registros de Imóveis do Distrito Federal, suscitou dúvida diante de requerimento feito por NERINALDO LOPES DE AVELAR que discordou de exigências quanto a averbação de reserva legal, referente ao imóvel "Quatro Glebas de Terras", inserido nas Fazendas "Sálvia", "Mestre D'Armas" e "Várzeas".

Segundo o oficial do cartório, os óbices à averbação e as correspondentes exigências eram as seguintes:

> "1) Foi aprovada reserva legal sobre uma área de 2.89,18ha, mas o imóvel objeto da matrícula 248 desta Serventia corresponde a 201,57,70 HECTARES DE TERRAS NAS FAZENDAS "SALVIA", "MESTRE D'ARMAS" E "VARZEAS", PLANALTINA-DF, do qual o requerente é CONDÔMINO (ART. 1.314 e seguintes do CC) na proporção de 2,9029% conforme Av.6. O condômino não pode, unilateralmente, definir a localização de seu quinhão para, dentro dele, localizar a reserva legal, sem prévio procedimento de divisão amigável ou judicial (art. 1.320 do CC). Caso se exerça de fato uma posse localizada, a reserva legal deve ser assegurada por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, nos termos do art. 16, § 9º, da Lei nº 4,771/65 com redação da MP 2.166-67/2001, que não é averbada no registro de PROPRIEDADE (situação jurídica de condomínio) do imóvel. Apresentar Certidão de Aprovação da localização da reserva legal para a TOTALIDADE do imóvel, calculando-se o percentual de 20% sobre a área total do imóvel, excetuada a APP, ou providenciar prévia divisão amigável ou judicial do imóvel;
> 2) No requerimento, retirar menção à "Chácara no núcleo rural sítios agrovalle", tendo em vista que tal denominação não consta na matrícula (art. 225, §2º, da Lei nº 6.015/73), mencionando-se a área total do imóvel matriculado e as fazendas nas quais está localizado;

3) A Certidão da SEMARH deverá trazer a firma do Secretário reconhecida em cartório de notas do DF, e deverá ser acompanhada de cópias autenticadas pro servidor do IBRAM das folhas do processo administrativo que contenham o memorial descritivo da área de reserva legal, tão somente, observando-se a exigência anterior;
4) Apresentar CCIR do INCRA com dados corretos, atentando-se para o fato de que o imóvel é único, e, embora naturalmente divisível, está indiviso por vontade das partes, em condomínio voluntário, contando-se atualmente com 10 condôminos, conforme Av.6 devendo o cadastro refletir tal realidade jurídica;
5) Apresentar CND da RFB referente ao ITR, atentando-se para o fato de que o imóvel é único em condomínio voluntário, com área total de 201,57,70 hectares (art. 39 do Decreto n 4.383/2002);
6) Apresentar CCN da RFB/PGFN em nome de TODOS os condôminos contribuintes do ITR e respectivos cônjuges se for o caso, a fim de certificar a inexistência de inscrições em dívida ativa de débito referentes ao ITR (se qualquer certidão sair positiva, juntar outra da PGFN certificando que a inscrição não se refere a débito de ITR);
7) Pagar diferença de custas".

A r. sentença julgou procedente a dúvida (fls. 52/5).

Apelou NERINALDO LOPES DE AVELAR, sustentando que os princípios da unitariedade e da especialidade, em que se fundamentou a sentença, não se aplicam ao caso. O da unitariedade é estranho ao feito porque não se requereu a abertura de nova matrícula para o imóvel, mas a averbação da reserva legal à margem da inscrição da matrícula (fls. 205/10). O da especialidade não foi violado porque o imóvel é perfeitamente identificado pela escritura, mapa e memorial descritivo.

Aduz que pretende a averbação em atenção a determinação constitucional de proteção ao meio ambiente (CF, art. 225), e que consta da certidão de ônus reais a averbação da reserva legal referente a área anterior de 201,57,70 ha, que não retrata a área atual do imóvel.

Diz que é proprietário, em razão de cessão de direitos, de 2,95,98 ha da área acima referida, antes de propriedade de Uassy Gomes, que a desmembrou em 81 chácaras. Não há sentido, pois, na exigência de que o apelante apresente documentação relativa à área total anterior do imóvel, vez que cabe a cada proprietário fazer o cadastramento rural referente ao seu próprio imóvel.

Assevera que não é proprietário de fração ideal, mas de área delimitada, de 2,95,98 ha e que o termo de ajustamento de conduta só se aplica nos casos de posse e não de domínio.

Impugna a exigência n. 2 ao argumento de que é irrelevante o nome a ser colocado no requerimento, e que despropositada e ilegal a exigência n. 3.

Quanto às demais exigências, afirma que o CCIR e o ITR só são apresentados no momento da lavratura da escritura, não havendo sentido exigi-los para averbar reserva legal. Ademais, não há como cumprir a exigência de apresentação desses documentos quanto à área total porque o cedente da área não tem mais propriedade no local. Os documentos exigidos deveriam ser restritos ao seu próprio imóvel.

Preparo regular (f. 71).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 79/91).

VOTOS

Des. Jair Soares (Relator) - A dúvida registrária, procedimento de jurisdição administrativa, destina-se a sanar dúvidas do oficial do registro quanto ao documento apresentado a registro. Suscitada a pedido de quem apresenta o título, possibilita ao juízo de registros públicos decidir sobre a legitimidade das exigências feitas.

Dispõe a Lei de Registros Públicos que havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la (Lei 6.015/73, art. 198).

E caberá ao juiz examinar a correção das exigências do tabelião que impediram o registro do título.

A propósito, decisão desta Corte:

> "PROCEDIMENTO DA DÚVIDA. NÍTIDO CARÁTER ADMINISTRATIVO. REQUISITOS. LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. I - A dúvida deverá ser do oficial do cartório motivada por quaisquer das hipóteses elencadas no art. 115 e parágrafo único, da lei de registros públicos (Lei 6.015/73). II - Ao poder judiciário cabe pronunciar-se nos estreitos limites da apreciação das exigências formuladas pelos oficiais dos registros públicos aos

> títulos que lhes são apresentados para inscrição em seus livros.
> III - Apelo desprovido.
> (APC3191594, Relator Nancy Andrighi, 3ª Turma Cível, julgado em 06/02/1995, DJ 15/03/1995 p. 2.855)

O apelante solicitou, em 15.9.08, averbação de reserva legal em área que possui, em razão de cessão de direitos, inserida no imóvel matriculado sob o n. 170240.

Em resposta ao pedido, o oficial de registro formulou sete exigências, necessárias a tornar viável a averbação.

As exigências, em suma, decorreram do fato de o apelante pretender averbação de reserva legal de área que ainda está matriculada como condomínio.

Segundo os princípios da unitariedade e da especialidade, cada propriedade só pode ter uma única matrícula e toda inscrição deve recair sobre um bem individualizado (Lei 6.015/73, art. 176, § 1º, I).

A área, Fazendas "Sálvia", "Mestre D'Armas" e "Várzeas", é objeto da matrícula 248 do 8º Ofício de Registro de Imóveis do Distrito Federal, matrícula anterior 170240, do 3º Ofício de Registro de Imóveis do DF. Foi transcrita como imóvel único, com 201,57,70 ha, e dividido em frações ideais, sendo averbadas, à margem da matrícula, a venda dessas frações (fls. 8/11).

Ao que consta, o parcelamento da área deu-se sob a forma de condomínio.

Na própria matrícula, há previsão de que 20% do imóvel será destinado à reserva legal. Se a área do imóvel está matriculada na forma de condomínio, não pode o apelante, na condição de condômino, determinar, unilateralmente, a área onde será situada a reserva legal.

Correta, pois, a exigência do oficial de que a averbação da reserva legal seja sobre todo o imóvel ou que, previamente, se proceda à divisão da área.

O apelante juntou documentos que comprovam ter adquirido a área de 2,89,18 e 2,95,98 ha, por meio de cessão de direitos e escritura de compra e venda do imóvel, bem como mapa e memorial descritivo do local. Tais documentos, contudo, não afastam a característica de condomínio do imóvel, vez que a área, Fazendas "Sálvia", "Mestre D'Armas" e "Várzeas" foi matriculada como imóvel único, com 201,57,70 ha, e dividido em frações ideais.

Sendo área comum, são legítimas as exigências quanto à apresentação de documentos da área total do imóvel, como a de apresentar CCIR do INCRA, CND da RFB, referente ao ITR e CCN da RFB (exigências 4, 5 e 6).

A exigência n. 2, para que o apelante retire do requerimento a menção à "Chácara no núcleo rural Sítios Agrovalle", decorre do fato de a denominação

não constar na matrícula. E, a teor do art. 225, §2º, da L. 6.015/73, consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior. A designação do imóvel feita pelo apelante não corresponde a do registro.

A exigência n. 3 - de que a certidão da SEMARH deverá trazer a firma do Secretário reconhecida em cartório de notas do DF, e deverá ser acompanhada de cópias autenticadas pro servidor do IBRAM das folhas do processo administrativo que contenham o memorial descritivo da área de reserva legal, tão somente, observando-se a exigência anterior - foi justificada pelo oficial nos seguintes termos:

> "A 3ª exigência é derivada da segurança jurídica que os serviços notariais e de registro devem proporcionar nos termos do art. 1 ° da Lei n 8.935/94. *Quando* for possível a averbação da reserva legal, sobre a totalidade do imóvel ou após divisão que se verifique adequada à localização aprovada, deverá a Certidão vir com firma reconhecida do Secretário, para evitar falsificações, e devem ser apresentadas cópias autenticadas por servidor do IBRAM *das folhas do processo administrativo* de aprovação da reserva legal. Na certidão somente se vincula o n. da ART (vide último parágrafo), e já houve caso na serventia em que o profissional *alterou* o teor dos trabalhos aprovados, apondo carimbo do mesmo número de ART. O ideal seria que *da própria certidão* já se constasse o teor do Memorial Descritivo de reserva legal aprovado, sem necessidade de nenhum outro documento. Apesar de já ter havido advertência desta Serventia com relação ao fato, a mudança na Certidão esbarra na complicada estrutura do órgão. Isso, porém, somente deverá ser providenciado, repita-se, com relação à reserva legal da totalidade ou após a divisão amigável ou judicial do imóvel".

Ou seja, o reconhecimento da firma do Secretário da SEMARH se coaduna com a segurança jurídica que os serviços cartorários devem assegurar à sociedade, e encontra amparo no art. 1º, da Lei de Registros Públicos, segundo o qual os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei. A exigência se faz para evitar falsificações.

Por fim, é pertinente a exigência n. 7, que atende ao art. 14 da Lei 6.015/73, que prevê, como direito dos oficiais do Registro, pelos atos que praticarem, em decorrência da lei, a título de remuneração, os emolumentos fixados nos regimentos de custas da Justiça do Distrito Federal e dos Estados, os quais

serão pagos, pelo interessado que os requerer, no ato de requerimento ou no da apresentação do título.

Legítimas, portanto, as exigências feitas pelo oficial do cartório de registro de imóveis.

Nego provimento.

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

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

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008015008574-8

Apelante - Distrito Federal
Apelado - Márcio da Mata Souza
Relatora - Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito
Sexta Turma Cível

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POSSE EM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA DE CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR EM RAZÃO DE GREVE DA UNIVERSIDADE. FATO ALHEIO A SUA VONTADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Exigência de apresentação de diploma de conclusão de curso superior para a posse no cargo de assistente superior de saúde, especialidade enfermeiro da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. No entanto, o impetrante ficou impedido de concluir o curso superior e consequentemente apresentar o diploma até a data limite para a posse em razão da greve do corpo docente na Universidade de Brasília - UnB.

A não apresentação do documento de conclusão do curso de graduação na data prevista decorreu de motivo de força maior.

É sabido que a greve das universidades federais prejudica todo o corpo discente daquelas, principalmente os prováveis formandos que dependem dos respectivos diplomas para desenvolver atividades profissionais.

Como o fato mostra-se imprevisível e inevitável pelo impetrante, que teria provavelmente concluído o curso de Enfermagem a tempo da posse, passando a concluí-lo pouco tempo após em decorrência da paralisação, não é razoável que aquele seja privado de exercer um cargo público, caso venha a concluir o referido curso, por não ter apresentado o Diploma exigido no dia limite.

Inexistência de qualquer óbice em reservar a vaga a um candidato que deixou de apresentar a citada documentação por motivos de força maior, mormente quando demonstrado que de fato concluiria o curso na data inicial, caso não tivesse havido a paralisação e, além de ter colado grau normalmente, fez a devida inscrição

no Conselho Regional de Enfermagem, tomando posse e entrado em exercício ante a concessão da liminar pleiteada.
Apelação e remessa de ofício conhecidas e não providas.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de junho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por Márcio da Mata Souza contra ato do Diretor de Recursos Humanos da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Permito-me transcrever o relatório da r. sentença (fls. 121/125):

> "MÁRCIO DA MATA SOUZA, devidamente qualificado à fl. 02, impetrou o presente MANDADO DE SEGURANÇA em desfavor de ato inquinado de ilegal praticado pelo DIRETOR DE RECURSOS HUMANOS DA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL.
> Alegou o Impetrante, na inicial, que era regularmente inscrito no curso de enfermagem e obstetrícia da Universidade de Brasília, com ingresso no segundo semestre de 1998 e previsão para conclusão do curso em 12 de dezembro de 2001.
> Ainda, em causa de pedir, informou que foi aprovado em concurso público para preenchimento de vagas no cargo de assistente superior de saúde, especialidade enfermeiro, salientando que, ao término de todas as etapas do certame, já teria concluído o ensino superior.
> Entretanto, disse que, em razão de greve na Universidade de Brasília, a conclusão de seu curso foi postergada para o dia 24 de abril de 2002, distante da data máxima para apresentação do diploma de conclusão, qual seja, 22 de março de 2002, argumentando se tratar de fato alheio à sua vontade, motivo pelo qual não pode ser prejudicado.

Vindicou, desta feita, a concessão da ordem de segurança, inclusive em sede de providência liminar, para prosseguir nas demais etapas do certame - curso de formação - e tomar posse no cargo em que foi aprovado.

A liminar foi deferida, segundo decisão de fl. 29, para assegurar a vaga do Impetrante e, ainda, após a conclusão do ensino superior, ser-lhe garantida a posse.

Notificada (fl. 33), a Autoridade Coatora apresentou suas informações, afirmando que haveria ferimento ao princípio da igualdade em assegurar ao Impetrante a posse em determinado cargo público, sem a conclusão do curso superior. Assevera que a Constituição Federal impõe como requisito à investidura em cargo ou emprego público a prévia aprovação em concurso público, o que não aconteceu no presente caso.

Pede, portanto, a denegação da ordem de segurança.

O Ministério Público, por meio do parecer de fls. 41/46, oficiou pela improcedência do pedido formulado no Mandado de Segurança.

Às fls. 50/53 o Impetrante juntou aos autos declaração de conclusão de ensino superior, que lhe garantiu o título de enfermeiro, bem como termo de posse e compromisso.

Sobreveio sentença (fls. 55/60) que, concluindo pela presença de direito líquido e certo do Impetrante, DENEGOU a segurança pretendida, mantida mesmo pela interposição tempestiva de Embargos de Declaração.

O Impetrante apelou (fls. 67/70), pleiteando a nulidade da decisão, em razão da verdadeira incoerência mantida entre a fundamentação esposada no corpo da sentença, com a conclusão proclamada em seu dispositivo.

A apelação foi provida, por meio do acórdão de fls. 97/102, cassando-se a sentença proferida, com a determinação da prolação de nova decisão.

Desatentamente, a Serventia, da época, arquivou os autos, sem observar a determinação do Tribunal, pleiteando as partes, dois anos após a cassação da decisão, o prosseguimento do feito."

Na oportunidade, o douto magistrado *a quo* concedeu a segurança.

Irresignado, o Distrito Federal apela, oportunidade em que sustenta que as regras contidas no Edital devem ser observadas (fls. 128/136).

Preparo dispensado.

Em contrarrazões, o autor pugna pelo não provimento do apelo interposto (fls. 139/143).

É o relatório.

VOTOS

Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito (Relatora) - Conheço do recurso, bem como da remessa de ofício, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

A questão gira em torno da exigência de apresentação de diploma de conclusão de curso superior para a posse no cargo de assistente superior de saúde, especialidade enfermeiro da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. No entanto, o apelado ficou impedido de concluir o curso superior e consequentemente apresentar o diploma até a data limite para a posse, em 22/03/2002, em razão da greve do corpo docente na Universidade de Brasília - UnB.

In casu, tenho que o recorrido não pôde apresentar o documento de conclusão do curso de graduação na data prevista por motivo de força maior.

É sabido que a greve das universidades federais prejudica todo o corpo discente daquelas, principalmente os prováveis formandos que dependem dos respectivos diplomas para desenvolver atividades profissionais.

Como esse fato foi imprevisível e inevitável pelo apelado, que teria provavelmente concluído o curso de Enfermagem no segundo período letivo de 2001, em 12/12/2001, passando a concluí-lo em 27/04/2004 em razão da paralisação (fls. 10/17), não é razoável que aquele seja privado de exercer um cargo público, caso venha a concluir o referido curso, por não ter apresentado o Diploma exigido no dia limite.

Tenho não haver qualquer óbice em reservar a vaga a um candidato que deixou de apresentar a citada documentação por motivos de força maior, como é o caso do recorrido.

Ressalto que o apelado demonstrou que de fato concluiria o curso na data inicial, caso não tivesse havido a paralisação (fls. 18/23).

Por derradeiro, vale registrar que o apelado, além de ter colado grau normalmente nos termos da petição inicial, fez a devida inscrição no Conselho Regional de Enfermagem (COREN nº 637), tomou posse e entrou em exercício no cargo em 29/04/2002, fatos esses confirmados pelos documentos de fls. 50/53.

Nesse sentido, é o entendimento desta E. Corte:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. NÃO APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR À DATA DA POSSE. PREJUÍZO PROVOCADO PELA GREVE DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. ATRASO NA CONCLUSÃO DO CURSO. RESERVA DA VAGA ATÉ A EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. POSSE EFETIVADA. IMPROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

Mesmo não tendo como se reputar de ilegal a exigência de apresentação de prova de conclusão de curso superior para a posse no cargo de Agente Penitenciário da Carreira da Polícia Civil do Distrito Federal, é necessário ponderar que o impetrante ficou impedido de cumprir tal requisito editalício até a data limite para a posse em virtude da greve do corpo docente na UnB, isto é, por motivo de força maior, por fato imprevisível e inevitável. Relembre-se que a própria administração reserva vagas para os candidatos sub judice *aprovados dentro do número de vagas com o escopo de não prejudicá-los. Assim, é incensurável o julgado singular que, diante de tais circunstâncias, concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida, para assegurar ao impetrante a reserva da sua vaga para o cargo epigrafado até a expedição do diploma do curso de Engenharia Civil da UnB, no prazo máximo de quatro meses, bem como para garantir sua participação no curso de treinamento juntamente com os demais candidatos nomeados. Além disso, o impetrante, no prazo concedido pelo julgador singular, apresentou o diploma do Curso de Engenharia, tendo tomado posse e entrado em exercício no aludido cargo, consoante comprovam os documentos anexados. Remessa de Ofício improvida."* (20020110115589RMO, Relator JERONYMO DE SOUZA, 3ª Turma Cível, julgado em 16/12/2002, DJ 26/02/2003 p. 46)

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

Apresentando a qualificação exigida para posse em cargo público efetivo, mesmo que tardia em virtude de greve do corpo docente, escorreita se mostra a r. sentença a quo *que concedeu a Segurança. Aplicabilidade do artigo 462 do Código de Processo Civil."* (19990110094113APC,

Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 2ª Turma Cível, julgado em 08/10/2001, DJ 06/02/2002 p. 18)

"Administrativo. Mandado de Segurança. Concurso Público. Servidor nomeado por ato desobediente à ordem de classificação. Correção. Candidato aprovado em todas as etapas do certame. Inscrição no curso de formação através de ação de segurança, à falta de apresentação do diploma de bacharel em Direito devido à greve na Universidade de Brasília. Exigência satisfeita ainda durante o curso de formação. Direito à retificação do ato de nomeação para que o impetrante figure na ordem de antiguidade, na posição imediatamente superior ao candidato classificado em 112 lugar, com os efeitos retroativos devidos, inclusive para promoção e aposentadoria. Excluem-se efeitos financeirs retroativos. Somente após a posse e o exercício o funcionário faz juz à remuneração. Doutrina. Jurisprudência. Segurança concedida em parte." (MSG710696, Relator CAMPOS AMARAL, Conselho Especial, julgado em 16/09/1997, DJ 26/11/1997 p. 29.163).

Ante o exposto, nego provimento à apelação interposta, bem como à remessa de ofício, mantendo indenes os termos da r. sentença.

É o meu voto.

Des. Luís Gustavo (Revisor) - Adoto o relatório da ilustre relatora.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos, conheço o recurso voluntário e a remessa de ofício.

Cuida-se de mandado de segurança, onde o impetrante pretendia a reserva do cargo de enfermeiro da Secretaria de Saúde, concurso o qual fora devidamente aprovado, mas não foi possível a apresentação do diploma de conclusão do curso de enfermagem e obstetrícia em tempo hábil, diante da greve dos funcionários e professores da Universidade de Brasília.

A liminar foi concedida, para que fosse assegurada a vaga ao impetrante e tomasse posse assim que terminasse o curso.

No decorrer do processo, o impetrante graduou-se, tomou posse e entrou em exercício no cargo.

Por sentença, foi confirmada a liminar.

Inconformado, o Distrito Federal interpôs o presente recurso, sustentando, em síntese, que o edital deve ser rigorosamente cumprido.

A sentença vergastada não merece reparos.

Aplica-se ao caso a teoria do fato consumado, pois em razão do decurso do tempo. O contexto fático se consolidou e a mudança da situação, após decorridos sete anos, causaria à parte e até mesmo ao serviço público, desnecessário prejuízo, assim como violaria o artigo 462 do Código de Processo Civil.

Cabe ressaltar que o impetrante não apresentou seu diploma no prazo estipulado, única e exclusivamente em razão da greve dos funcionários e professores da Universidade de Brasília. Assim, seria por demais injusto e um desrespeito ao impetrante, não confirmar a sua posse no cargo de enfermeiro na Secretaria de Estado de Saúde, pois não provocou o atraso na apresentação do documento.

Verifica-se que o impetrante, quando tomou posse, possuía todos os requisitos exigidos no edital do concurso e, deste modo, não vislumbro qualquer prejuízo em manter o apelado em seu cargo.

Interessante colacionar o entendimento deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM.*
> *Apresentando a qualificação exigida para posse em cargo público efetivo, mesmo que tardia em virtude de greve do corpo docente, escorreita se mostra a r. sentença* a quo *que concedeu a Segurança. Aplicabilidade do artigo 462 do Código de Processo Civil."* (19990110094113APC, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 2ª Turma Cível, julgado em 08/10/2001, DJ 06/02/2002 p. 18)

> *"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR NOMEADO POR ATO DESOBEDIENTE À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. CORREÇÃO.*
> *Candidato aprovado em todas as etapas do certame. Inscrição no curso de formação através de ação de segurança, à falta de apresentação do diploma de bacharel em Direito devido a greve na Universidade de Brasília. Exigência satisfeita ainda durante o curso de formação. Direito à retificação do ato de nomeação para que o impetrante figure na ordem de antiguidade, na posição imediatamente superior ao candidato classificado em 112 lugar, com os efeitos retroativos devidos, inclusive para promoção e aposentadoria. Excluem-se*

efeitos financeiros retroativos. Somente após a posse e o exercício o funcionário faz juz à remuneração. Doutrina. Jurisprudência. Segurança concedida em parte." (MSG710696, Relator CAMPOS AMARAL, Conselho Especial, julgado em 16/09/1997, DJ 26/11/1997 p. 29.163)

"DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. NÃO APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR À DATA DA POSSE. PREJUÍZO PROVOCADO PELA GREVE DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. ATRASO NA CONCLUSÃO DO CURSO. RESERVA DA VAGA ATÉ A EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. POSSE EFETIVADA. IMPROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

Mesmo não tendo como se reputar de ilegal a exigência de apresentação de prova de conclusão de curso superior para a posse no cargo de Agente Penitenciário da Carreira da Polícia Civil do Distrito Federal, é necessário ponderar que o impetrante ficou impedido de cumprir tal requisito editalício até a data limite para a posse em virtude da greve do corpo docente na UnB, isto é, por motivo de força maior, por fato imprevisível e inevitável. Relembre-se que a própria administração reserva vagas para os candidatos sub judice *aprovados dentro do número de vagos com o escopo de não prejudicá-los. Assim, é incensurável o julgado singular que, diante de tais circunstâncias, concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida, para assegurar ao impetrante a reserva da sua vaga para o cargo epigrafado até a expedição do diploma do curso de Engenharia Civil da UnB, no prazo máximo de quatro meses, bem como para garantir sua participação no curso de treinamento juntamente com os demais candidatos nomeados. Além disso, o impetrante, no prazo concedido pelo julgador singular, apresentou o diploma do Curso de Engenharia, tendo tomado posse e entrado em exercício no aludido cargo, consoante comprovam os documentos anexados. Remessa de Ofício improvida.*" (20020110115589RMO, Relator JERONYMO DE SOUZA, 3ª Turma Cível, julgado em 16/12/2002, DJ 26/02/2003 p. 46).

Forte nesses fundamentos, nego provimento aos recursos e a remessa de ofício.

É o meu voto.

Des. Otávio Augusto (Vogal) - Com a Relatora.

DECISÃO

Conhecido. Negou-se provimento. Julgamento unânime.

APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA *EX OFFICIO* Nº 2006011065500-9

Apelante - Distrito Federal
Apelado - Lucas André Gonçalves rep. por Antonio Wilson Gonçalves
Relator - Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior
Segunda Turma Cível

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE LEITE INFANTIL. CRIANÇA CARENTE. DEVER DO ESTADO. RESERVA DO POSSÍVEL.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 45/DF, já firmou o entendimento de que é dado ao Poder Judiciário intervir em matéria de políticas públicas com o fim de assegurar direitos fundamentais que requerem prestações positivas do Estado; logo a satisfação de direitos fundamentais não está submetida ao "*princípio da reserva do financeiramente possível*". Não se há de falar em violação da seara administrativa, ofensa ao princípio da separação dos poderes, ou intervenção do Poder Judiciário na economia interna da Administração Pública. A Carta Magna elenca uma série de direitos fundamentais, que podem ser resumidos em apenas um, erigido à condição de princípio fundamental de nosso Estado: a **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso III). A manutenção da saúde e, consequentemente da própria vida é direito líquido e certo do autor, portanto, natural, inalienável, irrenunciável e impostergável. Não decorresse diretamente da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da saúde e da vida estaria assegurada pelas cabeças dos artigos 5° e 6° da Constituição Federal.

2. Ademais, há que se observar que sequer demonstrou o Distrito Federal a inviabilidade financeira de custear o medicamento ao apelado, qual seja, leite do tipo NAN I, que só fez uso dele por apenas seis meses, como prescrevera o médico do Sistema Único de Saúde, não havendo, portanto, sequer que se cogitar de impacto às finanças públicas. O seu não fornecimento, ao revés, comprometeria a própria vida do apelado, recém-nascido prematuro e órfão de mãe, que veio a óbito poucos dias após o parto. Consoante bem elucidou o douto órgão ministerial, sobejou caracterizada a preservação do núcleo mínimo existencial necessário à dignidade

humana do apelado, sem que se alijasse, com isso, o princípio da reserva do financeiramente possível.
3. Preliminar rejeitada; recurso e remessa oficial conhecidos, negou-se-lhes provimento. Sentença mantida. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Waldir Leôncio C. Lopes Júnior - Relator, J.J. Costa Carvalho - Revisor, Silva Lemos - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador J.J. Costa Carvalho, em proferir a seguinte decisão: rejeitar preliminar; negar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 10 de junho de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa obrigatória e de recurso de apelação interposto pelo Distrito Federal contra a r. sentença que, nos autos da ação cominatória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Lucas André Gonçalves, representado por Antônio Wilson Gonçalves, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela deferida para determinar ao réu o fornecimento do leite especial NAN I, durante os seis primeiros meses de vida do autor.

O Distrito Federal alegou, preliminarmente, a carência da ação em face da ausência de interesse de agir, ao argumento de que o autor não comprovou a sua recusa ao fornecimento dos "*medicamento e materiais solicitados*", não tendo havido negativa por parte do requerido, "*que atendeu de imediato ao pleito do Autor, sem recorrer da decisão liminar (...).*" (fl. 43).

Sustentou, no mérito, que a satisfação de direitos fundamentais está submetida ao "*princípio da reserva do financeiramente possível*", importando em violação na seara administrativa, no que concerne ao princípio da separação dos poderes, não podendo o Judiciário intervir na economia interna da Administração Pública.

Pediu a reforma do *decisum a quo* para que, acolhendo a preliminar suscitada, seja extinto o feito ante a ausência de interesse de agir; ou, alternativamente, julgado improcedente o pedido inicial.

Preparo dispensado, em virtude da isenção legal.

Razões de contrariedade da parte autora às fls. 81/83.

A il. Procuradora de Justiça manifestou-se às fls. 90/98, oficiando pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior (Relator) - Conheço da remessa oficial e do apelo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Noticiam os autos que Lucas André Gonçalves, menor impúbere, representado por seu genitor, necessitava de leite especial para recém-nascido, em virtude do falecimento de sua mãe logo após o parto, não tendo seu pai condições financeiras para prover o alimento indispensável, uma vez que é carroceiro e percebe a quantia mensal aproximada de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), além de ter que sustentar outros quatro filhos.

Em sua peça de defesa, o réu alegou que o atendimento aos direitos fundamentais, materializados em prestações positivas do Estado, encontra-se submetido à cláusula da reserva do possível. Disse que, se o Estado cumpre fielmente sua lei orçamentária, elaborada pelos representantes do provo, inclusive em relação à aplicação das verbas destinadas à manutenção e ao incremento do sistema público de saúde, não há como obrigá-lo ao fornecimento de medicamentos e dieta a pessoas específicas.

Os documentos de fls. 16, 17, 18 e 20 revelam a prescrição médica acerca do leite especial ao recém-nascido, bem como a sua solicitação junto à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

A Juíza singular julgou procedente o pedido inicial. O dispositivo do *decisum* está assim redigido:

> Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial e confirmo a liminar anteriormente deferida que determinou ao réu o fornecimento do leite especial NAN I, durante os 6 (seis) primeiros meses de vida do auto. Deixo de condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista que o autor é patrocinado pela Defensoria Pública, mantida pelo réu. Sem custas, ante a isenção conferida ao réu.
> Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
> Submeta-se ao reexame necessário.
> Após o trânsito em julgado, se não houver manifestação das partes, dê-se baixa e arquivem-se com as cautelas de estilo.

Entendeu Sua Excelência que a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito universal à saúde e, pela primeira vez na história brasileira, a saúde passou a ser

explicitamente direito de todos os cidadãos e dever do Estado (CF, art. 196). Sustentou que a Justiça fixou o entendimento de que normas administrativas, políticas públicas ou questões de orçamento não podem ser óbice à realização desses direitos e que a saúde é bem absoluto, que deve ser garantido em praticamente quaisquer condições aos cidadãos que procurem o Judiciário. Asseverou que a pretensão do autor deve ser atendida, uma vez que, ao avaliar se a alimentação pretendida está inserida no direito à saúde, demonstrou-se adequação técnica do produto (registro pela ANVISA); adequação terapêutica (indicação médica para o quadro clínico); e adequação do autor às políticas públicas de saúde definidas pelos gestores e autoridades responsáveis, pois era o recém-nascido, prematuro e órfão de mãe, necessitando de alimentação especial substitutiva ao aleitamento materno.

Inconformado, o Distrito Federal apelou.

Rememorados os fatos, examino, inicialmente, a preliminar ventilada pelo réu, acerca da ausência de interesse de agir do autor.

Sustenta o apelante que o autor não comprovou a sua recusa ao fornecimento dos "*medicamento e materiais solicitados*", não tendo havido negativa por parte do Distrito Federal, "*que atendeu de imediato ao pleito do Autor, sem recorrer da decisão liminar, conforme faria no caso de opor-se ao seu pleito.*" (fl. 73), cabendo a extinção do feito, sem resolução de mérito, em face do ingresso direto no Judiciário.

Com efeito, o livre acesso ao Poder Judiciário é constitucionalmente assegurado, conforme dispõe o inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna. É desnecessário o implemento de qualquer condição, como a pretendida pelo réu, no que respeita à demonstração de que houve negativa, no âmbito administrativo, em fornecer a medicação/alimentação prescrita.

Transcrevo, com a devida vênia, os ensinamentos de Alexandre de Moraes[1] acerca da aludida regra constitucional:

> Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter o provimento judicial (RP 60/224), uma vez que excluiu a permissão que a Emenda Constitucional n.º 7 à Constituição anterior estabelecera, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

1 *In Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. ed., atualizada até a EC n.º 55/07 - São Paulo: Atlas, 2007, pág. 241.*

Sobre o tema, confira-se o voto por mim proferido no processo n. 20070310270092.

Naquela oportunidade, sustentei que o interesse de agir resulta da necessidade e adequação da pretensão exposta na inicial em relação ao provimento jurisdicional, sendo que a alegada inexistência de requerimento na órbita administrativa não retira do apelado o direito de buscar em juízo a tutela pretendida.

Cumpre destacar, ademais, que o apelante, em sede de contestação, refutou a pretensão inicial, o que ratifica o interesse processual do autor em vindicar o reconhecimento do seu direito por meio da entrega da prestação jurisdicional.

Como se não bastasse, ao contrário do alegado pelo réu, verifica-se dos documentos acostados às fls. 18 e 20 que houve o requerimento, junto à Secretaria de Saúde do DF, para fornecimento do medicamento (alimentação especial), conforme prescrição médica constante de fls. 16/17.

Assim, rejeito a preliminar ventilada.

No mérito, sustentou o réu que a r. sentença monocrática violou os princípios da separação dos poderes e da reserva do financeiramente possível.

Quanto ao primeiro capítulo da insurgência do apelante, não merece prosperar o argumento de que não pode o Judiciário interferir na política pública de saúde, a qual se dá em consonância com a capacidade econômico-financeira do Estado, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Como bem asseverou a ilustre Procuradoria de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 45/DF, já firmou o entendimento de que é dado ao Poder Judiciário intervir em matéria de políticas públicas com o fim de assegurar direitos fundamentais que requerem prestações positivas do Estado, cujo precedente encontra-se transcrito às fls. 94/95.

Esta egrégia 2ª Turma Cível já decidiu:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. RECÉM-NASCIDA PORTADORA DE ENFERMIDADES GRAVES. INTERNAÇÃO EM LEITO DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA - UTI. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO EM UNIDADE HOSPITALAR DA REDE PARTICULAR. CUSTOS. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. DEVER CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. ÓBITO DA INFANTA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. EFEITOS MATERIAIS DECORRENTES DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LEGITIMAÇÃO.

1. A viabilização da internação e do tratamento hospitalares dos quais necessitara recém-nascida em decorrência da obrigação cominada à administração via de decisão antecipatória não enseja o desaparecimento do objeto da ação da qual germinara o provimento, pois, em se tratando de obrigação imposta de forma provisória e precária, carece de ser confirmada através de provimento de natureza definitiva, não se qualificando a antecipação de tutela como instrumento apto a resolver definitivamente a lide (CPC, art. 273, § 5.º).

2. Conquanto o direito revestisse-se do atributo da intransmissibilidade antes de ser exercitado, em tendo sido exercido e irradiado efeitos materiais, os resultados dele originários ensejam que a relação processual originalmente aperfeiçoada chegue a termo como forma de delimitação da responsabilidade pelas obrigações dele oriundas, legitimando a substituição processual da infanta, que viera a óbito, pelos seus genitores, não para a vindicação do direito à saúde que era inerente à criança, mas para a depuração dos efeitos que a asseguração desse direito irradiaram por força da decisão que antecipara os efeitos da tutela perseguida.

3. A transcendência do direito à saúde, como expressão mais eloquente da evolução dos direitos básicos inerentes à pessoa humana e das liberdades e garantias individuais, impõe ao estado a implementação de ações positivas destinadas à materialização do almejado pelo constituinte, revestindo de eficácia plena a norma programática que está inserta no artigo 196 da Constituição Federal, que prescreve que o direito à saúde é direito de todos e dever do estado.

4. À recém-nascida que, padecendo de doença crônica grave cujo tratamento reclamava sua internação hospitalar em leito de Unidade de Terapia Intensiva - UTI, não usufruía de meios para custear o tratamento do qual necessitara, assistia o direito de, no exercício subjetivo público à saúde que lhe é resguardado, ser contemplada com internação em leito hospitalar da rede pública ou, se indisponível, da rede hospitalar privada às expensas do poder público, consoante, inclusive, apregoa o artigo 207, inciso XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

5. Detendo a obrigação que lhe está debitada gênese constitucional, a inexistência de prévia e específica dotação orçamentária não exime o ente estatal de adimpli-la, custeando o tratamento médico prescrito, competindo-lhe remanejar as verbas de que dispõe de forma a cumpri-la na forma que lhe está debitada.

> 6. ***Inocorre violação ao princípio da separação dos poderes a cominação de obrigação ao poder público de fomentar tratamento médico-hospitalar a recém-nascida carente de recursos, pois ao Judiciário, estando municiado com competência para velar e ensejar o cumprimento das leis, cabe o dever de controlar a atuação do estado na aplicação das políticas públicas e agir quando instado pela parte que teve seu direito à saúde menosprezado*.**
> *7. Apelo voluntário e remessa necessária conhecidos. Improvidos. Unânime.* (APC e RMO 20050110584655, 2ª Turma Cível, Rel. Des, Teófilo Caetano, DJU 24/11/2008, p. 90 - grifei).

Admitir que o Estado omita-se de garantir a um recém-nascido, prematuro e órfão de mãe o alimento especial necessário à sua sobrevivência, importaria violação ao direito fundamental vida.

Em verdade, não estaria o Poder Judiciário usurpando das atribuições conferidas ao Poder Executivo. Ao contrário, o que se pretende é assegurar a concretização de políticas públicas a que a Administração já está obrigada por força constitucional (arts. 196 e 227, da CF) e legal (art. 7º, do ECA).

Nenhum reparo, pois, merece a r. sentença nesse ponto.

O apelante agita, ainda, a tese de que houve violação ao princípio da reserva do financeiramente possível.

Sustenta o réu que a satisfação de direitos fundamentais, tais como o posto no caso vertente, está submetida ao que permite o orçamento público, não estando o Distrito Federal a omitir-se do seu dever de propiciar aos seus cidadãos o acesso à saúde. Diz que o que ocorre é que os serviços de saúde, em decorrência da escassez de recursos por que passa o Estado brasileiro, não são prestados de maneira ótima, impecável.

A bem da verdade, a Carta Magna elenca uma série de direitos fundamentais, que podem ser resumidos em apenas um, erigido à condição de princípio fundamental de nosso Estado: **a dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso III).

A manutenção da saúde e, consequentemente, da própria vida é direito líquido e certo do autor, portanto, natural, inalienável, irrenunciável e impostergável. Não decorresse diretamente da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da saúde e da vida estaria assegurada pelas cabeças dos artigos 5° e 6° da Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 5° - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)

> Art. 6° - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência dos desamparados, na forma desta Constituição.

Especificamente em relação à saúde, ainda cabe apontar o que rezam os artigos 196 e 227 da Constituição Federal, *verbis*:

> *Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante polícias sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.*
>
> *Art. 227.* ***É dever da Família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação****, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.* (grifei).

Desse modo, não há como preponderar o princípio da reserva do possível diante do mandamento constitucional, uma vez que o bem jurídico tutelado, *in casu*, impõe que a preponderância das concepções políticas do Estado sofra limitações.

Os direitos sociais exigem do Poder Público uma prestação efetiva, devendo valer-se da elaboração e implementação de políticas públicas idôneas, para a concreção do que prescreve a Carta Republicana, independentemente da situação econômica em que se encontre.

Como se não bastasse, é sabida a obrigatoriedade de os entes federados, em todas as esferas de atuação, destinarem, anualmente, recursos para aplicação em ações e serviços públicos de saúde, captados de percentuais calculados sobre o produto de arrecadação de impostos (art. 198, § 2º, da CF).

Acolher os argumentos do réu seria, a toda evidência, dar supedâneo à ineficiência do Estado, no que concerne aos seus deveres constitucionais basilares.

Nesse sentido, reputo válido transcrever trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Melo, por ocasião do julgamento proferido no RE 267.612/RS, *in verbis*:

> *(...) Na realidade,* ***o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consis-***

> ***tente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa****. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto, assemelhado ao da presente causa (Pet 1.1246-SC),* ***entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º,*** **caput** ***e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (...)*** (grifei).

Sobre o tema, já decidiu esta eg. Segunda Turma. Confira-se:

> *CONSTITUCIONAL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO E INTERNAÇÃO EM UTI DE HOSPITAL DA REDE PRIVADA -* ***CUSTEIO PELO DISTRITO FEDERAL - POSSIBILIDADE****. APELAÇÃO -* ***PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICABILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO****.*
>
> *1. Vida e Saúde integram o rol dos direitos fundamentais consagrado na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Distrito Federal, para que o Poder Público o observe e efetue o planejamento necessário.*
>
> *2.* ***Os direitos sociais exigem do Poder Público uma prestação positiva, mediante a elaboração e implementação de políticas públicas idôneas, para a concreção do que prescreve a Constituição Federal, independentemente da situação econômica. <u>Assim, não há como prevalecer o princípio da reserva do possível, porquanto o bem jurídico tutelado impõe que o predomínio de concepções transpessoalistas de Estado sofra limitações</u>****. Além disso, sabe-se da obrigatoriedade de os entes federados aplicarem, anualmente, re-*

> *cursos em ações e serviços públicos de saúde, captados de percentuais calculados sobre o produto de arrecadação de impostos (art. 198, § 2º, da CF).*
> 3. É dever do Estado custear as despesas de tratamento médico adequado de paciente com risco de morte, em nosocômio privado, diante da ausência de vaga em leito de UTI pertencente à rede pública.
> *3. Recurso voluntário e remessa oficial não providos.* (20070110573029APC, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, DJU 11/05/2005, p. 127).

Noutro giro, registro que o direito do apelado está igualmente amparado pela Lei Orgânica do Distrito Federal, em seus artigos 204 e 207.

Ademais, há que se observar que sequer demonstrou o apelante a inviabilidade financeira de custear o medicamento ao apelado, qual seja, leite do tipo NAN I, que só fez uso dele por apenas seis meses, como prescrevera o médico do Sistema Único de Saúde, não havendo, portanto, que se cogitar de impacto às finanças públicas. O seu não fornecimento, ao revés, comprometeria a própria vida do apelado, recém-nascido prematuro e órfão de mãe, que veio a óbito poucos dias após o parto.

Consoante bem elucidou o douto órgão ministerial, sobejou caracterizada a preservação do núcleo mínimo existencial necessário à dignidade humana do apelado, sem que se alijasse, com isso, o princípio da reserva do financeiramente possível.

Nenhum reparo merece, pois, a r. sentença monocrática.

Ante o exposto, conheço da remessa *ex-officio*, bem como do recurso de apelação, e nego-lhes provimento, mantendo incólume a r. sentença proferida.

É o meu voto.

Des. J.J. Costa Carvalho (Revisor) - Com o Relator.

Des. Silva Lemos (Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Rejeitar preliminar; negar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial unânime.

———— • ————

APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE Nº 2008013006222-8

Apelante - P. J. M. A.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator Designado - Des. Sérgio Rocha
Segunda Turma Criminal

EMENTA

APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - ARMA DESMUNICIADA - CONDUTA TÍPICA.
1. A conduta de portar ilegalmente arma de fogo, ainda que sem munição, é típica e se enquadra na descrição do crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003.
2. A fixação de medida de semiliberdade ao menor que praticou ato infracional equivalente ao crime de porte ilegal de arma de fogo é adequada e proporcional à gravidade do delito.
3. Negou-se provimento à apelação do representado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Silvanio Barbosa dos Santos - Relator, Sérgio Rocha e Arnoldo Camanho - Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Sérgio Rocha, em negar provimento. Maioria, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de março de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por P.J. M.A. em face da respeitável sentença de fls. 103-110, cujo relatório se adota como complemento, onde a ilustre autoridade judiciária da Vara da Infância e da Juventude, ao julgar procedente representação pela prática de ato infracional análogo àquele descrito no artigo 14, da Lei 10.826/03, aplicou-lhe a medida socioeducativa de semiliberdade, prevista no artigo 112, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por prazo não superior a 3 (três) anos.

Às fls. 117-124, a d. Defesa Técnica apresentou razões de Apelação, e, aduziu, em resumo:

a) impossibilidade da condenação por porte de arma, tendo em vista que o Apelante não estava portando a arma, mas sim o outro menor;

b) a arma estava desmuniciada, portanto, ineficaz para realizar disparos pelas vias normais;

c) aplicação indevida da medida socioeducativa, devendo ser seguida a devida gradação;

d) a simples gravidade do ato não pode ser usada como justificativa para a aplicação da medida proposta.

Pugna, ao final, para que seja absolvido, ou caso não seja este o entendimento, que o adolescente cumpra a medida socioeducativa de Liberdade Assistida, cumulada com a medida de prestação de serviço a comunidade.

Em contrarrazões (fls. 129-139), o d. Ministério Público posicionou-se pela manutenção da sentença de Primeiro Grau.

Nesta instância, o eminente Procurador de Justiça, Dr. CARLOS EDUARDO MAGALHÃES DE ALMEIDA, oficiou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, conforme parecer de fls. 159-174.

É o relatório do necessário.

VOTOS

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Relator) - Conheço do recurso.

A materialidade restou devidamente comprovada por intermédio da ocorrência policial (fls. 06-09), auto de apresentação e apreensão de adolescente (fls. 10), auto de apresentação e apreensão de objeto (fl. 14), laudo de exame de arma de fogo (fls. 77 e 78).

Compulsando os autos, verifico que razão assiste ao apelante, senão vejamos.

O Direito Penal, incidindo como *ultima ratio*, só pode se justificar quando há lesão ou efetivo perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado e socialmente relevante. No delito de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido", pode-se dizer que o bem jurídico a ser protegido é a segurança pública. E no caso concreto, não houve sequer potencialidade de dano a ser punida, porquanto o recorrente, juntamente com o outro correpresentado, portava arma de fogo desmuniciada (fl. 14), ou seja, inapta a produzir disparos. Cumpre ainda destacar que nenhum dos menores portava munição.

Vale ressaltar que não se pode confundir "ofensividade" com "poder de intimidação". Poder de intimidação também tem a "arma" de brinquedo ou

qualquer outro instrumento lesivo (real ou fictício). A criminalização da arma de fogo, considerada em si mesma, entretanto, não tem como fundamento esse poder de intimidação, senão a sua potencialidade lesiva concreta. A *ratio* da punição penal do artigo 14, da Lei 10.826/2003 não está na capacidade de intimidação do objeto, mas sim na sua capacidade ofensiva ao bem jurídico protegido, qual seja a segurança coletiva. Fosse outra a razão da norma, todos os objetos que possam intimidar deveriam ser criminalizados.

Lesividade e ofensividade, entendidos como princípios gerais contemporâneos de interpretação da lei penal, devem prevalecer sempre que os comporte a regra incriminadora. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos, vez que falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.

Portanto, a arma que não é idônea para efetuar disparos não reúne a ofensividade exigida pelo tipo e pelo moderno Direito penal - é, aliás, meio absolutamente ineficaz ou exemplo de crime impossível, nos termos do artigo 17, do Código Penal. Pode se configurar infração administrativa, mas não crime. Pode, ainda, ser usada no contexto de outro delito, como a ameaça ou roubo, mas não para caracterizar o previsto no artigo 14, da Lei 10.826/2003.

Nesse sentido já se posicionou o Excelso Supremo Tribunal Federal, em sua Primeira Turma. No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* N. 81.057-8/SP, ao apresentar voto-vista, na linha do ministro Sepúlveda Pertence, o ministro Cezar Peluso julgou que uma arma sem munição não representa risco de dano ou perigo à segurança pública, sendo, então, atípica a conduta atribuída ao agente. Vejamos ementa:

> 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.

(STF - Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 81.057-8/SP - Primeira Turma - Relator Designado Ministro Sepúlveda Pertence - DJ de 29.04.2005)

A decisão acima proferida foi um precedente para outros processos perante a Suprema Corte. Por esta razão, os Ministros entenderam por bem encaminhar a questão ao Plenário, onde se encontra pendente de julgamento até o presente momento.

Entretanto, alguns posicionamentos dos ministros já foram firmados em liminares, como o caso do HC 95861/MG e 94881 MC/RS. Em que pese a discussão não ter sido finalizada, importante destacar as observações expen-

didas no sentido de "trancar" a ação penal e obstar o Acórdão proferido pelo STJ. Vejamos:

> *"(...) É caso de liminar. Verifico ser realmente incontroverso o fato de as armas transportadas pelo paciente estarem então desmontadas e desmuniciadas. (...) Como bem notou o ilustre Defensor Público, há precedentes desta Corte no sentido de exigir um mínimo de lesividade efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado para a configuração do crime de porte de arma de fogo, mesmo se tratando de crime de mera conduta (RHC 81.057, Rel. p/ac. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 29/04/2005)".* (Decisão monocrática proferida pelo Ministro Cezar Peluso, no HC 95861/MG).
>
> *"Nas circunstâncias do caso, contudo, entendo que a liminar há de ser deferida. É densa a plausibilidade da alegação de que seria necessária prova da potencialidade lesiva da arma para configuração do delito previsto no art. 14,* caput, *da Lei n. 10.826/03".*
> (Decisão monocrática proferida pela Ministra Carmem Lúcia, no HC 94881 MC/RS).

No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* N. 89889, que discute a lesividade e ofensividade da arma de fogo desmuniciada, a ministra relatora Carmem Lúcia expôs em seu voto o seguinte:

> "Não há como manter a condenação do paciente pelo crime de porte ilegal de arma tal como previsto (...) As questões trazidas a esse julgamento referem-se à necessidade de comprovação da lesividade da arma de fogo como condição para que haja condenação do acusado pelo crime descrito na Lei 10.826/03".
> "Há de ser lembrado de início que um dos princípios basilares do direito penal contemporâneo é o da intervenção mínima".
> "Há de ter a sua aplicação restrita aos fatos que, efetivamente, levem em consideração bens jurídicos socialmente relevantes como a vida, a saúde e o patrimônio".
> "É atípica a conduta do paciente, pois, à luz dos princípios da lesividade e da ofensividade, a arma sem munição ou sem possibilidade de pronto municiamento é instrumento inidôneo para efetuar disparo, incapaz, portanto de gerar lesão efetiva ou potencial a incolumidade pública".

> "Não importa que 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 à pedra e ao caco de vidro, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa de aumento de pena".

O professor **Luiz Flávio Gomes** concorda com esse entendimento do Supremo Tribunal Federal. Tanto que encaminhara para a Corte um documento com a explicação técnica sobre o assunto. Assevera que:

> "A jurisprudência vinha entendendo que bastava a pessoa carregar uma arma - de brinquedo ou não - para ser enquadrada em crime de porte ilegal. A lei, entretanto, prevê punição para o perigo de disparo. Se a arma está sem munição, não há potencialidade lesiva".

Por todas essas razões, entendo que a conduta do recorrente não se enquadra no âmbito da tipicidade do artigo 14, da Lei 10.826/2003, daí considerá-la atípica, pela não observância da ofensa ao bem jurídico tutelado.

ISTO POSTO, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a representação formulada contra sua pessoa, estendo os efeitos desta decisão ao correpresentado R.A.G. Expeça-se alvará de liberação do menor se por al não estiver apreendido.

É o voto.

Des. Sérgio Rocha (Relator Designado) - Peço a mais elevada vênia ao eminente Relator, mas entendo que o ato infracional praticado pelo adolescente, o de portar arma de fogo, é perfeitamente tipificado, independentemente de estar municiada ou não.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

No que se refere à medida socioeducativa aplicada de semiliberdade, entendo ser perfeitamente cabível ao caso, levando-se em conta mormente a gravidade do delito.

Des. Arnoldo Camanho (Vogal) - O meu entendimento também, com a devida vênia do eminente Relator, diverge do que foi exposto em seu douto voto.

Por isso, peço vênia para subscrever os fundamentos do voto do eminente 1.º Vogal e, forte neles, negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Negou-se provimento, maioria, vencido o Relator. Redigirá o acórdão o 1º Vogal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003021002775-6

Apelante - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Apelado - M. C. C. M.
Relator - Des. Edson Alfredo Smaniotto
Primeira Turma Criminal

EMENTA

PENAL. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. HOMICÍDIO CULPOSO. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO MP. IMPROVIMENTO.
1. Salvo situações particulares, a obrigação do médico para com o seu paciente, é de meio e não de fim, de tal sorte que o médico se torna garantidor não da saúde e da vida do paciente, mas sim de que agirá, pondo todos os conhecimentos, técnicas, medicamentos e aparelhos que estiverem ao seu alcance para preservar esses bens.
2. Restando demonstrado pelo conjunto probatório que a conduta do médico não evidenciou omissão penalmente relevante, levando à atipicidade da conduta, prestigia-se a sentença absolutória.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Edson Alfredo Smaniotto - Relator, Mario Machado, George Lopes Leite - Vogais, sob a presidência da Desembargadora Sandra De Santis, em desprover o recurso, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de março de 2009.

EXPOSIÇÃO

M. C. C. M., médico, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 121, §§ 3º e 4º (c/c 13, *caput*, e § 2º), do Código Penal.

Após regular trâmite processual, sobreveio a r. sentença de fls. 379/389, que absolveu o réu do crime imputado, com fundamento no art. 386, inciso, VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorre o Ministério Público, consoante termo de apelação de fl. 392. Em suas razões recursais (fls. 398/406), alega o apelante, em síntese, que o MM. Juiz apreciou mal o conjunto probatório, pois haveria provas suficientes para a condenação.

A defesa, por sua vez, em contrarrazões, pugna pela manutenção da r. sentença recorrida (fls. 410/424).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 428/430) foi pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Relator) - Conheço do recurso.

Conforme relatado, cuida-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra a sentença de fls. 379/389, que absolveu M. C. C. M. do crime que lhe foi imputado na denúncia (art. 121, §§3º e 4º, c/c 13, *caput*, e §2º, todos do Código Penal).

Em síntese, asseverou a denúncia que a vítima, D. C. N., grávida, com 20 anos de idade, deu entrada no Hospital Regional de Brazlândia, em 18/12/2002, pela manhã, para realização de parto normal, sob os cuidados do réu; que algumas horas após o nascimento da criança, D. C. passou a apresentar abundante sangramento transvaginal, pressão arterial instável, sudorese, pele fria, palidez cutânea, dores nas regiões pélvica e torácica, edema vulvo-perineal, laceração com grande hematoma e laceração da musculatura do reto; que, apesar dos cuidados médicos que recebeu (transfusão de sangue, revisão de canal de parto e manobras de reanimação), veio a óbito por "*hipovolemia consequente a lacerações na vagina e no colo uterino decorrentes de complicações do parto normal*"; que, essas lesões tinham que ser tratadas logo após a expulsão da placenta, o que evitaria o desencadeamento do quadro hemorrágico; que o denunciado foi negligente, pois não realizou no momento oportuno a revisão de todo o canal do parto, omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

No mérito, tenho como incensurável o decreto absolutório, porque são sólidos os argumentos constantes da r. sentença apelada.

Peço vênia, pois, para invocar os doutos suprimentos monocráticos, realçando os que me parecem mais pertinentes, pois que os tenho como invencíveis, em que pese o inconformismo do apelante: "(...) O ponto controverso reside em se saber se o tratamento dispensado à paciente e as atitudes adotadas pelo médico denunciado e a alegada omissão ocasionaram o óbito de D. ou foram fatores decisivos dessa lamentável morte".

Passa-se à análise do atendimento médico prestado pelo denunciado no Hospital Regional de Brazlândia no dia 18 de dezembro de 2002, entre às 8:10 horas e às 9:00 horas - realização de parto normal sob responsabilidade do denunciado.

Narra o Ministério Público, item 1.3 da denúncia, que no dia 18 de dezembro de 2002, às 8:10 horas a paciente foi encaminhada ao Centro Obstétrico para realização de parto, sob a responsabilidade do denunciado. Às 8:20 nasceu de parto normal um feto do sexo masculino em bom estado geral. O denunciado suturou a episiotomia e colocou tampão vaginal, assinalando que não foram observadas lacerações. Em alegações finais, enfatiza, com apoio em estudo médico, que a lesão de canal de parto era detectável, caso o exame revisional tivesse sido realizado com o cuidado necessário.

No interrogatório judicial, M. assinalou:

> '(...) que o parto transcorreu normalmente com expulsão normal da criança, que nasceu com peso por volta de 2,5Kg; que a criança nasceu bem, tendo sido examinada pela pediatra, de nome Dra. K., que se encontrava naquela sala de parto, que foi feito uma episiotomia (corte ao nível do períneo) com o objetivo de evitar lacerações no canal expulsivo; que ao contrário do que consta na denúncia, o interrogando procedeu à revisão no canal expulsivo da paciente, tendo sido efetuada também a episiorrafia (sutura do corte que havia sido realizado) (...).'

Cotejando-se a narrativa da denúncia, o interrogatório do acusado e os demais elementos de prova, deflui que não há robusto conjunto probatório a demonstrar conduta omissiva relevante praticada pelo denunciado a desencadear a morte da vítima (...).

É fato notório para quem vive/trabalha nesta cidade, mas extremamente lamentável e até revoltante, que o Hospital Regional de Brazlândia, o qual atende à população de Região Administrativa com aproximadamente 80.000 habitantes, sem mencionar os pacientes do Entorno (Águas Lindas, Padre Bernardo e até pequenas cidades dos Estados de Goiás e Bahia), não seja dotado de Unidade de Terapia Intensiva. E mais, sequer a ambulância usada para realizar o traslado da paciente possuía equipamentos necessários para atendê-la adequadamente em caso de urgência médica. Aliás, a precariedade das instalações e equipamentos do hospital desta cidade já foram detectados em outro processo e realizada comunicação à autoridade administrativa.

Com efeito, este julgador já ouviu dizer que o melhor tratamento médico desta esquecida cidade é prestado pelo helicóptero do Corpo de Bombeiros. É a

própria sabedoria popular que denuncia as precárias instalações do nosocômio dessa cidade.

Pois bem, voltando ao caso dos autos, apesar de indícios de erro médico, até pela ausência de informações sobre a descrição do parto, não se pode afirmar com elevado grau de certeza aproximativa que o denunciado deixou de proceder à revisão do canal do parto ou o realizou de forma inadequada.

Importante sublinhar que nas questões sublevadas ao Poder Judiciário, não sendo, em regra, o magistrado técnico naquela área de conhecimento específico, a experiência revela que deve ser recebida com cautela a opinião do perito (laudos ou testemunhos médicos), sem embargo do seu elevado conceito, à luz do '*espirit de corps*', ou solidariedade profissional, como bem esclarece o jurista Caio Mario da Silva.

De qualquer sorte, o julgador não está adstrito ao laudo ou testemunho dos profissionais da área do conhecimento específico, podendo formar o seu livre convencimento motivado com outros elementos ou fatos constantes dos autos. Daí que para se confeccionar decreto condenatório é mister a demonstração empírica e não teórica de erro medico, até porque vigora em nosso sistema o princípio de que a dúvida é resolvida em prol do acusado.

Assim, apesar do respeito ao entendimento do Ministério Público, capitaneado pelo perito Dr. Paulo Montenegro, no sentido que o simples exame clínico realizado pelo obstetra durante o parto evitaria a lamentável morte, a prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, indica que o denunciado pode ter procedido à revisão do canal do parto em consonância com os parâmetros aceitáveis, não servindo apenas a análise posterior à morte da vitima, baseado em necropsia - laudo de exame de corpo de delito cadavérico - até porque houve a interferência de outros médicos logo após o parto.

Nesse passo, a prova oral produzida em juízo inclina-se pela existência de dúvida quanto à ocorrência de erro médico praticado pelo denunciado, *litteris*:

> V. A. M. - fl.s 282/283:
> **'(...) que D. ganhou nenê pela manhã e depois foi enviada para a enfermaria; (...) que eu observei o prontuário e não havia nada descrito e quando retirei o tampão, saiu sangue, com um sangramento mais atípico, mais de vermelho para vinho, ou seja, mais coagulado, fiz a massagem; que neste momento não vi nada de anormal; que pelo que sei a paciente almoçou muito bem; que amamentou, acredito eu; que as 13h00 era exatamente o término do meu plantão e não me recordo de terem me chamado; que provavelmente foi o Dr. Z. quem foi chamado**

para atendê-la após as 13h00; que se tivesse um sangramento por laceração, o sangue seria mais vivo, e enfatizo que não vi sangramento 'ativo' quando examinei a paciente; (...) que o caso da paciente, ora vítima destes autos, foi um caso atípico; (...) que o Dr. I. que é anestesista, salvo engano, sugeriu que a paciente fosse encaminhada para um hospital com maior suporte; que em regra iria para HRT, por ser mais próximo e ter UTI; que o caso da paciente D., pela minha experiência, era ímpar, pois na minha experiência do médico nunca tinha visto nada igual em vagina; que não vi ninguém ligar para o Dr. M. e não tenho notícia se tentaram localizá-lo; que acredito que quem estava responsável pelo quadro hemodinâmico era o anestesista, mas é evidente que ele deve trocar informações com outro médico sobre o quadro da paciente; que eu estava presente no momento em que decidiram transferir a paciente; que o orifício mencionado ao ler meu depoimento na sindicância não foi realizado por nenhum instrumento cirúrgico; que pode ser causado pela própria mão do médico ao explorar o interior do canal, na busca de visualizar melhor o canal, tendo em vista que o tecido estava bastante friável; (...) que quando analisei o procedimento que o Dr. M. já havia realizado no momento do parto, não notei nenhum tipo de hematoma decorrente do procedimento dele.' (grifei).

J. C. M. R. S. - fls. 298/299.
'Que Sr. M. é colega de trabalho; que eu fui o médico que atendeu a vítima D. no dia anterior ao parto; (...) que eu realizei toque e não notei nenhuma anormalidade; (...) que salvo engano o resultado da sindicância foi arquivamento; que a abertura de sindicância é praxe em óbito materno; que lido o trecho 3.1 da denúncia de fl. 05, afirmo, na condição de médico, que laceração retroperitoneal não pode ser detectada a olho nu; que essa laceração é detectada em caso de choque da paciente, sendo que o volume de sangue que vai para a cavidade é muito grande; que pode acontecer de um médico não conseguir dar ponto no tecido, pois ele pode estar friável, ou seja, ao se dar o ponto ele esgarça (não consegue firmar o ponto); que essa lesão pode ser desencadeada pela simples passagem do feto e não se vincula à idade da paciente; que a chance de

óbito em caso de hematoma retroperitoneal no parto é alta, acredito que seja superior a 50% (cinquenta por cento); que como médico não tive o desprazer de um quadro deste, que eu ter que atuar, mas a princípio o médico deve pedir auxílio de outro médico, pois é uma área pequena e com risco de óbito; (...) que normalmente, realizado o parto, a paciente fica sob os cuidados do médico que está na enfermaria ou pelo médico plantonista; que no caso deste processo, eu acredito que foi o médico da enfermaria que ficou responsável pela paciente depois do parto; que lido o depoimento prestado à Comissão Central de Sindicância à fl. 127, confirmo o seu teor; (...) que na ocasião do parto, laceração na parede lateral é detectável pelo médico, mas na parede superior nem sempre é possível; que complementando a resposta, esclareço que a laceração lateral ora indagada podia não estar presente na ocasião do parto, mas ter sido causada pelo instrumento médico chamado válvula, o qual é utilizado para explorar o tubo vaginal, para localizar eventual fonte do sangramento e ao se manusear este instrumento pode ter havido a citada laceração; que o óbito da paciente não foi causado, na minha visão, pela laceração da parede lateral, pois esta lesão é possível rafiar e portanto não leva à morte; que só ocasionaria morte se a paciente fosse deixada sangrando sem atendimento médico; que o manuseio da citada válvula não causa laceração do colo uterino; que a laceração de colo é ocorrência normal pela passagem do feto, especialmente no primeiro filho; que mostradas a foto de fl. 76, a laceração de colo é típica da passagem do feto; que quanto à foto de fl. 74, não dá para saber o tipo de laceração; que não há nenhum instrumento médico que permita localizar e debelar a laceração retroperitoneal; que hemorragia é detectada por sinais indiretos clínicos; que não há instrumento específico para detectar hemorragia na ocasião do parto; que o obstetra que realiza o parto normalmente fica com a paciente, quando nota que algo saiu fora da normalidade, ficando então a paciente em observação no próprio centro cirúrgico ou na sala de pré-parto; que lido o trecho de fl. 13, linhas 17 a 34, prestado por M. do S. C. A., mãe da vítima, respondeu que os fatos não ocorreram da forma em que ela narrou; que eu realmente conversei com a irmã da vítima, agi da forma cor-

riqueira, ou seja, forneci o telefone, esclareci que ela tinha que ficar internada por causa do rompimento da bolsa; que até por educação, não joguei nenhum número de telefone no lixo e achei estranho que nenhum parente se habilitou a ficar no hospital, pois é praxe a paciente fazer-se acompanhar da mãe ou da irmã; que não abandonei o plantão; que essa informação é inverídica e fiquei no meu plantão até as 7h da manhã; que no prontuário consta todos os atendimentos que fiz na paciente naquela madrugada.' (grifei).

K. S. L. - fls. 300/30:
'Que eu não estava de plantão na noite anterior ao parto de D.; que eu tive contato com a paciente por volta das 13h; que salvo engano, o Dr. M. neste horário já não estava prestando atendimento à paciente que era o Dr. Z.; que eu notei um sangramento no ouvido da paciente, o que não é normal no quadro pós-parto; que o Dr. Z. a examinou e eu sugeri que fosse encaminhada ao centro cirúrgico para melhor análise do caso, pois o médico viu que era caso de revisão; que neste momento a paciente começou a ter um sangramento mais volumoso, ou seja, antes o sangramento era normal inerente ao parto natural; que o Dr. Z. não conseguiu pelo campo visual localizar a origem do sangramento; que salvo engano, o Dr. A. também auxiliou; que por último veio o Dr. R. que sugeriu a remoção da paciente para um hospital com mais recurso; que mesmo explorando o tubo vaginal não conseguiu localizar a origem do sangramento; que eu acredito que o médico que acompanhou o parto não tinha condições de saber da existência da hemorragia, pois os médicos que a examinaram depois não conseguiram visualizar; que na minha experiência profissional, foi o primeiro caso que ocorreu semelhante quadro clínico; que conheço o Dr. M. desde a faculdade; que o considero médico atencioso e competente, inclusive ele atende a gestante de alto-risco; que por natureza é uma paciente difícil; que eu acompanhei a paciente no transporte ao HRT; que a paciente faleceu no caminho; que o quadro clínico da vítima foi atípico, pois a pressão sanguínea estava um pouco abaixo do normal no momento em que eu a examinei, sendo que esgotados os procedimentos no hospital

> **de Brazlândia, a nossa preocupação era evitar um choque hipovolêmico, sendo que na remoção a paciente deu sinais de parada respiratória (palidez e pulso fraco), sendo que ao se realizar a massagem cardíaca, a paciente vomitou, pois tinha almoçado e mesmo o médico realizando respiração boca a boca não conseguiu evitar o óbito; (...) que o Dr. Z. tinha a intenção de realizar sutura no pequeno corte na vulva da paciente, como eu disse, sugeri levá-la ao centro cirúrgico, pois ali na enfermaria havia outras pacientes; que no centro cirúrgico, o Dr. Z. começou a pontiar e percebeu que aquelas lacerações do parto não justificavam o sangramento, colocou o espéculo (aparelho utilizado para afastar as bordas do tubo vaginal) e também não localizou a origem do sangramento; que a paciente, antes da minha atuação, estava na enfermaria e almoçou normalmente; (...) que acredito que teve epísio, pois era o primeiro filho da vítima; que o corte a que eu me referi a pouco era insignificante diante do sangramento; que o espéculo não causa laceração ao ser manuseado pelo médico; que mostrada a foto de fl. 74, disse não ser o aspecto da paciente no momento do atendimento; que a paciente veio a óbito entre as 16h e 17h." (grifei).**

O médico A. I. R. foi ouvido em juízo (fls. 243/245). Diz que iniciou o plantão do dia do fato às 13 horas. Não soube informar detalhes a respeito do procedimento usado durante este, apenas que o parto se deu de forma normal e sem alteração. Relatou o procedimento médico de atendimento à paciente a contar de tal horário, mas que extrapola o objeto da acusação, a qual só se baseou na conduta do denunciado e não dos outros médicos que o sucederam no atendimento à vítima. O médico J. R. Z., ouvido por carta precatória (fl. 330) nada acrescentou para elucidação do fato.

Os demais testemunhos colhidos pouco trazem de relevante para a solução do caso, sendo que o depoimento dos familiares, evidentemente carregados de densa emoção, e não poderia ser diferente em razão de quem perde de forma precoce a filha/irmã querida, não consubstancia prova de erro médico praticado pelo denunciado (praticamente não mencionam o nome ou eventual conduta de M.), mas é testemunho fiel de como é precário o atendimento às pessoas mais humildes de nossa sociedade.

Realizada tais considerações e enfrentadas as questões postas pelo Ministério Público, deflui dos autos que não há prova segura a apontar que a conduta do

médico, ao realizar o parto 'normal', tenha relação de causalidade (*rectius* evitação) com a lamentável morte de D..

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ensinam que:

> 'No tipo omissivo não se requer um nexo de causação entre a conduta proibida (distinta da devida) e o resultado, e sim um nexo de evitação, isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado. Esse nexo de evitação é estabelecido por uma hipótese mental similar à que empregamos para estabelecer o nexo de causação na estrutura típica ativa: se imaginarmos a conduta devida e com isso desaparece o resultado típico, haverá um nexo de evitação; enquanto que, se imaginamos a conduta devida e o resultado típico permanece, não existirá um nexo de evitação'. (...)."

Com toda a razão o ilustrado Juiz de Primeiro Grau.

De fato, diante de todas as provas colhidas, fica claro que o acusado fez o parto e tudo correu normalmente, tanto que a vítima almoçou e amamentou. Só depois de algumas horas começou a se sentir mal. Mas nesse momento já não estava sob os cuidados do Dr. M., que já havia ido embora. Responsável pela paciente a partir de então, como ficou claro dos depoimentos acima, eram o médico que fica na enfermaria e o médico plantonista. Ademais, das provas acima, fica claro também que até o momento em que se despediu de sua paciente nada de errado havia acontecido com ela e todos os procedimentos pertinentes tinham sido praticados pelo réu. Portanto, não houve erro médico ou negligência de qualquer espécie.

Por outro lado, a imputação recai sobre crime culposo, em que a culpa decorre da omissão de atos que, segundo afirma a acusação, se adotados oportunamente, teriam evitado o resultado.

Quanto à discutida omissão, o caso em espécie seria de crime omissivo impróprio ou crime comissivo por omissão, em que o agente, na forma do § 2°, do artigo 13, do CPB, assume a posição de garantidor da não ocorrência do resultado.

Como é cediço, *ex nihilo nil fit*. Assim, na omissão, a causalidade é elemento normativo. A causalidade se estabelece tendo em vista não o que foi praticado, mas em razão dos atos que o denunciado devia e podia realizar e, com a omissão, fez gerar o resultado não desejado. Trata-se a hipótese de "nexo de evitação", nas palavras de Zaffaroni.

No caso em espécie, considerando que a vítima não apresentou nenhuma alteração no tempo em que esteve sob os cuidados do réu, tendo este procedido de

forma corriqueira, não se sabe que procedimento teria sido omitido ou retardado pelo acusado, e ainda, se essa omissão, no caso, não identificada, comprometeu as chances de evitar o resultado lesivo.

Salvo exceções particulares, a obrigação do médico para com o seu paciente é de meio e não de fim. Logo, o réu se tornou garantidor não da saúde e da vida da mãe e do filho, mas sim de que agiria e colocaria todos os conhecimentos, técnicas, medicamentos e aparelhos que estivessem ao seu alcance para preservar a saúde e a vida deles. A obrigação do garantidor é agir para tentar evitar o resultado, dentro de suas possibilidades, e não de evitar o resultado a qualquer custo, até porque o resultado, muitas vezes, é humanamente inevitável. O réu tinha o dever de evitar o resultado, mas não a possibilidade, pois - repita-se - já não estava no hospital quando a paciente começou a apresentar as complicações pós-parto e até o momento em que acompanhou a paciente, todos os procedimentos pertinentes foram realizados.

In casu, tenho que a morte da vítima só pode ser atribuída a causas naturais, para as quais o acusado em nada contribuiu. Em qualquer caso, se houve omissão de alguém, não foi do apelado, na medida em que, não estando no local dos fatos, sequer tinha a possibilidade física de evitar o resultado.

Não basta alegar genericamente que o médico foi omisso em descobrir e tratar a laceração que levou a vítima a óbito. Tais questões precisam vir provadas de forma certa e induvidosa.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Des. Mario Machado (Vogal) - Senhora Presidente, esses casos oferecem enorme dificuldade para a apreciação do julgador. A responsabilidade não pode ser objetiva. É subjetiva e, às vezes, há certas dificuldades para se aferirem os fatos em sua inteireza.

Neste caso, prestei atenção ao voto do eminente Relator, e S.Ex.ª, com a propriedade que lhe é peculiar, analisou muito bem o conjunto probatório. Impressiona mesmo o fato de que vários médicos, ou pelo menos dois médicos, que examinaram a paciente posteriormente à cessação da atividade do acusado, nada detectaram que pudesse antes ter sido detectado pelo próprio acusado. Refiro-me a um sangramento em condições anormais para o procedimento a que fora submetida a paciente. Ora, se médicos, posteriormente à saída do acusado, atenderam à paciente e não visualizaram qualquer anormalidade no estado clínico, como é que se poderia supor que o acusado, que já não estava mais lá, pudesse antes ter visto o que eles não viram?

Como bem disse o eminente Relator, no caso, o que se procura para a eventual responsabilidade criminal do médico é a ocorrência de um nexo de evitação, ou seja, de que havia uma evidência qualquer, mediante a qual o médico tivesse de adotar um comportamento eficiente para fazer cessar aquilo que posteriormente ocorreu. Não há essas evidências nos autos. Há outra circunstância que bem indica isso: o fato de a paciente ter-se alimentado normalmente. Então, esse conjunto probatório, efetivamente, não oferece, com segurança, evidências para que se possa, eventualmente, condenar o acusado.

Adiro integralmente aos fundamentos do eminente Relator, pedindo licença, e sigo seu voto também, negando provimento ao apelo.

Des. George Lopes Leite (Vogal) - Esses casos, como sói acontecer, são de difícil solução para o magistrado. Desenganadamente, a situação calamitosa por que passam os hospitais públicos e particulares, diga-se de passagem, ocorre não apenas aqui, na Capital da República, mas também em todas as unidades da Federação. Disso nos dão conta os noticiários diários a respeito de acontecimentos lamentáveis e perfeitamente evitáveis se o Poder Executivo competente adotasse efetivamente políticas públicas enérgicas que viessem por cobro a essa situação, como disse, calamitosa.

Diante desse quadro, é de se enaltecer o papel combativo do Ministério Público, sempre preocupado com o aprimoramento do serviço de atendimento nos hospitais públicos e particulares. Mas nem por isso podemos esquecer as informações doutrinárias a respeito da Teoria do Dolo e da Teoria Geral do Crime.

Nesse diapasão, entendo que o voto do eminente Relator está muito bem estruturado. Algo deve ser feito, mas não pura e simplesmente a condenação de um médico todas as vezes que ocorrer esse tipo de acontecimento. Esse resultado talvez pudesse ter sido evitado se as condições de trabalho fossem efetivamente mais adequadas.

Não vejo como chegar a uma conclusão diversa daquela a que chegou o eminente Relator, a quem peço licença para subscrever as doutas razões apresentadas.

DECISÃO

Desprovida. Julgamento unânime.

———— • ————

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003051006188-6

Apelante - W.A. de S.
Apelada - A Justiça Pública
Relator - Des. Getulio Pinheiro
Segunda Turma Criminal

EMENTA

Uso de documento falso. Carteira Nacional de Habilitação. Inexistência de falsificação grosseira. Tipicidade. Apresentação por ordem policial. Ausência de dolo. Improcedência.
1. Somente a falsificação grosseira, perceptível *prima facie*, descaracteriza o delito tipificado no art. 304 do Código Penal.
2. Se o falso não foi reconhecido de imediato por profissional acostumado a lidar diuturnamente com documentos, como sucede com o policial de trânsito, rejeita-se a tese da ocorrência de crime impossível.
3. Para a caracterização do delito basta que o agente faça uso de documento falso, ou seja, que o empregue, utilize ou aplique, sendo irrelevante o fato de ter sido apresentado por vontade própria ou exigido por policial militar no exercício de função fiscalizadora.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Getulio Pinheiro - Relator, Sérgio Rocha - Revisor e Roberval Casemiro Belinati - Vogal, sob a presidência do Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 30 de abril de 2009.

RELATÓRIO

W.A. de S. foi condenado a dois anos de reclusão, em regime aberto, mais o pagamento de dez dias-multa, por infração ao art. 304 do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos:

> "No dia 06/12/2000, na Rua Piauí, Planaltina/DF, o denunciado, com vontade livre e consciente, agindo com inequívoca intenção,

> fez uso de uma Carteira Nacional de Habilitação, com supressão da letra 'B' da categoria para 'D', sabendo de que se tratava de um documento público adulterado.
> No local e dia anteriormente mencionados, o denunciado, ao dirigir o veículo Kia/Besta, azul, de placa KEF 1073/GO, foi abordado por policiais militares que identificaram, após consulta junto ao DETRAN, a alteração documental.
> Em depoimento na delegacia, o denunciado alegou ter adquirido a Carteira de Habilitação de uma pessoa chamada J.B.. Afirmou também que tinha a intenção de utilizar a carteira adulterada para dirigir veículos para os quais o denunciado não possuía a devida habilitação" (fls. 2/3).

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito.

Inconformado com a sentença, dela apelou o réu, pleiteando sua reforma para que seja absolvido por atipicidade da conduta, uma vez que se tratava de falsificação grosseira, além do fato de o documento ter sido exibido somente em razão de ordem policial, não por vontade própria.

O Ministério Público rebateu seus argumentos e pugnou pela manutenção da sentença.

A Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 207/211, da lavra da Drª Lélia Maria Duarte de Cerqueira, opinou pelo não-provimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

Des. Getulio Pinheiro (Relator) - A falsificação somente pode ser considerada grosseira se perceptível à vista desarmada por qualquer pessoa, até mesmo a leiga, o que não ocorreu no presente caso.

Conforme relatado pelo réu, "*chegou a apresentar a CNH em várias blitzes e em nenhuma ocasião teve a carteira apreendida*", o que ressalta a eficiência do falso, inclusive diante de profissionais treinados, como os policiais de batalhões de trânsito (fls. 117).

G.L.B., soldado policial militar que descobriu a adulteração do documento, disse ter desconfiado apenas depois de ter consultado o CIADE, em razão da apreensão do veículo que o réu conduzia, por transporte irregular de passageiros (fls. 91 e 157).

O laudo de exame documentoscópico comprova que o documento é original, mas teve parte da impressão da letra B adulterada, transformada que foi na letra D (fls. 51/54), o que dificulta ainda mais o reconhecimento da adulteração, uma vez que todos os sinais de originalidade estão presentes no documento, com exceção da parte onde se situa a inscrição da categoria.

Assim sendo, não se pode afirmar grosseira a falsificação do documento.

Quanto ao fato de o documento ter sido apresentado somente em razão de ordem policial, irrelevante a presença do elemento volitivo na conduta para a configuração do delito. Conforme disposto no tipo penal, basta que o agente faça uso de documento falso, ou seja, que o empregue, utilize ou aplique, sendo irrelevante o fato de ter sido solicitada ou exigida sua apresentação por policial no exercício de sua função fiscalizadora.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É como voto.

Des. Sérgio Rocha (Revisor) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença de fls. 182/186, que condenou o acusado, W.A. de S., como incurso nas penas do art. 304 do CP[9] (uso de documento falso), a **dois anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, e dez dias-multa**.

Inconformado o réu, W.A. de S., apela (fls. 191/194), alegando que não há crime porque: **1)** a falsificação é facilmente perceptível, tanto que constatada pelo próprio policial que fez a abordagem; **2)** a exibição do documento se deu por solicitação da autoridade policial.

É o breve relato.

DA AUSÊNCIA DE FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA

O crime de uso de documento falso (CP 304) se caracteriza pela intenção do agente, de ludibriar[10] (tem ciência da falsificação), e a

9 **Art. 304 -** *Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.* **Art. 297** *- Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.*

10 **Nota ao art. 304**, *por Cezar Bittencourt,* in *Código Penal Comentado, 4ª ed., Ed. Saraiva: "Elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de usar documento falso, consciente da falsidade" (p.1063).*

capacidade dos papéis, de enganar o homem médio[11], em prejuízo da fé pública[12].

Somente a falsificação nitidamente grosseira descaracteriza o crime de uso de documento falso, pela incapacidade de iludir e ofender a fé pública.

No caso, o policial, G.L.B., declarou em juízo (fl. 157) que abordou o veículo, conduzido pelo réu/apelante, W.A. de S., tipo Van (Kia/Besta), e para verificar a regularidade do transporte coletivo, fez consulta à CIADE[13], obtendo a informação de que a categoria[14] da licença para dirigir era "B", sendo que da carteira de habilitação apresentada consta "D" (fl.59).

Confira-se (fl.157):

> "(...) recorda-se que estava em patrulhamento na Vila Vicentina, quando abordou veículo de transporte; ao verificar a documentação, constatou que a categoria informada pelo CIADE divergia da constante no documento; reconhece haver lavrado o documento de fls. 11 dos autos. (...)".

Acrescente-se a isso declaração do próprio réu/apelante, W.A. de S., (em juízo - fl.117) de que "*chegou a apresentar a CNH em várias blitzes e em nenhuma ocasião teve a carteira apreendida*", o que evidencia que a alteração já passou despercebida, em oportunidade anterior, mesmo pelos profissionais habituados a esse exame.

---

11 **TJDFT**: *"(...) Se o documento era capaz de enganar o homem médio, seu uso caracteriza o crime previsto no art. 304, do código penal, máxime nas hipóteses em que os peritos têm de se valer de instrumentos óticos para a comprovação da falsidade. (...)". (TJDFT, 2ª T.Crim., APR 20040710131312, Rel.Des. ROMÃO C. OLIVEIRA, julgado em 07/11/2008, DJ 14/01/2009 p. 152).*

12 **STJ** *"(...) Somente a falsificação nitidamente grosseira de documento afasta o delito insculpido no art. 304 do Código Penal, tendo em vista a incapacidade de ofender a fé pública e a impossibilidade de ser objeto do mencionado crime. (...)" (STJ, 5ª T., REsp 2006/0088287-0, Rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, julgado em 03/04/2007, DJ 14/05/2007 p. 386).*

13 **CIADE**- *Central Integrada de Atendimento e Despacho: "O atendimento da Central é feito de forma integrada pelas Polícias Militar e Civil, Corpo de Bombeiros e o DETRAN". (http://www.ssp.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=52430).*

14 Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) - **Art. 143**. *Os candidatos poderão habilitar-se nas categorias de A a E, obedecida a seguinte gradação: (...) II - Categoria B - condutor de veículo motorizado, não abrangido pela categoria A, cujo peso bruto total não exceda a três mil e quinhentos quilogramas e cuja lotação não exceda a oito lugares, excluído o do motorista; (...)* **IV - Categoria D** *- condutor de veículo motorizado utilizado no transporte de passageiros, cuja lotação exceda a oito lugares, excluído o do motorista; (...)*

Portanto, não procede a alegação de atipicidade da conduta em razão da falsificação grosseira.

IRRELEVÂNCIA DA SOLICITAÇÃO DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Também sem consistência a alegação do réu/apelante, W.A. de S., de atipicidade da conduta, por falta de dolo de usar o documento falso, sendo que apenas apresentou à autoridade policial porque solicitado.

Anota Cezar Bitencourt[15] que:

> "Quando se trata de Carteira Nacional de Habilitação, o simples porte caracteriza o crime, embora somente seja exibido por solicitação da Autoridade de Trânsito. Nessa hipótese, portá-la é 'fazer uso'".

O réu/apelante, W.A. de S., disse em juízo (fl. 117) que precisava da alteração da categoria da habilitação "para não perder o emprego", "e foi informado pelo despachante no DETRAN que conseguiria fazer a alteração com rapidez, mas que custaria um pouco mais caro", "sabia apenas que a troca de habilitação seria feita sem a realização dos exames", e para isso pagou R$ 200,00 (duzentos reais).

Está evidenciado que o réu/apelante utilizou carteira de habilitação que sabia ser falsa, sendo irrelevante que a apresentação do documento tenha se dado por solicitação da autoridade policial.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ:

> *"(...) 9. É firme o entendimento da Terceira Seção desta Corte de que o crime de uso de carteira nacional de habilitação falsa não se descaracteriza pelo fato de a apresentação do documento ter sido solicitada pela autoridade de trânsito. A carteira de habilitação tem por escopo principal fazer prova de que o condutor do veículo está autorizado pela autoridade competente a dirigir. Assim, como bem salientado pela douta representante do* Parquet *Federal, o documento em apreço normalmente é apresentado em ocorrências ligadas à circulação de trânsito, o que impõe sua exposição ao agente fiscalizador. (...) 12. Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1o.-A do CPC*[16] *c/c o art.*

15 *Nota ao art. 304,* in *seu Código Penal Comentado, 4ª ed., Ed. Saraiva, p.1.063.*

16 **CPC "Art. 557** *(...) § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso."* **CPP "Art. 3º** *A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".*

> 3o. do CPP, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença condenatória. (...) Brasília/DF, 23 de outubro de 2007" (STJ, Decisão monocrática do Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, no REsp 956375, DJ 08.11.2007).
> "(...) Uso de documento falso (C.Pen. art.304): não o descaracterizam nem o fato de a exibição de cédula de identidade e de carteira de habilitação terem sido exibidas ao policial por exigência deste e não por iniciativa do agente - pois essa é a forma normal de utilização de tais documentos -, nem a de, com a exibição, pretender-se inculcar falsa identidade, dado o art. 307 C. Pen. e um tipo subsidiário" (STJ, 5ª T., HC 2008/0149911-4, Rel.Min. FELIX FISCHER, Julgamento 18/11/2008, publicação DJe 19/12/2008).

Caracterizado, portanto, o uso de documento falso (CP 304)[17], deve ser mantida a sentença condenatória.

Pelas razões expostas **nego provimento** ao apelo, mantendo, na íntegra, a r. sentença.

É como voto.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Recurso conhecido. Negou-se provimento. Unânime.

———— • ————

17 **Art. 304 -** *Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.* **Art. 297** *- Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005011009673-8

Apelante - P. G. de A.C.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relatora Designada - Desa. Ana Cantarino
Segunda Turma Criminal

EMENTA

PENAL. ART. 214 E ART. 224 ALÍNEA A DO CÓDIGO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTO DO TIPO PENAL. CONDUTA ATÍPICA. ART. 386 INC. III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO. MAIORIA.

1. A doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando no sentido de que a presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual não é absoluta. Devem ser consideradas as características das partes, o decorrer dos acontecimentos, bem como o contexto social em que está inserida a vítima.

2. Não há que se falar em presunção de violência se o menor de 14 anos tinha discernimento quanto aos atos que praticou com a acusada.

3. O crime de atentado violento ao pudor consiste em "*Constranger alguém,* ***mediante violência ou grave ameaça****, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*" (grifos nossos). Afastada a presunção de violência, a conduta da apelante é atípica incidindo o art. 386, inc. III, do CPP.

4. Recurso provido. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romão C. Oliveira - Relator, Ana Cantarino - Revisora, Roberval Casemiro Belinati - Vogal, sob a presidência do Desembargador Roberval Casemiro Belinati, em dar provimento, por maioria. Vencido o Relator. Redigirá o acórdão a Revisora, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2008.

RELATÓRIO

Senhor Presidente, trata-se de recurso de apelação interposto por P. G. de A. C., contra a r. sentença de fls. 133/148, que a condenou pela prática do crime previsto no art. 214, c/c o art. 224, "a" do Código Penal, c/c o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Em razões, pugna a Defesa, preliminarmente, pela nulidade da sentença, afirmando que a aplicação do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 configura julgamento *extra petita,* ante a ausência de pedido expresso na denúncia. No mérito, pleiteia seja a apelante absolvida, tendo em vista a insuficiência de provas para embasar um decreto condenatório. (fls. 158/165)

As contrarrazões são vistas às fls. 168/180, onde o Ministério Público requer o conhecimento e provimento do apelo, para que a ré seja absolvida, ante a relatividade da presunção de violência.

No mesmo sentido é o parecer da d. Procuradoria de Justiça (fls. 184/192).

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Senhor Presidente, tempestivo e próprio, conheço do apelo.

A denúncia narrou os fatos nos seguintes termos:

> "No período compreendido entre março e novembro de 2004, na QE 03, Conjunto 'O', Casa 34, e na via pública da referida quadra, no Guará/DF, em horários variados, mas predominantemente à noite, a denunciada, livre e conscientemente, constrangeu, por diversas vezes, com o fim de satisfazer a sua lascívia, a vítima [...], então contando com idade entre 11 e 12 anos, à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, constrangendo-o, ainda, a deixar que consigo se praticassem tais atos libidinosos, mediante violência que se presume em razão da pouca idade da vítima.
> Em março de 2004, a denunciada levou a vítima para a casa onde trabalhava como empregada doméstica, colocou uma música para tocar, subiu em um mesa e dançou, retirando suas roupas, após o que se deitou nua na cama e mandou que a vítima [...] se deitasse sobre si, fazendo com que ele segurasse em seus seios,

> beijando-os intensamente.
> Em seguida, na mesma ocasião, quando [...] se dirigiu ao banheiro, a denunciada o seguiu, entrando no recinto, colocou-o encostado contra a parede, esfregando-se em seu corpo, o que fez a vítima sair correndo do local.
> Em outra data, no período acima descrito, quando [...] ganhou um balão de ar de presente de sua amiga [...], a denunciada tomou da vítima o balão e se dirigiu à casa de sua patroa, E. A denunciada foi seguida pela vítima, que desejava recuperar o balão. Nesse instante, a denunciada atraiu-o para dentro de casa, deitou-se no sofá, e beijou repetidas vezes a boca e o pescoço da vítima, pegando ainda em suas mãos e colocando-as em seus seios, por cima da roupa.
> Por volta de agosto de 2004, no período noturno, quando as crianças da rua brincavam de pique-esconde, na QR 03 do Guará, a denunciada chamou a vítima para se esconder com ela atrás de umas árvores, e beijou a vítima, fazendo ainda com que essa bolinasse os seus seios, por baixo da roupa, e suas nádegas, por cima das roupas, tentando ainda pegar o pênis da vítima. Tal fato se repetiu outras vezes, deixando a vítima assustada." (fls. 02/03).

Rejeito, de plano, a alegação de nulidade da sentença por aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, à míngua de referência expressa na denúncia, porquanto a questão ventilada se confunde com o mérito recursal e o respectivo pleito será analisado no momento oportuno.

Em síntese, aduz o apelante que a sentença condenatória se baseou em premissas inverossímeis, pelo o que clama por absolvição.

Ao ser interrogada em Juízo, a acusada assim verberou:

> "Conheço a vítima porque trabalhava numa casa em frente a dela, mas nunca a toquei com intenção de satisfação sexual. Cheguei do Piauí e fiz amizade com pessoas daquela quadra, inclusive a vítima e de vez em quando brincávamos naquele local. Todavia, nunca pedi a vítima que tocasse em meus seios ou em qualquer outra parte do corpo e também nunca toquei no corpo da vítima com tal intenção. No início eu não sabia a sua idade, mas depois soube que tinha 12 anos. Na verdade a vítima mandava recados dizendo que queria ficar comigo, inclusive tenho cartas remetidas por ela, mas eu sempre recusei. Eu tinha e ainda tenho namorado

> e por isso nunca me interessei pela vítima. A carta de fls. 48 foi escrita por mim, mas não foi entregue para [...] [uma amiga da vítima], ficou em casa e foi recolhida pela polícia junto com outros objetos e documentos. O [...] referido na carta é a vítima, mas escrevi tal carta sem maldade alguma. A vítima tinha ciúme de mim. Nunca conversamos com intimidade, longe dos olhos de outras pessoas e nunca houve beijo. A vítima não era ingênua, até porque certa feita sua mãe recomendou que ficasse longe de mim alegando que eu sabia de muita coisa, mas a vítima disse que era possível que soubesse mais que eu. A vítima era apaixonada pela irmã da minha patroa que tem 24 anos. Nada tenho contra as testemunhas. [...], [...] e [...] são apaixonadas pela vítima, mas a vítima não gostava delas e as chamava de 'calangas'. A vítima é mais alta do que ele e bem forte, considerando sua idade. A vítima nunca teve medo de mim e nunca ficou assustado comigo. Não é verdade que dancei para a vítima, até porque sequer tinha local para isso." (fls.

A vítima, por sua vez, afirmou que:

> "Conheci a acusada, que na época estava interessada em um outro rapaz da rua, que já era casado. Depois, a acusada disse para todo mundo que estava 'a fim' de mim. Tínhamos uma convivência de brincadeira de final de semana junto com as demais garotas e garotos da rua, e conversava com a acusada normalmente, assim como com qualquer garota. A acusada, certa vez, fez um sinal para mim, meu irmão [...] e [...], para que olhássemos pela janela da casa onde trabalhava. Eu estava com [...] e [...] na rua, onde sempre ficávamos, e quando olhamos, a acusada retirou a toalha que cobria seu corpo, e ficou dançando nua em cima de uma mesa. Depois disso, a acusada me chamou para entrar na casa, chamando também [...] e [...]. Este não quis ir. Entrei na casa junto com [...], e lá estava apenas a acusada. Ela me chamou, dizendo que queria me contar uma coisa, e quando eu me aproximei dela, que estava em pé, ela se jogou no sofá e ao mesmo tempo me puxou para cima dela, momento em que me beijou e colocou minhas mãos sobre os seus seios, dizendo que me amava, que queria ficar comigo. Ela chegou a me dar alguns beijos, mas depois eu me afastei, empurrando-a e sai da casa. Nessa hora, eu senti que não queria

ficar com ela, pois não tinha atração por ela e por isso saí. Me senti estranho, e fiquei meio encabulado, pois não esperava isso. Nesse mesmo dia, antes de a acusada dançar em cima da mesa, eu entrei na casa onde ela trabalhava para usar o banheiro, pois não havia ninguém na minha casa e eu não estava com as chaves, e quando entrei no banheiro e fechei a porta, ela abriu a porta rapidinho, entrou, fechou a porta, apagou a luz, encostou-me na parede, colocou as mãos por baixo da minha blusa, e começou a me beijar. Não mexeu nos meus órgãos sexuais. Eu fiquei espantado, não correspondi aos beijos, e saí. Antes de eu entrar para usar o banheiro, a acusada estava na rua comigo e com [...], e quando eu me dirigia à casa, ela deu uma piscadinha de olho para o meu irmão e entrou atrás. Várias vezes a acusada me chamou para ir até a casa onde ela trabalhava, e sempre falava que tinha algo para mostrar ou dizer para mim. Apesar do sentimento que tive no dia em que a vítima dançou sem roupas, da outra vez em que ela me chamou para ir a sua casa, eu fui porque já havia passado uns dois meses desde a dança, e eu achei que havia sido um fato isolado. Fui até a casa da acusada umas cinco vezes. Algumas vezes ela pegava o meu boné, e levava para casa onde trabalhava, e eu tinha de ir lá para buscar. Uma das vezes ela pegou um balão de água que estava comigo, e eu fui correndo atrás para recuperá-lo, como uma brincadeira. Numa das vezes do boné, quando entramos na casa onde ela trabalhava, ela escondeu o boné, deitou-se no chão, abriu as pernas, e falou 'vem tentar pegar', e ao falar isso me puxava. Eu às vezes tinha que lutar com ela para recuperar o meu boné, e saía correndo para casa. Na ocasião do balão de água, a acusada escondeu o balão dentro da casa, e quando eu entrei, ela tentava me deitar no chão, na cama, em qualquer lugar que houvesse na casa. Ela me pegava à força e me derrubava. Houve vezes em que, na brincadeira de pique esconde, da qual a acusada sempre participava, ela se escondeu no mesmo lugar que eu, me agarrou, colocou uma das minhas mãos na sua bunda, abaixou a blusa e mostrou um dos seios, e tentou abaixar a minha calça. Nessas vezes eu me senti mal, e espantado. Antes de me agarrar perto das árvores, a acusada ordenava que os demais integrantes da brincadeira se afastassem, e os ameaçavam de bater neles, se eles impedissem. Nessas ocasiões eu era encostado na árvore, e ela me agarrava. Em uma dessas vezes, a acusada disse que me

> amava e que queria engravidar. Eu perguntei porque, e ela disse que era porque queria ter um filho, que sairia da cidade, e depois, voltaria quando a criança tivesse uns dois anos. Eu respondia que não ia ter gravidez de jeito nenhum. Não contei aos meus pais o que estava acontecendo porque pensei que eles me deixariam de castigo, proibindo que eu saísse para brincar na rua. Nunca troquei beijos com a acusada na rua, salvo uma vez em que estávamos brincando de 'verdade e consequência', brincadeira onde rodávamos uma garrafa e a pessoa que ficava na direção do fundo da garrafa, podia exigir uma consequência da pessoa que ficava na direção do gargalo, sendo que nessa brincadeira a acusada disse que queria me beijar. Mesmo em face desses fatos eu continuei brincando normalmente na rua, mas quando eu estava meio desprevenido, ela fazia isso. Depois que meus pais descobriram, por relato de terceiros, eu passei a evitá-la, pois meu pai disse que podia acontecer algo ruim comigo. A partir daí ela passou algumas vezes em frente a minha casa dizendo que me amava e gritando que não ia desistir de mim... Fui em quem escrevi os trechos que constam no papel de fl. 85 dos autos. Escrevi isso a pedido de algumas pessoas da rua, quando a acusada estava indo embora e todos estavam deixando bilhetes, sendo que me falaram, que ela ficaria muito triste se eu não escrevesse isso. Escrevi esse bilhete depois que os fatos narrados na denúncia ocorreram. A acusada disse que estava indo embora porque não estava mais aguentando a patroa e todo mundo na rua estava contra ela. Outras pessoas da rua disseram que a patroa não estava satisfeita com ela, porque ela ensinava palavrões para a filha da patroa e não fazia o serviço direito. [...], [...], [...], [...] e [...] é que pediram para que eu escrevesse o bilhete de fl. 85. Também pediram para que meu irmão escrevesse alguma coisa para a acusada, e ele escreveu." (fls.

A contrastar as declarações acima transcritas, tem-se o depoimento do irmão da vítima, que asseverou:

> "A acusada também manifestou interesse por mim, e também tentou me agarrar à força. Ficava perguntando para mim com quantos anos eu queria perder a minha virgindade. No dia em que ela dançou retirando suas roupas, eu, [...] [a vítima] e meu amigo [...] estávamos na rua, e ela falou para olharmos para casa

onde ela trabalhava, que ela iria tirar a roupa, o que efetivamente ela fez. Nesse mesmo dia, antes de ela tirar a roupa, eu quis usar o banheiro da casa dela e ela tentou me agarrar, ocasião em que eu fiquei nervoso, e ela perguntou se eu tinha medo dela. Bem depois desse fato da dança, houve uma época em que [...] [a vítima] e a acusada namoraram, pois ela dizia que amava [...], e que eles namoravam. Além disso, ela tinha muito ciúme dele e dizia que se alguma das outras garotas chegasse perto dele, ela ia ameaçar com uma faca. [A vítima] [...] nunca disse que estava namorando a acusada, mas disse que gostava dela, e eu falei que eles namoraram porque [...] se aproximava dela, quando ela o chamava. Nessa época, em que disse que eles namoravam, ela me pedia para não contar nada para os meus pais, e ele também pedia isso. Eles nunca fizeram esse pedido, juntos. Eles não andavam de mãos dadas. O que acontecia é que à noite, quando o pessoal estava na rua, a acusada aparecia e chamava [...] [a vítima] para irem até um local mais escuro, e ele ia. Às vezes isso acontecia durante a brincadeira de pique esconde, às vezes isso acontecia sem qualquer brincadeira. A acusada gostava de pegar o boné de [...]. Algumas vezes, [...] [a vítima] encontrava-se com ela independentemente de a acusada estar ou não com [seus] pertences [...]. [A vítima] [...] nunca reclamou que não gostou de alguma coisa que a acusada fez, e nunca disse que sentiu mal ou que ela o tenha pego à força. [...] nunca relatou para mim o que ocorria entre ele e a acusada. Nunca disse se eles se beijavam e o que eles faziam quando se encontravam. A acusada, contudo, me contava detalhes do que eles faziam, tendo relatado que uma vez ela propôs que eles transassem na rua, mas meu irmão não quis. Enquanto os fatos entre meu irmão e a acusada estavam acontecendo, [...] [ele] mudou um pouco o comportamento, pois nós o chamávamos para brincar, e se ela estivesse lá na rua, ele não ia, preferindo ficar lá com ela. Ela proibia meu irmão de falar com as outras garotas da rua, dizendo que se ele falasse, ela terminaria o namoro, e ele passou a não falar com essas garotas. Depois que meus pais descobriram, eu percebi meu irmão um pouco triste, mas ele não disse para mim o que estava sentindo. Quando a acusada foi embora da vizinhança, meus pais já sabiam dos fatos. Não escrevi nenhum bilhete para ela nessa ocasião. Não sei se meu irmão escreveu. Nunca vi o bilhete de fl. 85.

> Indagado acerca das divergências entre as suas declarações e as de [...] [seu irmão], que disse que não gostava da acusada, e que não namoravam, acrescentou o seguinte: no início, eu achei que meu irmão estava gostando dela, mas depois eu percebi que ela o estava seduzindo, por causa da forma com que ela agia, tentando tirar a camisa dele, a abaixar as calças dele, e ele saía... Ninguém me pediu para escrever bilhete quando a acusada foi embora. Não vi nenhuma das garotas da rua escreverem bilhetes para ela, pois nessa ocasião todo mundo já não gostava mais da acusada." (fls.

Nesta linha, também merecem destaque as afirmações das testemunhas. Confira-se:

> "Conheci [...] [a vítima] antes de conhecer a acusada, e ele era um rapaz tranquilo. Nunca presenciei a acusada obrigando [...] [a vítima] a praticar algum ato com conteúdo sexual com ela, mas vi uma vez os dois trocando beijos atrás de uma árvore, mas não sei dizer se isso foi durante alguma brincadeira ou não. Não havia namoro entre a acusada e [...] [a vítima], pois a acusada ficava com outras pessoas. A acusada participava de todas as brincadeiras com o pessoal da rua, todos gostavam dela. Por isso, quando ela foi embora, eu escrevi uma carta para ela, e todo mundo assinou, e só faltava [...] [a vítima], razão pela qual pedi para ele escrever algo para ela, senão ela ficaria triste, e ele escreveu. Vi o bilhete, mas não me lembro do seu conteúdo... Achava que [...] [a vítima] gostava da acusada, pois ele se dava muito bem com ela." (fls.
>
> "Conheci primeiro a acusada, que morava com uma amiga minha. Na época dos fatos eu morava no Guará, e P. me disse que estava namorando [a vítima]. Conheci [...] [a vítima], que nunca me disse que estava namorando a acusada. Só vi os dois juntos uma vez, trocando beijos na boca, na rua. Eles não andavam de mãos dadas e a acusada dizia que eles brigavam muito. Nada sei sobre os fatos narrados na denúncia, mas a acusada dizia que uma vez quase chegou a ter relações sexuais com a vítima. Não sei se a acusada levava coisas da vítima para o local de trabalho para atraí-lo para lá. No período em que eles ainda estavam juntos, a acusada dizia que mataria qualquer garota que ficasse com ele, e [o] proibia [...] de falar com as demais garotas da rua. Eu vi algumas fotos da acusada, sem sutiã e apenas de calcinha, ocasião

> em que a acusada ria ao mostrar as fotos e dizia que eram para [...] [a vítima], e que [...] é que as havia batido. [A vítima] [...] nunca disse se sentia alguma coisa por ela. A acusada, depois que tomou conhecimento do processo disse que iria sequestrar a vítima, e que ia dar um jeito de engravidar da vítima. Não sei informar se [...] [ele], antes do professo, tentava evitar a presença da acusada. A acusada sabia da idade [...] [dele], pois falava que ele tinha 12 anos... Tanto [...] [a vítima] quanto [seu irmão] [...] são dois garotos 'que ficam na dele', ou seja, não são atirados, nem paqueradores... Nunca namorei [...] [a vítima]. [...] e [...] são 'a fim' [...] [da vítima]." (fls.

Como cediço, a palavra da vítima, conquanto menor de idade, pode lastrear uma condenação, se narra o fato detalhadamente e com ideias conexas.

E, a meu sentir, os fatos se deram exatamente da maneira relatada pela vítima, sobretudo porque suas declarações foram corroboradas pelos depoimentos das testemunhas.

Não se pode olvidar ainda ser dispensável a comprovação da violência, porquanto se trata de vítima com doze anos de idade, o que implica a aplicação do disposto no art. 224, alínea "a", do Código Penal.

Ora, não é crível admitir que a vítima, com somente 12 (doze) anos de idade, ainda desfrutando da infância, já tinha pleno e exato conhecimento acerca de atos sexuais, ao contrário da acusada, que contava com mais de 20 (vinte) anos e detinha malícia suficiente a induzi-la à prática dos atos narrados na denúncia.

Aliás, a prova oral angariada demonstra que P. trocava carícias com a vítima, beijando a sua boca e fazendo com que tocasse os seus seios. Além disso, os autos revelam que a acusada chegou a dançar nua numa janela para as crianças que estavam brincando na rua, o que revela a sua conduta de perversão.

De mais a mais, ainda que se considere o suposto consentimento da vítima, tal fato não afasta a caracterização do crime, uma vez que, repise-se, se trata de uma criança de 12 (doze) anos e não restou comprovado que já detinha autodeterminação quanto aos fatos sexuais.

Aliás, sobre o tema violência presumida, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se trata de presunção absoluta, portanto não elidida pelo consentimento do menor ou mesmo pelas suas características pessoais (HC 76.259/MG; HC 81.268/DF).

E tal inteligência também encontra respaldo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. É só conferir:

> "A norma inserida no art. 224, I do Código Penal, é expressa no sentido de que, sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais." (REsp 502070/MG, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09.03.2004, DJ 05.04.2004 p. 309).

De igual modo já decidiu esta E. Corte:

> "Provado que a vítima era menor de quatorze anos, na data em que praticou com o réu atos libidinosos diversos da conjunção carnal, improcedente o pleito de absolvição com o fundamento de que tinha plena consciência de seus atos e a ele se entregou voluntariamente. A presunção de violência, nesse caso, é absoluta." (20040810069813APR, Relator Getulio Pinheiro, 2ª Turma Criminal, julgado em 15/02/2007, DJ 20/04/2007 p. 137).

Por todo o exposto, tenho que a condenação deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Noutro norte, pugna a Defesa seja afastada a aplicação do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, a argumento de que o preceito não consta da denúncia.

Ora, é latente a dispensabilidade de prévia inclusão da indigitada norma na peça acusatória preambular, porquanto se refere à aplicação da pena e por isso de observância obrigatória pelo Juiz e não pelo Ministério Público, ao qual incumbe apenas descrever os fatos, promovendo-se a tipificação penal.

Nada obstante, diante da nova redação do art. 2º da Lei 8.072/90, dada pela Lei 11.464/07, determino que a reprimenda seja cumprida em regime inicial fechado, por se tratar de crime hediondo, permitindo-se a progressão.

Nestes termos é que dou parcial provimento ao apelo, apenas para determinar que a pena seja cumprida em regime inicialmente fechado.

E é como voto.

Desa. Ana Cantarino (Revisora e Relatora Designada) - Analiso os requisitos de admissibilidade do recurso.

O termo de apelação foi assinado quando da intimação da sentença, em 27/1/2006. As razões de apelo foram protocolizadas em 24/2/2006, após o transcurso do prazo de oito dias, o que, todavia, configura mera irregularidade formal. Nesse sentido:

> (...) PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE - REJEIÇÃO. (...) VERIFICANDO-SE QUE O TERMO DE APELAÇÃO VEIO AOS AUTOS DENTRO DO PRAZO LEGAL, O OFERECIMENTO INTEMPESTIVO DAS RAZÕES RECURSAIS É MERA IRREGULARIDADE E NÃO OBSTA O CONHECIMENTO DO RECURSO. (2006.01.1.0324947APR DF, Acórdão Número : 276136, data de julgamento 21/6/2007; 2ª Turma Criminal, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA).

Dessa forma, tenho por tempestivo o recurso. Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de apelação interposta por P. G. de A. C. contra sentença que a condenou por atentado violento ao pudor com violência presumida (arts. 214 c/c 224, *a*, do CP) a cumprir pena de 6 anos de reclusão em regime integralmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), em face da vítima ter à época do fato 12 anos de idade.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, requereu o provimento da apelação.

A jurisprudência e a doutrina têm se posicionado no sentido de considerar relativa a presunção de violência inserta no art. 224 do CP. Devem ser consideradas, em cada caso, as características da "vítima", entre outros elementos fáticos que acabam se sobrepondo à referida presunção de violência. Ou seja, no enquadramento de um crime contra a liberdade sexual, há que se ter em conta a idade "psicológica" do indivíduo que se coloca como vítima, a sua personalidade, bem como o decorrer dos acontecimentos, pois que podem afastar o cabimento de presunção de violência pela inocorrência de inocência da vítima, que consentiria com os atos sem saber do que aquilo se trata.

À guisa de ilustração, confira-se o voto do ministro Nilson Naves, em que tece considerações acerca da presunção de violência constante do artigo 224 do CPP.

> *(...) O meu entendimento, porém, é o de que a presunção a que se refere o indigitado art. 224, a, do Cód. Penal - 'presume-se a violência, se a vítima não é maior de 14 (catorze) anos' - é de cunho relativo. Vali-me, ali, da lição de Hungria. Vejamo-la: 'O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência*

> *física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor, ou com o jogo de simulada esquivança ante uma* vis grata*...'('Comentários ao Código Penal', Forense, 1983, vol. VIII, págs. 107-108.) (...) Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades. Assim, o principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, independentemente de a vítima ser homem ou mulher (...) Embora não se lhe negue a missão fundamental de tutelar bens jurídicos, a intervenção do Penal depende de efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão ao bem tutelado pela norma.* (AgRg no Recurso Especial n. 705.429 - GO, data de julgamento 21/06/2007; Relator: Nilson Naves; Superior Tribunal de Justiça).

Como bem esposado no voto acima "*Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades*".

Esse argumento aplica-se ao que relatado no curso do processo. O rapaz que teria sofrido o crime de atentado violento ao pudor tinha à época do fato 12 anos. É exatamente nessa idade que se inicia a exploração daquilo que envolve a sexualidade. Nada mais natural.

Não cabe aplicar o instituto da *innocentia consili* à alegada vítima. A facilidade de acesso à informação de todos os tipos, a forma como as questões sexuais são abertamente tratadas pelas revistas, pela televisão, nos filmes é o bastante para afastar a possibilidade de que ele não sabia o que estava fazendo quando beijou a ré ou tocou seu corpo, entre os outros atos relatados nos autos. Isso está demonstrado nas declarações da "vítima" de fls. 15, *verbis*:

> "Por volta de março de 2004, P. o chamou "para ir a casa em que ela trabalhava, a patroa dela não estava. "Quando eu cheguei lá, ela tinha acabado de tomar banho, estava com uma toalha, colocou uma música, subiu em cima de uma mesa, tirou a toalha e fez um *streap tease*". Em seguida P. deitou-se na cama, mandou que E. deitasse em cima dela, segurasse em seus seios e a beijasse. O entrevistado afirmou que nesse dia não aconteceu nada além do narrado. O declarante acrescentou que "a patroa dela saía e

> ela me chamava para eu entrar**, e eu ia por que eu sou homem**, eu não contava pra ninguém (...) ela me chamava para esconder com ela atrás de uma árvore, falava pra 'mim' tirar a roupa, falava pra eu pegar no peito dela e tentava me beijar". O entrevistado disse que não chegou a tirar a roupa, "mas muitas vezes **eu fiquei com ela sim**, aconteciam beijos e eu pegava nos peitos dela".

Constam dos relatos do irmão da vítima, às fls. 102.

> "E. nunca reclamou que não gostou de alguma coisa que a acusada fez, e nunca disse que se sentiu mal ou que ela o tenha pego a força (...) enquanto os fatos entre o meu irmão e a acusada estavam acontecendo, E. mudou um pouco o comportamento, pois nós o chamávamos para brincar, e se ela estivesse lá na rua, ele não ia preferindo ficar lá com ela".

Além disso, a defesa e o próprio Ministério Público afirmam que a vítima tinha porte de homem e era muito maior que a apelante. Inclusive ele relata que a beijava por que era "homem".

Ressalte-se que a vítima, apesar de ter 12 anos, nasceu em cidade de grande, é de família de classe média, estuda renomado colégio particular de Brasília, estava à época do fato cursando a 6ª série, fazia aulas de inglês, etc.

Por outro lado, a moça, de 20 anos, era interiorana, recém-chegada do Piauí, conforme conta de depoimento da patroa da ré, às fls. 60, informou ter cursado até a 8ª série primária, provavelmente em escola pública no interior daquele Estado.

Moças de 20 anos não costumam andar com jovens ainda na fase da pré-adolescência, muito menos brincar de pique-esconde com a garotada. Todavia, essa era a conduta da ré, o que aponta para um comportamento infantilizado. Em depoimento de fls. 15, a vítima afirma que "*tinha saído para brincar e ela se apresentou normalmente, eu pensei que ela tivesse quatorze anos*".

Em contraposição, observa-se, pela vida da vítima, que ele tinha maior acesso à educação, à informação e maior capacidade intelectual.

O deslinde dos acontecimentos, os depoimentos da vítima e das testemunhas são suficientes para afastar a presunção de violência no presente caso.

Passo à análise da incidência do art. 214 do CPP.

O crime de atentado violento ao pudor consiste em "*Constranger alguém,* ***mediante violência ou grave ameaça,*** *a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*" (grifos nossos).

Afastada a presunção de violência, a conduta da apelante não preenche os requisitos do supracitado artigo.

Para que haja a efetiva caracterização do tipo penal em referência, tendo em vista seus elementos constitutivos, é necessária a ocorrência de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, acrescidos à prática de violência, de grave ameaça ou fraude.

Ora, em inexistindo qualquer desses elementos - *in casu* a violência, ou grave ameaça - não há que se falar em conduta típica e, via de consequência, em conduta criminosa.

Em síntese, a apelante trocou alguns beijos com a vítima, ele tocou seus seios, mas longe de haver consumação de ato sexual. Não se trata de atentado violento ao pudor, mas de um envolvimento afetivo entre dois jovens com diferença de idade, mas que brincavam juntamente com outros jovens de pique-esconde na rua onde moravam.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO para absolver a ré, com fulcro no art. 386, inc. III, do CPP.

É como voto.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Presidente e Vogal) - Peço vista.

DECISÃO

O eminente Relator deu parcial provimento ao recurso e a eminente Revisora deu provimento para absolver a ré. O Vogal pediu vista.

PEDIDO DE VISTA

Des. Roberval Casemiro Belinati (Presidente e Vogal) - Pedi vista para poder melhor examinar os fatos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta por P. G. de A. C., fls. 158/165, posto que inconformada com a decisão do douto Juízo da Terceira Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília (fls. 133/148), que a condenou nas sanções do artigo 214, c/c o artigo 224, alínea "a", ambos do Código Penal, c/c o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, à pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Alega a Defesa, preliminarmente, que a aplicação do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 configura julgamento *extra petita*, pois não foi formulado pelo Ministério Público pedido para imposição de tal norma. No mérito, requer

a reforma da sentença para absolver a ré, em face da fragilidade do conjunto probatório.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, ao argumento de que a vítima, um menor entre 11 e 12 anos de idade, tinha a exata noção do que estava fazendo, verificando-se, ainda, que se envolveu afetivamente com a acusada, uma empregada doméstica, de 20 anos de idade, recém-chegada em Brasília do Piauí (fls. 168/180).

O eminente Procurador de Justiça, Dr. Josemias Costa, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença para absolver a apelante, ratificando os argumentos apresentados em sede de contrarrazões (fls. 184/192).

Em julgamento realizado na sessão desta egrégia Segunda Turma Criminal, no dia 04 de dezembro de 2008, **o eminente Relator, Desembargador Romão C. Oliveira, deu parcial provimento ao recurso da Defesa**, apenas para determinar que a pena seja cumprida em regime inicial fechado. **A eminente Revisora, Desembargadora Ana Cantarino, deu provimento à apelação**, para absolver a ré com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - ABSOLVIÇÃO

Com a devida vênia do eminente Relator, não vejo como acompanhar seu percuciente voto, em razão de que as provas apontam para a absolvição da recorrente.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm procurado acompanhar a evolução da sociedade, no sentido de considerar relativa a presunção de violência inscrita no artigo 224 do Código Penal, sem que isso represente atentado à moralidade ou à ética.

Guilherme de Souza Nucci[18], em suas ponderações acerca do tema, assevera, *ad litteram*:

> "Cremos que, em regra, a presunção não deve comportar prova em contrário, sob pena de se invalidar a regra penal, esvaziando o seu conteúdo protetor e impingindo à pessoa ofendida o dever de provar sua honestidade, que é, em verdade presumida pela própria norma penal. Ocorre que não se pode desconhecer a realidade dos fatos na aplicação do direito. Assim, em hipóteses excepcionais, acreditamos poder o réu demonstrar que a vítima, ainda que

18 *NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 839.*

> protegida pelo art. 224, tinha pleno conhecimento e vontade do que fazia, não se podendo falar em violência ficta. (...) Há precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, embora polêmico. Votou o Min. Marco Aurélio (relator): "A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra (...) Nos nossos dias não há crianças, mas moças de dozes anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais diversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir".

Nesse contexto, diante das provas apresentadas nos autos, denota-se que a vítima, um menor que à época contava entre 11 e 12 anos de idade, tinha a noção do que estava fazendo. Vejamos.

A vítima prestou as seguintes declarações na fase inquisitorial, fl. 15:

> ***"Por volta de março de 2004, P. o chamou para ir na casa em que ela trabalhava, a patroa dela não estava. Quando cheguei lá, ela tinha acabado de tomar banho, estava com uma toalha, colocou uma música, subiu em cima de uma mesa, tirou a toalha e fez um* streap tease*" ... "a patroa dela saia e ela me chamava para eu entrar, eu ia porque eu sou homem, eu não contava para ninguém" ... "mas muitas vezes eu fiquei com ela sim, acontecia beijos e eu pegava nos peitos dela".***

O irmão da vítima H. O. V. C. assim declarou, *verbis* (fl. 102):

> "Houve uma época em que E. e a acusada namoraram, pois ela dizia que amava E., e que eles namoravam ... E. nunca disse que estava namorando a acusada, mas disse que gostava dela, e eu falei que eles namoraram porque E. se aproximava dela, quando ela o chamava ... E. nunca reclamou que não gostou de alguma coisa que a acusada fez, e nunca disse que sentiu mal ou que ela o tenha pego a força...".

Há também os relatos prestados pelas testemunhas M. C. C. e A. S. S.:

> ***"Nunca presenciei a acusada obrigando E. a praticar algum ato com conteúdo sexual com ela, mas já vi os dois trocando beijos atrás de uma árvore, mas não sei dizer se isso foi durante alguma brincadeira ou não ...".*** (M. C. C., fl. 104)
> ***"Só vi os dois juntos uma vez, trocando beijos na boca, na rua".*** (A. S. S., fl. 105).

Tais declarações demonstram que o acusado sabia o que estava fazendo, tendo se envolvido afetivamente com a apelante, uma empregada doméstica, de 20 anos de idade, conforme documentos de fls. 48 e 85.

O Ministério Público, em ambas as Instâncias, pugnou pela absolvição da apelante.

Segundo bem colocado no Parecer Ministerial, *"a moça aparentava ser pequena e franzina. Por outro lado, a vítima mostrava-se bem nutrida, porte de homem, bem informado, pertencente à família de classe média, não sendo crível que não tivesse conhecimento dos atos relatados nos autos."*

Com efeito, os acontecimentos aliados aos depoimentos testemunhais são suficientes para afastar a presunção de violência no caso em tela, não se podendo considerar que ocorreu a efetiva agressão à liberdade sexual do ofendido, a configurar o delito de atentado violento ao pudor, tratando-se, na verdade, de um envolvimento afetivo entre duas pessoas com idades diferentes.

A propósito, a Jurisprudência:

> ***"[...] ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. 1. Mantém-se a absolvição do réu, uma vez certo que a vítima, que não era mais virgem, não só consentiu como provocou a prática dos atos libidinosos, com pleno discernimento sobre a sexualidade e suas consequências, apesar de contar com 13 anos de idade, o que torna a presunção de inocência relativa [...]".***
> (APR 20050810034274, Acórdão nº 290050, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Criminal, julgado em 11/10/2007, DJ 31/1/2008, p. 996).

> ***"PENAL - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - PRESUNÇÃO RELATIVA - INEXISTÊNCIA DE* INNOCENTIA CONSILII *- ATIPICIDADE. A comprovação de que a menor de quatorze anos não possuía mais a* innocentia consilii*, que no caso consiste***

> ***na inocência e ingenuidade em relação aos atos sexuais, exclui a presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal, tornando atípica a conduta".*** (APR 20040510085583, Acórdão nº 230951, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 1ª Turma Criminal, DJ 25/1/2006, p. 67).
>
> ***"[...] 1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente. 2. Reputa-se relativa a violência presumida disposta no inciso a do art. 224 do Cód. Penal. 3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente. 4. No caso, o consentimento não-viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro".*** (REsp 542324/BA, Relator Ministro NILSON NAVES, Sexta Turma, DJe 14/4/2008).

Nestes termos, a ré deve ser absolvida por não constituir o fato infração penal.

Diante do exposto, pedindo a mais respeitosa vênia ao eminente Relator, acompanho a eminente Revisora para dar provimento ao recurso da Defesa a fim de absolver a ré P. G. de A. C. das imputações da denúncia, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

DECISÃO

Deu-se provimento, por maioria. Vencido o Relator. Redigirá o acórdão o Revisor.

———— • ————

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005021002399-0

Apelantes - J.C.P. dos R. e L.C. de M.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Romão C. Oliveira
Segunda Turma Criminal

EMENTA

PENAL. ARTIGO 155, § 4º, INCISO IV, C/C O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E O ARTIGO 14, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DO FATO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - POSSIBILIDADE. PORTE DE ARMA - AUSÊNCIA DE LESÃO À INCOLUMIDADE PÚBLICA - INVIABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME.

Se os acusados são primários e os objetos subtraídos da vítima possuem valores irrisórios de modo a não representar um dano efetivo ao seu patrimônio, faz-se mister a aplicação do princípio da insignificância, excluindo-se a tipicidade da conduta. (Art. 386, inciso III do CPP).

O crime previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03, é classificado como de mera conduta, que se consuma independente da existência de perigo concreto. Assim, pessoa que porta arma de fogo sem autorização pratica conduta típica, sendo irrelevante a demonstração de finalidade específica para o porte.

Verificando-se que a reprimenda restou fixada em patamar exacerbado, cumpre ao Tribunal proceder à devida adequação.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Romão C. Oliveira - Relator, Souza e Avila - Revisor e Luís Gustavo - Vogal, sob a presidência do Desembargador Sérgio Rocha, em dar parcial provimento ao recurso de J.C.P. dos R. e dar provimento ao recurso de L.C. de M., nos termos do voto do eminente Relator, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de março de 2009.

RELATÓRIO

J.C.P. dos R. foi condenado como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal a cumprir 01 (um) ano, 02 (dois) meses, 15 (quinze) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, fixados no valor mínimo legal e pelo artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/03 a pena de 02 (dois) anos, 01 (um) mês de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal. L.C. de M. foi condenado como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal a cumprir 01 (um) ano, 02 (dois) meses, 15 (quinze) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal.

A defesa técnica interpôs recurso, pleiteando a absolvição dos acusados pelo crime de furto com base no princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer o reconhecimento em favor dos réus do privilégio previsto no § 2º, do artigo 155 do Código Penal. Pleiteia ainda, a absolvição do condenado J.C. pelo delito descrito no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, por atipicidade, alegando que o propósito do condenado era unicamente ter a arma na chácara aonde reside para se defender. Finalmente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea total para J.C. e parcial para L. e a redução da pena imposta.

As contrarrazões vieram às fls. 322/330, pugnando pelo não-provimento do recurso. No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria de Justiça.´

É o relatório.

VOTOS

Des. Romão C. Oliveira (Relator) - Senhor Presidente, conheço do recurso, eis que tempestivo e próprio.

A materialidade restou demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 06/09), do auto de apresentação e apreensão (fl. 27), do termo de restituição (fl. 28), do laudo de avaliação indireta (fl. 111/112), do laudo de eficiência da arma (fls. 122/123), aliado a prova oral colhida.

A vítima E.M. da S. declarou em Juízo:

> "Eu saí mais cedo da pamonharia de minha propriedade por volta das 20h30min e me dirigi a minha residência. O meu filho menor de seis anos à época, de nome I., estava em minha companhia. Por volta de 22h30min fui tomar banho. Quando saí do banho fui até a sala ver se o meu filho estava dormindo e depois voltei para o quarto. Neste momento, ouvi barulho de alguém pulando

> o muro. Pensei que pudesse ser o meu marido que ainda estava na Pamonharia que fica no fundo do lote e liguei para ele para me certificar. Meu marido atendeu o telefone e então eu desconfiei que era outra pessoa. Esperei cinco minutos e chamei a polícia que chegou após cerca de quinze minutos. Os policiais foram pelo fundo da chácara com uma lanterna procurando por alguém suspeito. Neste momento, eu saí de casa com o meu marido que já havia chegado e foram se aproximando do local vários vizinhos, ficando todos acompanhando a diligência policial. Os policiais encontraram os acusados já saindo do mato em direção ao Incra 08. Os policiais me perguntaram se tinham sido os dois suspeitos que estavam detidos no interior da viatura onde havia uma mochila, dentro da qual se encontravam um quadro da minha casa e uma faquinha de serra. Os policiais me perguntaram se aqueles objetos eram meus e eu respondi que sim. Os policiais interrogaram os detidos e eles confirmaram que realmente tinham subtraído os objetos da minha casa. (...) Recuperei o quadro e a faquinha de serra que os acusados subtraíram de minha casa. Dos dois acusados, eu já conhecia J.C., porque ele tinha trabalhado de servente em uma obra em minha casa, há cerca de seis meses antes do fato. O outro acusado eu não conhecia. Os acusados tiveram acesso ao interior da minha casa pulando o muro que cerca o terreno e entrando pela área de lazer que dá acesso ao interior da residência...". (fl. 162).

Os acusados J.C. e L. confessaram parcialmente a prática delituosa (fls. 98/101).

Os recorrentes pleiteiam absolvição pelo crime de furto, invocando a aplicação do princípio da insignificância.

O princípio da insignificância é aplicado em casos em que a pequeníssima relevância da lesão causada ao bem jurídico enseja a permanência do fato fora do campo de incidência do Direito Penal, excluindo a tipicidade da conduta.

Imprescindível, todavia, uma análise casuística em que ao valor monetário do objeto furtado venha a somar-se o efetivo dano, considerado sob a ótica do ofendido, sujeito passivo do delito, ressalvadas particularidades tais como a condição sócio-econômica da vítima e a significância do bem furtado.

O Ministro Carlos Britto, do excelso Supremo Tribunal Federal, quando Relator do *Habeas Corpus* nº 84.424/SP bem analisou as hipóteses em que deve ocorrer a aplicação do Princípio da Insignificância. É só conferir:

"(...) 11. *In casu*, verifica-se que a controvérsia se restringe a averiguar se o furto de uma bicicleta, cujo valor é R$ 60,00 (sessenta reais), poderia ou não ser considerado como infração de bagatela, a ponto de excluir a tipicidade da conduta do agente e, via de consequência, o *ius puniendi* estatal.
12. Assim, apesar de o valor do veículo não ultrapassar o do salário mínimo vigente, trata-se de bem penalmente protegido e significante. Se interpretássemos o tipo penal do furto por meio do princípio da insignificância para excluir a incriminação em caso de objeto material de baixo valor, seja quanto ao patrimônio da vítima, seja em face de um parâmetro genérico e abstrato como o salário mínimo, poderíamos chegar a situações absurdas como a exclusão do crime quando a vítima, fosse um milionário e o bem furtado não lhe diminuísse sensivelmente o patrimônio. Por hipótese, poderíamos considerar uma vítima cujo patrimônio se assemelhasse ao de Bill Gates; ocorrendo o furto de um automóvel de propriedade dessa pessoa, não se pode dizer da ocorrência de prejuízo significativo.
Entretanto, em face da sociedade, tal conduta não poderia ser tida como um indiferente penal.
13. Portanto, o critério para utilização da insignificância não deve ser exclusivamente a relação entre o objeto material do delito e o patrimônio da vítima no caso concreto, sob pena de chegarmos a interpretações teratológicas.
14. Também no tocante ao salário mínimo vigente não há como se reconhecer a insignificância da conduta. Apesar de R$ 60,00 (sessenta reais) representarem aproximadamente um quarto do salário mínimo, não se poderia dizer que, ordinariamente, alguém que percebesse tal valor tenha condições de dispor de sua quarta parte para adquirir uma bicicleta. (...).
16. Nesses termos, para utilização criteriosa do princípio da insignificância há que se ter em conta a realidade sócio-econômica do País, devendo-se, portanto, fazer a tropicalização das doutrinas e teorias estrangeiras de acordo com o perfil da sociedade brasileira. Dessa forma, ainda que a quantia de R$ 60,00 (sessenta reais) seja um valor relativamente baixo, considerando-se os padrões sócio-econômicos do Brasil, não pode ser tido como desprezível.
17. Ademais, no emprego da insignificância **há que se distinguir entre infração de ínfimo e de pequeno valor**. No que se refere

> à primeira espécie, indiscutível a possibilidade de sua aplicação, uma vez que não há como negar, em face do princípio da fragmentariedade, a desnecessidade de se chamar o Direito Penal a regular o fato *última ratio*. Já com respeito à infração de pequeno valor, aplica-se, eventualmente, a figura do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do Código Penal). Sendo assim, importante fazer a distinção, pena de julgamento *contra legem.*
> 18. Considerando-se também a diferenciação acima, é de se concluir que a coisa subtraída seria de pequeno valor, porém jamais de valor ínfimo ou desprezível, não sendo possível que se aplique, *in casu,* O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA..." ("Informativo do STF" N. 373, de 16-dezembro-2004, pág. 4). Grifei e negritei.".

No caso em tela, verifica-se que os condenados são primários, sem maus antecedentes, tendo subtraído da residência da vítima 01 (uma) faca de mesa avaliada em R$ 1,00 (Hum real) e 01 (um) quadro de parede no valor de R$ 10,00 (Dez reais).

Como se observa, os objetos subtraídos possuem valores reduzidos e foram restituídos à vítima.

Assim sendo, não obstante o valor da *res* furtiva não ser o único parâmetro à aplicação do referido princípio, verifico que as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela.

Dou, pois, provimento ao apelo, para absolver os acusados J.C. e L. pelo crime de furto, por atipicidade da conduta, com base no princípio da insignificância (Art. 386, inciso III do CPP).

Noutro tópico, pleiteia a defesa a absolvição do condenado J.C. quanto ao delito descrito no artigo 14 da Lei nº 10.826/03 por atipicidade, alegando que o propósito do acusado era unicamente ter a arma na chácara aonde reside para se defender e que não houve efetiva lesão ao bem jurídico: segurança coletiva.

O porte de arma é crime de mera conduta que se consuma independente da existência de perigo concreto.

Nesse sentido a lição do professor Damásio E. de Jesus:

> "Entendemos, entretanto, que os delitos de porte de arma e figuras similares não são crimes de perigo nem abstrato nem concreto; são crimes de lesão e de mera conduta (de simples atividade). (...) Os delitos de porte de arma e figuras correlatas são crimes de lesão

> porque o infrator, com sua conduta, reduz o nível de segurança coletiva exigido pelo legislador, atingindo a objetividade jurídica concernente à incolumidade pública. E são crimes de mera conduta porque basta à sua existência a demonstração da realização de comportamento típico, sem necessidade de prova de que o risco atingiu, de maneira séria e efetiva determinada pessoa.". (Damásio E. de Jesus, Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados, 2ª Ed. Saraiva, 1999, p. 11 e 14, *apud* Leis Penais e sua Interpretação Jurisprudencial, 7ª Ed., pag. 2119).

Esse também é o entendimento dominante deste egrégio Tribunal:

> "EMENTA
> PENAL - PORTE DE ARMA - CRIME DE MERA CONDUTA - CONSUMAÇÃO - NULIDADE RELATIVA - FALTA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO APROPRIADO - VÍCIO SANADO.
> O porte de arma é crime de mera conduta que se consuma independente da existência de perigo concreto. Considera-se sanada a nulidade relativa não arguida no momento oportuno". (APR 20010310122675 DF, 1ª Turma Criminal, Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, publicação no DJU: 15/06/2005 Pág.: 42)

> "EMENTA
> PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 9.437/97. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO LIMITE MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.
> Para a consumação do delito de porte ilegal de armas (em sentido lato, todas as formas previstas no dispositivo legal), dispensa-se a demonstração de que a conduta tenha lesado ou posto em perigo bem jurídico individual, haja vista configurar-se crime de mera conduta". (APR 20020710016835 DF, 1ª Turma Criminal, Relator: MARIO MACHADO, data de julgamento: 17/03/2005, publicado no DJU: 22/04/2005 Pág. : 87)

É importante ressaltar ainda, que, na hipótese dos autos, a eficiência da arma foi atestada pelos peritos, que concluíram, às fls. 122/123, que a espingarda examinada está apta para realizar disparos.

Finalmente, pleiteia o recorrente a redução da pena.

O Juiz monocrático ao dosar a pena do condenado J.C. pelo crime de porte de arma assentou:

> "Quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 tem-se que o acusado agiu com **culpabilidade** a qual restou devidamente comprovada, a merecer reprovação social; **não possuía antecedentes**; sua **conduta** não pôde ser investigada; sua **personalidade** estava em formação e não restou cientificamente investigada; os **motivos** são inerentes ao delito, a ilegalidade de um armamento sem seu devido porte; não houve **consequências,** pois o delito é de mera conduta; as **circunstâncias** pesam em seu desfavor, pois adquiriu o armamento de forma irregular, e portou-o no período noturno, o que revelam maior periculosidade. Atento a essas circunstâncias, **fixo a pena base em 2 (dois) anos, 06 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo legal.**
> Não há circunstâncias agravantes, havendo a presença das circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e confissão, de sorte que reduzo a pena em 05 (cinco) meses, a fixá-la em 2 (dois) anos, 01 (um) mês de reclusão e 13 (treze) dias multa, no valor mínimo legal.
> Não há causas de aumento ou diminuição a serem valoradas, de modo que **torno definitiva a pena**.".

Neste ponto, verifico que a r. sentença merece reparos, eis que a pena-base imposta ao condenado restou dosada em patamar elevado.

Assim sendo, analisando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, mormente a culpabilidade e as circunstâncias fixo a pena-base do condenado J.C. em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa. Na segunda fase, reduzo a reprimenda para o mínimo legal previsto para a espécie, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão em regime inicial aberto e ao pagamento 10 (dez) dias-multa, eis que a redução aquém do mínimo legal encontra-se óbice intransponível na Súmula 231 do STJ, tornando-a definitiva neste patamar ante a ausência de causas de diminuição e aumento.

Isto posto, dou parcial provimento ao apelo para absolver L.C. de M. e J.C.P. dos R. pelo crime de furto, por atipicidade da conduta, com base no princípio da insignificância (Art. 386, inciso III do CPP) e reduzir a pena do crime de porte de arma.

E é como voto.

Des. Souza e Avila (Revisor) - Com o Relator.

Des. Luís Gustavo (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Deu-se parcial provimento ao recurso de J.C.P. dos R; e deu-se provimento ao recurso de L.C. de M., nos termos do voto do eminente Relator. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005071018827-9

Apelante - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Apelado - R. M. de S. J.
Relator - Des. Silvanio Barbosa dos Santos
Segunda Turma Criminal

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE DE FETO EM RAZÃO DE NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. AUSÊNCIA DE AUTONOMIA DO APRENDIZ. EXECUÇÃO DE OUTRAS ATIVIDADES SOB SUPERVISÃO DE PRECEPTOR (STAFF). PARTURIENTE ATENDIDA POR VÁRIOS PROFISSIONAIS DURANTE PLANTÃO MÉDICO. ABSOLVIÇÃO. VIABILIDADE.

1. Inviável imputação de homicídio culposo a médico residente plantonista, se a acusação deixa de produzir contraprova, a fim de infirmar a regularidade dos atendimentos feitos pelo apelado.
2. Ausente prova de que o médico residente tenha ministrado medicação equivocada ou realizado procedimento inadequado, afastam-se indícios de que tenha agido com negligência no atendimento dispensado à parturiente, genitora da vítima.
3. Lança uma pá de cal sobre os fatos a afirmação de que o *staff* (preceptores) é responsável pela determinação das atribuições a que deve se submeter os médicos residentes, assim como pela determinação do momento de realização dos procedimentos médicos.
4. Se, em regime de plantão, não há exclusividade de atendimento, e constatando-se que a mãe da vítima recebeu atendimento de outro profissional, em prazo menor que aquele aludido pelo *Parquet*, acolhe-se tese absolutória, haja vista que o infortúnio (morte do feto) não pode ser debitado ao médico residente.
5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Silvanio Barbosa dos

Santos - Relator, Sérgio Rocha - Vogal, Arnoldo Camanho de Assis - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos, em proferir a seguinte decisão: conhecer do recurso. Negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 30 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Pela r. sentença de fls. 217-226, cujo relatório se adota como complemento, proferida pela ilustre autoridade judiciária da 1ª Vara Criminal de Taguatinga-DF, **R. M. DE S. J.** foi **absolvido** da imputação da prática do crime capitulado no artigo 121, §§ 3º e 4º, c/c art. 13, § 2º, do Código Penal, por evento supostamente ocorrido no dia 21-maio-2005, nas dependências do Hospital Regional de Taguatinga-DF.

Recorre o d. MINISTÉRIO PÚBLICO (fl. 227), recebido (fl. 258), aduzindo, em sede de razões recursais, resumidamente (fls. 235-255), que a r. sentença deve ser reformada, haja vista existência de prova suficiente da autoria atribuída ao réu, que atuou de forma negligente, omitindo-se no seu dever de evitar a morte da vítima, vez que não monitorou os batimentos cardíacos do feto, com a frequência recomendada, isto é, a cada 30 minutos. Também sustenta conduta negligente do apelado, pois não preencheu o partograma, instrumento indispensável para acompanhamento do trabalho de parto.

Em contrarrazões, a d. Defesa Técnica do réu posicionou-se pela manutenção da r. sentença (fls. 261-264).

Nesta instância, a eminente Procuradora de Justiça, Doutora MARGARIDA CAFÉ, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 276-282).

É o relatório do necessário.

VOTOS

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Relator) - Conheço do recurso.

O réu foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, c/c art. 13, § 2º, do Código Penal, sob fundamento de que teria agido de modo negligente no atendimento à parturiente A. M. DA S. S., no dia 21-maio-2005, quando atuava como médico residente plantonista do Hospital Regional de Taguatinga-DF, ocasionando a morte do feto.

A mãe da vítima chegou ao HRT, na madrugada do dia 21-maio-2005 (à 01h53m). Foi atendida, inicialmente, pelo Doutor S. B. DA P. (fl. 30). Embora tenha sido dispensada, sob pretexto de que não estava na hora do parto, permaneceu na porta do hospital, vindo sentir novas dores às 05h00m, quando, efetivamente, foi

internada, conforme guia de internação assinada pela Doutora R. N. DOS S. (fl. 44). A partir de então, foi considerada em trabalho de parto, recebendo medicação apropriada.

A materialidade restou demonstrada, de forma inconteste, pelos seguintes documentos: portaria (fls. 08 e 09); ocorrência policial (fls. 10 e 11); laudo de exame de corpo de delito - cadavérico (fl. 12); certidão de óbito (fl. 13); prontuário médico (fl. 29-45).

No que pertine à autoria, observa-se que o réu a negou em seu interrogatório.

Colho a oportunidade para compilar os argumentos destilados pelo recorrido (fls. 68-70):

> *"(...) que a denúncia não é verdadeira; que à época dos fatos o interrogando era residente, cumprindo esta etapa de sua carreira junto ao HRT, podendo informar que em razão desta condição não clinicava sozinho e nem trabalhava sozinho durante os plantões que executava; que o procedimento correto era o de os residentes trabalharem juntos com médicos mais experientes, denominados staffs e também, preceptores, estes funcionando como 'professores'; que recorda-se de que no dia dos fatos assumiu o plantão das 13h às 19h, tendo recebido o mesmo de outros colegas residentes, os quais, por sua vez, também trabalharam acompanhados de* staffs *e preceptores; que pode informar que no local existem quatro alojamentos (enfermarias) destinados à acomodação de gestante em estado de pré-parto, sendo que no local também são atendidas pacientes em situação de aborto, sangramento uterino etc.; que em cada alojamento são acomodadas em torno de quatro a cinco pacientes, sendo certo afirmar que no dia dos fatos, ao assumir o plantão havia em torno de vinte pacientes para serem atendidas, tendo o interrogando a atribuição de examinar e avaliar o quadro clinico de cada uma destas pacientes;* ***que recorda-se de ter atendido a genitora da vítima, em torno de 13h36****, constatando dilatação de 6 (seis) cm, com "apagamento do colo de 60%", cuja dinâmica constatada era de duas contrações a cada dez minutos; que em razão deste quadro clinico, pode afirmar que o procedimento médico adequado era o de nova avaliação em torno de uma hora depois,* ***tendo na ocasião ministrado os seguintes medicamentos e procedimentos, com orientação do*** staff***, Dr. E.****: 'dieta zero, SG (soro glicosado - 5%), 500ml/ev (endovenosa) à dez gotas pro minuto; Ocitocina, uma ampola no soro; Bromoprida, uma ampola/ev; Buscopan - uma*

ampola/ev e decúbito lateral esquerdo, SVR (sinais vitais regulares)', vez que aquele quadro indicava que a paciente estava em trabalho de parto, "ainda sem intercorrência
" (significando que até então estava tudo bem com o feto); que em seguida o interrogando seguiu o seu trabalho normal de atendimento a outras pacientes, ***ressalvando que em todos os trabalhos que executava era acompanhado de um staff****; que* ***recorda-se de ter feito nova avaliação do quadro clínico da genitora da vítima às 15h, quando constatou que a dilatação do colo uterino ainda estava em seis centímetros, porém com 'apagamento do colo de 80%(oitenta por cento)', cuja dinâmica das contrações era de uma a cada dez minutos; que nesta ocasião os batimentos cardíacos fetais era de 140bpm****; que o sofrimento fetal ocorre quando os batimentos cardíacos encontram-se fora da faixa de normalidade, menos de 120bpm ou acima de 160bpm;* ***que em razão da diminuição das contrações, o interrogando, ainda sob orientação do médico staff, Dr. E., ministrou as seguintes medicações: 'SG (Soro glicosado) 5% - 1500ml/ev - 50 gotas por minuto), uma ampola de Ocitocina no terceiro soro - ev - 10 gotas por minuto; sinais vitais regulares'****; que posteriormente o interrogando seguiu seu trabalho normal, continuando a examinar todas as demais pacientes que se encontravam na enfermaria do pré-parto,* ***recordando-se de ter realizado uma curetagem AMIU - aspiração manual intra-uterina às 14h30, um parto normal às 16h38min, outro parto normal às 17h05, outro às 17h07, aproximadamente, às 17h59 realizou uma cesariana e em seguida outro parto normal****; que o interrogando* ***esclarece que em seu plantão havia pelo menos três staffs, Doutores E., A. P. e W.****, podendo informar que em plantões nunca trabalham menos de quatro* staffs*, porém não se recorda do nome dos outros dois médicos, que todos são responsáveis pelos plantões e todos os pacientes que lá se encontram internados; que enquanto o interrogando estava realizando os procedimentos médicos acima mencionados, os outros médicos certamente examinavam os demais pacientes; que foi informado que por volta das 18h, do dia dos fatos, o Dr. E. e a auxiliar de enfermagem H. passaram uma 'sonda de alívio' na genitora da vítima; que não sabe informar se a vítima chegou a ficar sem atendimento médico por quatro horas seguidas, vez que enquanto estava desempenhando seu trabalho junto a outras pacientes, não tem como saber quais procedimentos adotados por outros*

> *médicos, mas acredita que tal fato não tenha ocorrido, ressalvando que chegou a ler o presente feito e constatou que a genitora da vítima relata que foi 'tocada' por uma pessoa do sexo feminino, a qual não soube informar se seria médica ou enfermeira, porém o interrogando afirma que no HRT o procedimento de 'toque' é feito somente por médico e o enfermeiro ou auxiliar de enfermagem não tem autorização para tanto; que tem conhecimento de que foi aberta sindicância para apurar as circunstâncias em que a morte do feto se deu, porém não houve indiciamento prévio de nenhum médico; que não sabe dizer o resultado da sindicância (...)* ***o interrogando não era responsável direto pelo atendimento da genitora da vítima, ou seja, não era o único responsável pelo atendimento dela, vez que, além de sua pessoa havia no mínimo três médicos*** **staffs**...*"*

Peço vênia para consignar que todas as manifestações posteriores, isto é, todo o conjunto probatório produzido, em juízo, lastreia o decreto absolutório engendrado pela d. autoridade judiciária de primeiro grau.

Não obstante, faz-se necessário afastar os fundamentos adotados pelo d. MINISTÉRIO PÚBLICO em reforço a sua tese condenatória.

Alega o eminente representante do *Parquet* que a conduta do réu teria sido negligente, uma vez que, assumindo o plantão às 13h00min, avaliou a genitora da vítima, paciente de apenas 17 (dezessete) anos, em duas únicas oportunidades - às 13h36min e às 15h00min. A atuação negligente do recorrido consistiria no fato de, após o atendimento das 15h00min, somente às 19h10min. veio a parturiente, mãe da vítima, ser novamente atendida, quando foi detectada a ausência de batimentos cardíacos fetais.

Em que pese a assertiva, ouso divergir desse posicionamento, posto que há registro no prontuário médico da genitora da vítima (fl. 41), e declarações da testemunha J. E. L. DOS S. (fls. 144 e 145), confirmando atendimento à paciente A. M. às **18h00min.**, confirmando a regularidade dos batimentos cardíacos do feto, bem como realizando procedimento de sonda de alívio para retirada de urina acumulada, fator que poderia estar dificultando a saída do bebê.

Confira-se:

> *"(...)* ***o declarante médico ginecologista e obstreta há aproximadamente vinte e sete anos; que é preceptor de residência médica há cerca de vinte anos junto ao HRT; que o preceptor atua junto a um médico residente, cuja atuação é limitada, vez que não assume decisões importantes sozinho****; que recorda-se de no dia dos fatos estava*

de plantão, sendo que sua escala era de doze horas; que iniciou o plantão às 7h e findou, portanto, às 19h; que naquele nosocômio, trabalham quatro médicos por plantão, na área de ginecologia e obstetrícia; que a praxe é de que dois médicos trabalhem no pronto-socorro no horário compreendido entre 7h e 13h e dois, no Centro Obstétrico, sendo que no segundo horário, das 13h às 19h, há troca de posto; que no dia dos fatos recorda-se de ter trabalhado no Pronto-Socorro no horário de sete às treze juntamente com o doutor V. e, ***no segundo horário, entre treze e dezenove horas, assumiu o Centro Obstétrico junto com o doutor V. e o acusado****, o qual era médico-residente; que* ***se recorda de que o acusado examinou a genitora da vítima por volta de 15h ou 15h40; que pelo que se recorda não se constatou nenhuma anormalidade, vez que a dilatação estava fluindo normalmente****; que* ***por volta das 18h o declarante alega que voltou a examinar a genitora da vítima, não tendo verificado nenhuma anormalidade, nos batimentos cardiofetais, porém constatou que havia retenção urinária, razão pela qual alega ter passado uma sonda de alívio e retirado em torno de 900 ml (novecentos mililitros) de urina; que este procedimento restou anotado no prontuário médico da paciente, recordando-se de que foi auxiliado pela auxiliar de enfermagem E.****; que* ***o declarante alega que naquela ocasião foi atender outra paciente, tendo se esquecido de fazer a anotação junto ao prontuário da genitora da vítima****, mas como consta o registro da passagem de sonda de alívio, afirma que a genitora da vítima não teria ficado quatro horas sem atendimento; que a última vez que a genitora da vítima foi examinada durante o plantão do declarante e do acusado foi por volta das 18h; que* ***reafirma que pelos batimentos cardíacos encontrados o feto não estava em sofrimento e também não visualizou a existência de mecônio*** *(secreção intestinal de cor escura, produto da deglutição do líquido amniótico); que tem conhecimento de que o feto faleceu e que ficou constatada o sofrimento fetal; que alega que este sofrimento pode ter ocorrido antes ou durante o trabalho de parto; que os cordões umbilicais têm tamanhos variados de 30 cm a 1m20; que não tem condição de informar o tamanho do cordão umbilical do feto; que pelo que leu do resultado do laudo o feto apresentou 'circular de cordão muito apertada em região cervical'; que o HRT atende duas vezes mais pacientes que sua capacidade, o que leva a situações muitas vezes divulgadas pela imprensa de pacientes que aguardam em trabalho de parto pelos corredores; que alega que a*

> *genitora da vítima não ficou em trabalho de parto por treze horas; que ela chegou ao HRT na madrugada que antecedeu à morte do feto em pródromos (período que antecede o trabalho de parto em que o corpo da gestante se prepara para o parto); que pelo prontuário é possível afirmar que o trabalho de parto se iniciou por volta das nove horas (...) se recorda de ter lido no prontuário que a vítima deu entrada naquele nosocômio por volta de uma hora da manhã; que a cesariana foi realizada depois do término do plantão do declarante e do acusado;* ***que afirma que examinou a genitora da vítima, junto com o acusado, às 15 horas****; que ambos fizeram o exame juntos; que pela manhã trabalharam as médicas G. e A. P.; que pelo prontuário médico a primeira induziu a paciente ao trabalho de parto em torno de 9h (...)* ***às 18h o declarante examinou a paciente sozinho, não sabendo informar onde estaria o acusado neste momento****; que a circular de cordão só pode ser detectada por ecografia com ecodoppler; que o HRT não dispõe de ecografista de plantão; que não sabe informar a média de parto feita no dia dos fatos; que não sabe informar se o doutor V. examinou a genitora da vítima...".* Negritei.

Cumpre assinalar que a própria genitora da vítima (A. M. DA S. S. informou, em seu depoimento (fl. 104), que **fora atendida por vários profissionais, entre médicos e enfermeiros, naquele dia, durante o trabalho de parto**, visto que se encontrava deitada sobre uma maca no corredor daquele nosocômio.

Anote-se:

> *"(...) em 21 de maio de 2005,* ***por volta das 2h deu entrada no HRT****, sentindo algumas dores na região abdominal; que* ***foi atendida por um profissional que realizou o procedimento denominado 'toque', o qual constatou que ainda não era o momento do nascimento da criança, dispensando a declarante dizendo que esta poderia 'ir para casa'****; que não foi embora e ficou aguardando na recepção do pronto-socorro;* ***que às 5h deu entrada novamente e foi internada****; que foi colocada em uma maca no corredor e aguardou por cerca de meia hora, até ser atendida por uma médica, que fez algumas perguntas e realizou novo 'toque'; que estava sentido dor e foi atendida algumas vezes durante a manhã; que não estava sendo acompanhada pelo marido; que durante o atendimento da manhã foi constatado que o 'coração do bebê estava batendo';* ***que na parte da***

> ***tarde foi atendida algumas vezes por médicos, que realizaram procedimento 'toque'****; que não se recorda o tempo em que deixou de receber atendimento médico, anteriormente à cesariana; que confirma o inteiro teor das declarações de fls. 19/21, reconhecendo sua assinatura ao final, esclarecendo que chegou ao hospital por volta das 2h do dia 21 de maio e não às 23 do mesmo dia, como restou consignado;* ***que não se recorda quantas vezes foi atendida pelo acusado****; que não se recorda de ter sido atendida pelo (...)* ***durante todo o dia 21 de maio de 2005 foi atendida por diversos profissionais, médicos e médicas****; que disseram à declarante que não havia vagas nos quartos, motivo pelo qual permaneceu no corredor; que não se recorda o número de parturientes existentes no local quando chegou ao hospital, mas pode afirmar que eram 'muitas'; que ao longo do dia o número de parturientes diminuiu; que* ***observou que os exames realizados pelos médicos eram os mesmos em todas as pacientes****; que no momento em que foram realizados os procedimentos para a retirada da urina, constatou que a criança não estava mexendo; que não se recorda se foi o acusado que passou a sonda para a retirada da urina ..."*

Restou confirmado pelo Doutor J. E. que não foi o acusado quem teria passado a sonda de alívio para retirada da urina às 18h00min.

Qualquer imputação a ser feita não deve ter o apelado como alvo.

Não havia exclusividade de atendimento.

Embora transpareça a desordem do Sistema de Saúde Pública, relatou-se que, cotidianamente, 04 (quatro) médicos eram responsáveis pelos plantões do HRT. Um deles era o médico residente R. M. DE S. J., ora apelado.

Além de limitada a atuação do residente, não dispunha de experiência bastante para aquilatar a real situação vivenciada pela parturiente.

É de se ressaltar que o período de residência se presta justamente a propiciar **aprendizagem supervisionada** ao recém-formado.

A testemunha A. P. S. DE C. (fls. 146 e 147) aduziu que, na troca intermediária de plantão, não fez nenhuma recomendação específica a respeito do estado de saúde da genitora da vítima.

Comprove-se:

> *"... que não se recorda se o acusado teria feito plantão no mesmo período que a depoente,* ***tendo certeza apenas de que no período de 13h às 19h ele assumiu, junto com dois outros médicos, doutor E. e doutor V. o Centro Obstétrico****; que a depoente e doutora G.*

> ***passaram os casos existentes para o acusado e o doutor E. e V., não tendo feito nenhuma recomendação especifica em relação à genitora da vítima, pois seu quadro clínico evoluía normalmente****; (...) que* ***o residente tem que ser monitorado pelo preceptor, mas ocorre de o residente clinicar sozinho, devido a grande demanda****;(...)".* Destaquei.

Não é o caso de se imputar ao apelado a responsabilidade pela eclosão do infortúnio, ora apreciado, ante informação de que, a partir das 16h00m, acompanhou médico **preceptor** em outros procedimentos cirúrgicos.

Veja-se:

> *"...no dia dos fatos esteve na Unidade Hospitalar das 7h às 19h, mas não se recorda de ter atendido a vítima; soube, através dos plantonistas, cujos nomes não se recorda, da retirada do feto sem vida somente no final do plantão, por volta das 19h; não soube se houve negligência por parte do acusado (...) o acusado trabalhava no dia dos fatos das 13h às 19h, na companhia do depoente, do acusado e do doutor E. estiveram atendendo no Centro Obstétrico; soube através dos outros médicos que a paciente foi internada em pródromos, ou seja, trabalho inicial de parto; para pacientes de primeiro parto, a partir de dois a três centímetros de dilatação já se considera como sendo trabalho de parto e para pacientes do segundo parto em diante, mesmo com quatro centímetros de dilatação pode ser que não tenha tido início o trabalho de parto; tais referenciais são relativos; para casos como o vivenciado pela paciente recomendava-se um monitoramento intercalado por períodos máximos de duas horas;* ***a partir das 16h o acusado esteve com o depoente atendendo outras pacientes, que foram submetidas a tratamento cirúrgico****; os quatro médicos que compunham a equipe eram responsáveis pelo atendimento de todas as pacientes (...)* ***o staff é responsável pela determinação das atribuições a que deve se submeter os médicos residentes, assim como pela determinação do momento de realização dos partos****; salvo engano, apenas o acusado ostentava a condição de médico residente no dia dos fatos;* ***pacientes em trabalho de parto recebem uma sonda denominada vesical quando, examinadas, mediante toque genital e aferência de batimento cardíaco do feto, constata-se presença de urina na bexiga que possa representar obstáculo à realização do parto****; embora não tenha acompanhado especificamente a paciente referida,*

> *pode afirmar, com base em seu conhecimento científico que, por vezes, o óbito fetal ocorre em razão de o cordão umbilical envolver o pescoço do feto durante a descida do mesmo,* ***o que pode ocorrer durante o lapso temporal em que a paciente não esteja diretamente acompanhada pelo médico (já que a paciente é atendida pelo médico de hora em hora)****; não se recorda se a Unidade Hospitalar dispunha de aparelho para exame de ecografia ...*" (V. S. DA C., fl. 176). Negritei e sublinhei.

Lança uma pá de cal sobre os fatos a afirmação de que "*(...)* ***o staff é responsável pela determinação das atribuições a que deve se submeter os médicos residentes, assim como pela determinação do momento de realização dos partos***".

Verifica-se que o d. MINISTÉRIO PÚBLICO não produziu contraprova, a fim de infirmar a regularidade dos atendimentos feitos pelo médico residente às 13h36min e às 15h00min.

Não há prova de que o residente ministrou medicação equivocada, não há indícios de que tenha agido com negligência no atendimento da paciente A. M. DA S. S.

De registrar-se que, a partir das 16h00m, do aludido plantão, consoante assinalado pela testemunha V. S. DA C. (fl. 176), o réu o teria acompanhado noutros procedimentos cirúrgicos, indicando que o apelado não poderia realizar, simultaneamente, todas as tarefas desenvolvidas naquele hospital.

Questão que mais se avulta, a circunstância de que às **18h00min**, a genitora da vítima foi atendida pelo preceptor daquele plantão, tendo este profissional passado sonda de alívio para retirada de urina retida (900 ml), constatando que não havia sofrimento fetal.

O médico que realizou a cesariana de urgência, Doutor L. G. M. DE S. (fl. 167), menciona que o médico residente não labora sozinho, havendo corresponsabilidade entre os integrantes do plantão.

Confira-se:

> "*(...) na data dos fatos iniciou seu plantão por volta das 19h e como de praxe examinou todas as pacientes que estavam internadas e constatou que não era possível auscultar o feto da senhora A. M.; em razão da urgência da medida a ser tomada optou pela realização de um parto cesariana; após o parto concluiu que o feto estava morto; havia registro no prontuário da paciente de que durante o dia a equipe anterior conseguira auscultar o feto; posteriormente emitiu atestado de óbito dando como causa aquela indicada na denúncia; não é usual entre*

> *os médicos do hospital, deixar de avaliar uma paciente que esteja em trabalho de parto por período superior à uma hora; não sabe dizer se entre às 15h e 19h a paciente A. foi examinada pela equipe médica (...) o acusado atuava como médico residente; há uma co-responsabilidade entre os médicos integrantes da equipe designada para atendimento das pacientes; a sonda de alívio é um recurso utilizado para eliminação de urina da bexiga da paciente durante o trabalho de parto, também com o propósito de auxiliar a expulsão do feto; quando a sonda é utilizada não é imperativo que a paciente seja submetido aos exames rotineiros de pacientes em trabalho de parto ...*" Destaquei.

Inviável prestigiar a assertiva da genitora da vítima (fl. 104), leiga, de que, já no atendimento realizado às 18h00min, pelo médico preceptor, não se detectava batimentos cárdio-fetais.

Não se há de perquirir sobre a situação caótica vivenciada pelo Sistema de Saúde Pública, visto que em nada afetou a atuação do médico ora apelado.

ISTO POSTO, nego provimento ao recurso.

É o voto.

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

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

DECISÃO

Conhecer do recurso. Negar provimento. Unânime.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2006031012583-4

Apelante - A. de S.L.
Apelado - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Relator - Des. Roberval Casemiro Belinati
Segunda Turma Criminal

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. VÍTIMA SOGRA DO RECORRENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DO PERDÃO JUDICIAL. ACOLHIMENTO DO PLEITO. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE.

1. Não obstante a falta de previsão legal no Código de Trânsito do instituto do perdão judicial para os delitos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, razões de política criminal, aliadas à hermenêutica justificada pelo princípio da isonomia e pela busca da pacificação social, tornam possível a aplicação da figura jurídica do perdão judicial aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, praticados na direção de veículo automotor.

2. O perdão judicial vem a ser a clemência do Estado quando deixa de aplicar a pena abstratamente prevista para o delito, em razão de as consequências do delito terem atingido o agente de forma tão grave, quer fisicamente, quer moralmente, que a imposição da penalidade se torne despicienda, ou seja, a dor sentida é mais expressiva do que eventual pena aplicada, já se consubstanciando, em si própria, uma penalidade a ser suportada.

3. De acordo com a moderna doutrina penal, tem-se entendido ser o perdão judicial direito público subjetivo do indivíduo, a partir do momento em que preenche os requisitos legais. Assim, a análise deve ser feita no caso concreto, sempre de forma motivada. Ademais, em se tratando de um benefício ao réu, cabe à defesa demonstrar, conforme o caso, o sofrimento causado para que o juiz possa atestar a ocasião propícia de conceder o perdão.

> 4. No caso vertente, trata-se de homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor, cuja vítima é sogra do ora recorrente. Depreende-se dos autos que o apelante convivia com a sua sogra, na mesma residência, há mais de treze anos. Ademais, não se detecta nos autos qualquer elemento que macule a relação existente entre o recorrente e a vítima. Destarte, cabível, no caso concreto dos autos, a concessão do perdão judicial.
> 5. Recurso conhecido e provido para conceder ao réu o perdão judicial, com base no artigo 121, §5º, do Código Penal, extinguindo, por consequência, a sua punibilidade, consoante dispõe o artigo 107, inciso IX, do mesmo Codex.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Roberval Casemiro Belinati - Relator, Silvanio Barbosa dos Santos - Vogal, Arnoldo Camanho de Assis - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos, em proferir a seguinte decisão: conhecer do recurso. Dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 16 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposto por **A. de S.L.** contra a sentença que o condenou nas sanções do artigo 302, *caput*, da Lei nº 9.503/1998 (homicídio culposo no trânsito), nos autos da ação penal nº 2006.03.1.012583-4, em curso perante o MM. Juízo da Segunda Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF (fls. 221/2230).

A denúncia, oferecida em desfavor de N.G.C. e **A. de S.L.**, assim narrou os fatos (fls. 02/04), *verbis*:

> "No dia 15 de abril de 2006, por volta das 15h00, na QNO 19, conjunto 'D', em frente a casa 33 - Ceilândia (DF), os denunciados, na condução de veículos automotores diversos, por imprudência, desrespeitando dever de cuidado objetivo, deram causa, por culpa, aos ferimentos sofridos por J. de S.S., descritos pelo laudo de exame cadavérico de fl. 61 e que foram a causa de sua morte.

> No dia dos fatos, A. conduzia o veículo Fiat/Uno, placas JEA-0241-DF, cor branca, ano 1985/1986, pelo local dos fatos, tendo como passageiros suas filhas I.S.L. e C.S.L., sua esposa E.S.L. e sua sogra, a vítima fatal, J. de S.S..
> A., com objetivo de efetuar conversão proibida à esquerda na via pública no sentido QNO 18 - QNO 20, defronte da casa 31, do conjunto D, da QNO 19, saiu abruptamente da faixa de rolamento da direita, passando pela central e alcançando a faixa da esquerda, momento em que, trafegando na velocidade de cerca de 35 km/h, ao se preparar para efetuar a dita conversão, teve seu veículo colidido por aquele conduzido pelo denunciado N..
> A imprudência e a imperícia consistiram no fato de, objetivando realizar conversão proibida, ter se deslocado abruptamente da faixa da direita para a da esquerda, em baixa velocidade.
> N., por sua vez, conduzia o veículo GM/Corsa, placas JEE-5140 -DF, cor cinza, ano 1995/1995, no local dos fatos, pela faixa da esquerda, em velocidade incompatível coma permitida para a referida via; trafegava ele a cerca de 90 km/h, quando a velocidade permitida era de 60 km/h. Em razão da imprudência e da imperícia, não foi ele capaz de evitar a colisão de seu veículo com o do denunciado A. quando este, de inopino, entrou na faixa da esquerda, bem à sua frente.
> Da conjugação das condutas dos denunciados, sobreveio a colisão dos veículos, fato que acabou por lançar a vítima fatal de dentro do veículo Fiat/Uno para a via pública, tendo ela ainda sido atingida pelo referido veículo após o deslocamento deste, provocado pela colisão.
> A vítima, embora socorrida ainda com vida, não resistiu aos ferimentos e faleceu no Hospital Regional de Ceilândia."

O MM. Juízo da Segunda Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar os réus nas sanções do artigo 302, *caput*, da Lei nº 9.503/1998 (homicídio culposo no trânsito). Em relação ao réu N.G.C., aplicou a pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de detenção, no regime inicial aberto, e a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 01 (um) ano, tendo substituído a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, e limitação de fim de semana, em condições a serem especificadas pelo Juízo de Execuções Penais. No que

tange ao réu A. de S.L., aplicou a pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, no regime inicial aberto, e a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 1 (um) ano, tendo substituído a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, e limitação de fim de semana. Foi facultado aos réus o direito de apelar em liberdade (fls. 221/230).

O réu N.G.C. foi intimado pessoalmente da sentença (fl. 248), tendo afirmado que não deseja apelar. O seu Advogado, devidamente intimado com a publicação da sentença condenatória (fl. 255) não apelou. Assim, a sentença condenatória transitou em julgado para o réu N.G.C., consoante certificado à fl. 258.

O réu A. de S.L. foi intimado pessoalmente da sentença (fls. 236), tendo manifestado desejo de apelar (fl. 236). Em razões de recurso, a Defesa sustenta a pertinência da aplicação da figura jurídica do perdão judicial, uma vez que, segundo sustenta, a vítima é sogra do recorrente e com ele convivia, na mesma residência, há mais de treze anos. Assim, assevera que essa consequência atingiu gravemente o apelante, sendo, dessa forma, desnecessária a sanção imposta pelo Julgador *a quo* (fls. 278/282).

Almeja o conhecimento e provimento do recurso a fim de que seja concedido ao apelante o perdão judicial, nos termos do artigo 121, § 5º, do Código Penal, decretando-se, por consequência, a extinção de sua punibilidade, com arrimo no artigo 107, IX, do Código Penal.

Contrarrazões do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios às fls. 286/290, pelo conhecimento e não provimento da apelação criminal, por entender que "*No caso vertente, o pedido formulado pela defesa baseou-se, apenas, nas supostas consequências traumáticas suportadas pelo ora recorrente, uma vez que inexistem nos autos quaisquer elementos que comprovem que a morte da vítima tenha-o atingido de forma tão grave a tornar a sua punição desnecessária. [...] Há de se ressaltar que os trechos transcritos pelo apelante em sua peça recursal tão somente relatam fatos atinentes à sua vida familiar, bem como a dinâmica do acidente, não sendo idôneos, portanto, a comprovar requisito para a concessão do perdão judicial, qual seja, sofrimento excepcional em decorrência do episódio.*" (fls. 289/290).

O eminente Procurador de Justiça, Dr. Amarílio Tade Freesz de Almeida, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento da apelação criminal, se remetendo aos mesmos argumentos delineados nas peças de contrarrazões ministeriais (fls. 292/295).

É o relatório.

VOTOS

Des. Roberval Casemiro Belinati (Relator) - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação criminal.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL AOS CRIMES DE HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO

Inicialmente, é preciso destacar que, em regra, o beneplácito legal do perdão judicial é uma indulgência concedida pelo Estado, nos casos expressamente previstos em lei, conforme preconizado pelo Código Penal. Não havendo previsão legal, o julgador fica impossibilitado de concedê-lo, ampliando as hipóteses de cabimento, sendo vedada, portanto, a analogia *in bonam partem*.

A propósito, confira-se:

> "Art. 107. Extingue-se a punibilidade:
> [...]
> IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei."

Dessa forma, a primeira questão a ser dirimida é a possibilidade de o perdão judicial ser concedido aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, decorrentes de acidente de trânsito, uma vez que não há previsão legal de concessão do instituto no Código de Trânsito, Lei nº 9.503/1997.

Na verdade, o projeto de lei do Código de Trânsito previu a possibilidade de aplicação do perdão judicial, em seu artigo 300, para as hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, *verbis*:

> "Nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem, exclusivamente, o cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta do condutor do veículo."

Todavia, o Presidente da República vetou o supracitado artigo, com arrimo no seguinte fundamento, *in verbis*:

> "O artigo trata do perdão judicial, já consagrado pelo Direito Penal. Deve ser vetado, porém, porque as hipóteses previstas pelo §5º do art. 121 e §8º do art. 129 do Código Penal disciplinam o instituto de forma mais abrangente."

Nestas circunstâncias, em uma primeira análise simplista, poder-se-ia dizer que a figura jurídica do perdão judicial não deve ser aplicada aos crimes de homicídio e lesão corporal decorrentes de acidente de trânsito, por não estar pre-

vista no Código de Trânsito. Contudo, a solução deve advir de uma razão lógico-jurídica, extraída de exegese que melhor atenda às questões de política criminal, a qual sempre está conectada com a pacificação social.

Nessa vereda, à luz do princípio da isonomia e em busca da justiça social, o não aplicar do instituto em crimes decorrentes de acidente de trânsito conduziria ao absurdo de tratar resultados idênticos com soluções distintas, como, a título de ilustração, aquele que vitima um filho, culposamente, em intervenção cirúrgica, terá a possibilidade de obter o perdão judicial, ao passo que o mesmo resultado ocorrido na condução de um veículo automotor - fato, o qual, diga-se, é muito mais provável de acontecer -, não autorizaria a concessão do benefício.

Igualmente, deve-se destacar que, pelas as razões de veto, infere-se que o móvel do Presidente da República não foi o de considerar ser impertinente a aplicação do perdão judicial aos crimes ocorridos no trânsito. Ao revés, entendendo pertinente a incidência, deixou de prevê-lo no Código de Trânsito, por concluir que, consagrado pelo ordenamento penal pátrio, já estava previsto no Código Penal (artigo 121, §5º e artigo 129, §8º, ambos do Código Penal) e assim poderia ser com base nesse aplicado, principalmente porque o perdão judicial previsto no Código Penal é mais favorável ao réu, pois menos restritivo. Assim, não obstante ter se afastado da melhor técnica, não o fez com a intenção de rechaçar a aplicação do instituto no Código de Trânsito, mas, ao contrário, permitir a sua incidência para conferir-lhe uma aplicação mais ampla em favor do réu.

De idêntico modo, releva rememorar que, antes do novo Código de Trânsito, quando da ocorrência de homicídio culposo ou lesão corporal culposa no trânsito, o agente respondia com base no Código Penal, fazendo jus, à época, ao perdão judicial, nesses casos previstos, nos artigos 121, §5º e 129, §8º, respectivamente.

Sobre a questão da possibilidade de aplicação do perdão judicial aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa praticados na direção de veículo automotor, em pertinente assertiva, são os escólios de Rogério Greco[19], *ipis litteris*:

> "Embora não concordemos com o veto presidencial, pois entendemos que as hipóteses que possibilitam a aplicação deverão estar expressas, ou seja, deverá haver previsão legal em cada tipo penal em que seja permitido, pela lei, o perdão judicial, acreditamos, com a corrente majoritária, ser possível, por questões de política criminal, a aplicação do perdão judicial aos arts. 302 e 303 do Có-

19 GRECO,Rogério. ***Curso de Direito Penal. Volume II*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008, p. 187.**

> digo de Trânsito Brasileiro. Isso porque não seria razoável entender que, embora as razões que fizeram inserir o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa tenham sido, sem dúvida, o elevado número de acidentes de trânsito, agora que foram criadas infrações penais específicas para esse tipo de acidente, o perdão judicial não possa ser aplicado."

Em igual entender, é a posição de Guilherme de Souza Nucci[20], *verbis*:

> ***"[...] cabe a aplicação do perdão, pois o objetivo do veto foi justamente permitir a incidência dessa causa de extinção da punibilidade tal como tradicionalmente feito em relação aos casos de homicídio culposo e lesão culposa. Além disso, deve-se levar em conta o princípio da isonomia. Não há sentido para a seguinte contradição: se o agente matar alguém culposamente fora do contexto do trânsito, pode receber o benefício; se o fizer na direção de veículo automotor, deixa de ser contemplado. Ademais, é fundamental lembrar que o perdão judicial, tanto para o homicídio culposo, quanto para a lesão culposa, sempre teve o maior número de casos no contexto dos delitos de trânsito. Poderíamos, ainda, invocar o disposto no art. 291,* caput*, desta Lei, que recomenda a aplicação das normas gerais do Código Penal, salvo se houver disposição em sentido contrário, o que não ocorre."***

Dessa forma, em vista de todas essas razões e não desconhecendo a posição contrária minoritária, a melhor solução é reconhecer como possível a aplicação da figura jurídica do perdão judicial aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, praticados na direção de veículo automotor.

PERDÃO JUDICIAL

Ultrapassada a questão, definindo-se pela pertinência da aplicação, em tese, do perdão judicial aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa praticados na direção de veículo automotor, mister delinear os requisitos jurídicos do discutido instituto, a fim de verificar se cabível no caso concreto dos autos.

A iniciar, vale ressaltar que o perdão judicial vem a ser, na definição do autorizado doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a clemência do Estado quando deixa de aplicar a pena abstratamente prevista para o delito, em razão de as conse-

---

20 NUCCI, Guilherme de Souza. ***Leis penais e processuais penais comentadas*****. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1108-1109**

quências do delito terem atingido o agente de forma tão grave, quer fisicamente, quer moralmente, que a imposição da penalidade se torne despicienda, ou seja, a dor sentida é mais expressiva do que eventual pena aplicada, já se consubstanciando, em si própria, uma penalidade a ser suportada.

Nesse sentido, confiram-se as lições do supracitado doutrinador[21], *verbis*:

> "Perdão judicial: é a clemência do Estado, que deixa de aplicar a pena prevista para determinados delitos, em hipóteses expressamente previstas em lei. Esta é uma das situações que autoriza a concessão do perdão. Somente ao autor de homicídio culposo - anotando-se que a introdução do perdão nesse contexto deveu-se aos crimes de trânsito -, com inspiração no Código Penal alemão, pode-se aplicar a clemência, desde que ele tenha sofrido com o crime praticado uma consequência tão séria e grave que a sanção penal se torne desnecessária. Baseia-se no fato de que a pena tem o caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível a sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou. Ex.: o pai que provoca a morte do próprio filho, num acidente fruto de sua imprudência, já teve a punição mais do que severa. A dor por ele experimentada é mais forte do que qualquer pena que se lhe pudesse aplicar. Por isso, surge a hipótese do perdão. O crime existiu, mas a punibilidade é afastada."

Sobre sua natureza jurídica, discute-se, também, se a concessão do perdão judicial seria uma faculdade do juiz ou um direito subjetivo do agente. Nesse aspecto, assim dispõe o referido dispositivo legal, *in verbis*:

> " Art. 121.
> [...]
> §5º. Na hipótese de homicídio culposo, o juiz <u>poderá</u> deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária."

21 *NUCCI, Guilherme de Souza.* ***Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 607.**

Observa-se que o texto legal supracitado empregou o termo 'poderá'. De acordo com a moderna doutrina penal, tem-se entendido ser um direito público subjetivo do indivíduo, a partir do momento em que preenche os requisitos legais. Assim, a análise deve ser feita no caso concreto, sempre de forma motivada.

A respeito do tema, vale transcrever, à guisa de exemplo, a sempre valiosa lição do penalista Cezar Roberto Bitencourt[22], *verbis*:

> ***"[...] entendemos que se trata de um direito público subjetivo de liberdade do indivíduo, a partir do momento em que preenche os requisitos legais. Como dizia Frederico Marques, os benefícios são também direitos, pois o campo do* status libertatis *se vê ampliado por eles, de modo que, satisfeitos seus pressupostos, o juiz é obrigado a concedê-los. Ademais, é inconcebível que uma causa extintiva de punibilidade fique relegada ao puro arbítrio judicial. Deverá, contudo, ser negado quando o réu não preencher os requisitos exigidos pela lei."***

No mesmo sentido, elucida Guilherme de Souza Nucci[23], verbis:

> "Faculdade ou obrigação do Juiz: mais uma vez, a questão da utilização do verbo 'poder'. Cremos que, uma vez presentes todos os requisitos previsto em lei, não cabe ao magistrado negar o benefício. A lei não lhe conferiu poderes despóticos, mas sim livre convencimento. Portanto, apenas se não estiver convicto de que é uma situação concreta compatível com o perdão pode negá-lo, desde que o faça de modo fundamentado."

Portanto, "em se tratando, no entanto, de um benefício ao réu, cabe à defesa demonstrar, conforme o caso, o sofrimento causado para que o juiz possa atestar a ocasião propícia de conceder o perdão.", conforme também exposto por Guilherme de Souza Nucci[24].

---

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. ***Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 2. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 104.***

23 NUCCI, Guilherme de Souza. ***Código Penal Comentado..., op. cit., p. 608.***

24 NUCCI, Guilherme de Souza. ***Código Penal Comentado..., op. cit., p. 608.***

Sobre todas as considerações acima tecidas sobre a figura jurídica do perdão judicial, caminha pacificamente a jurisprudência desta Corte de Justiça, de ambas as Turmas Criminais que a compõem, *in verbis*:

> ***"[....] Se não restou demonstrado que o acusado experimentou sofrimento grave a ponto de tornar desnecessária a aplicação da sanção penal, não se concede o perdão judicial. [...]"*** (APR 20010110773415, acórdão nº 321.539, Relator Romão C. Oliveira, 2ª Turma Criminal, julgado em 29/05/2008, DJ 24/09/2008, p. 201)
>
> ***"[...] III. O perdão judicial exige um* plus*, como no relacionamento entre pai e filho, cujo amor é incondicional. A pena tem também o caráter preventivo e reeducativo. [...]"*** (APR 20050110394640, acórdão nº 311.658, Relator Sandra De Santis, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/03/2008, DJ 14/07/2008, p. 132)
>
> ***"[...] 3) O perdão judicial ocorre exclusivamente quando as consequências da infração atingem o próprio agente de forma grave, tornando desnecessária a aplicação de sanção penal. [...]"*** (APR 20040410107546, acórdão nº 274.180, Relator Edson Alfredo Smaniotto, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/04/2007, DJ 20/06/2007, p. 107)
>
> ***"[...] Para concessão do perdão judicial é necessário que as consequências da infração atinjam de forma tão grave o próprio agente, quer física ou moralmente, que a sanção penal se torne desnecessária, pois ausente seu conteúdo repressivo. Além disso, a vítima deve guardar estreita relação de intimidade ou parentesco com o agente e, principalmente, estar comprovado nos autos o sofrimento do agente que ultrapasse o comum do tipo. [...]"*** (APR 20020510074889, acórdão nº 305.093, Relator Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgado em 24/04/2008, DJ 27/05/2008, p. 57)
>
> ***"[...] 2. Concede-se o perdão judicial (CP 121 § 5º), quando verificado que as consequências físicas e morais atingiram o agente de forma a tornar desnecessária a aplicação da sanção penal. [...]"*** (APR 20010610003168, acórdão nº 273.693, Relator

Sérgio Rocha, 2ª Turma Criminal, julgado em 15/02/2007, DJ 20/06/2007, p. 110)

Certamente, em relação às pessoas que podem ser atingidas pela conduta do agente, para fins de aplicação do instituto, não se pode estabelecer uma relação fixa, não se cogitando de critérios objetivos, dissociados da análise concreta, devendo, pois, haver uma atitude valorativa na espécie. A relação de parentesco, por si só, em princípio, não autoriza concluir pela aplicação do instituto.

Outrossim, deve-se distinguir o arrependimento do agente pelo infausto acontecimento, da dor e sequela psicológicas que advém do evento, as quais comprometem a saúde emocional, sendo verdadeiras penas a serem cumpridas.

No caso vertente, trata-se de homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor, cuja vítima é sogra do ora recorrente. Depreende-se dos autos que o apelante convivia com a sua sogra, na mesma residência, há mais de treze anos. Ademais, não se detecta nos autos qualquer elemento que macule a relação existente entre o recorrente e a vítima.

Destarte, entendo ser cabível, no caso concreto dos autos, a concessão do perdão judicial.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para conceder ao réu A.de S.L. o perdão judicial, com base no artigo 121, §5º, do Código Penal, extinguindo, por consequência, a punibilidade, consoante dispõe o artigo 107, inciso IX, do mesmo *Codex*.

É como voto.

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Com o Relator.

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

DECISÃO

Conhecer do recurso. Dar provimento. Unânime.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2006002003202-3

Autor - Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Brasília
Réu - José Catarina da Costa
Relator - Des. Fernando Habibe
Terceira Câmara Cível

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. DOCUMENTO NOVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALTA DE PRESSUPOSTOS.

1. Tendo havido controvérsia e pronunciamento judicial sobre o fato, eventual erro na sua análise não justifica a rescindibilidade do julgado com base no CPC 485, IX. Além do mais, a sua apreciação deve ser feita à vista da documentação existente nos autos em que proferida a decisão atacada, sendo inadmissível para tal fim a produção de documentos na ação rescisória.

2. Documento novo é o que, já existente à época do acórdão que se busca rescindir, só posteriormente veio a ser conhecido pelo autor, reunindo força suficiente para assegurar-lhe decisão favorável. Configurado, portanto, o pressuposto estabelecido no CPC 485, VII.

3. Ausentes os pressupostos definidores da responsabilidade civil, se mostra inviável a pretensão indenizatória.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Fernando Habibe - Relator, Romeu Gonzaga Neiva - Revisor, Haydevalda Sampaio - Vogal, Mário-Zam Belmiro - Vogal, Humberto Adjuto Ulhôa - Vogal, Lecir Manoel da Luz - Vogal, João Mariosi - Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora Nídia Corrêa Lima, em proferir a seguinte decisão: conhecido. Julgou-se procedente a ação. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Brasília contra José Catarina da Costa, objetivando a rescisão, com novo julgamento da causa, de sentença proferida pela 1ª Vara Cível de Brasília nos autos do proc. 2001.01.1.121699-0 (fls. 55-7) e do acórdão (fls. 79-99) da 4ª Turma Cível do TJDF que a confirmou, transitado em julgado (fls. 77), que culminou na condenação do autor a indenizar danos morais e materiais, encontrando-se o feito já em fase de execução.

Afirma o Sindicato ter prestado a José Catarina, seu filiado, assistência jurídica em ação de reparação de danos contra ele proposta junto à 19ª Vara Cível de Brasília (proc. 1999.01.1.060977-7; fls. 146-7), causa essa em que José Catarina foi condenado à revelia em virtude de desídia do advogado indicado pelo Sindicato para assisti-lo.

Ante esse resultado, José Catarina demandou indenização do Sindicato, obtendo êxito conforme explicitado no primeiro parágrafo supra.

Acrescenta que José Catarina também ajuizou ação rescisória da sentença proferida na reparação de danos que tramitou na 19ª Cível (proc. 1999.01.1.060977-7), rescisória essa julgada procedente pelo TJDF (ARC 2001.00.2.007750-8 - fls. 100-14) que rescindiu o julgado e determinou o prosseguimento do feito na primeira instância onde, em nova decisão, foram julgados improcedentes os pedido do demandante e o contraposto (fls.40-1).

Afirma que o acórdão e a sentença mencionados no parágrafo anterior são documentos novos, cuja existência ignorava, os quais autorizam a presente rescisória (CPC 485 VII), evidenciando ainda erro de fato (IX) em que teria incorrido o julgado que aqui se pretende rescindir.

Após a complementação da inicial (fls.116; 118-9), deferi o pedido liminar de suspensão da execução, dada a evidência do bom direito e do perigo na demora.

José Catarina contestou (fls. 140), asseverando não ser justo que deva suportar prejuízos causados pela desídia do advogado indicado pelo Sindicato, prejuízos esses que se resumem, basicamente, em honorários com o novo advogado que contratou para defendê-lo na execução da sentença que veio a ser rescindida e no ajuizamento da rescisória já mencionada.

Sustenta que a sentença cassada pela rescisória que intentou o havia condenado apenas em danos materiais, donde a inviabilidade desta ação em que se pretende desconstituir sentença que lhe assegurou a compensação de danos materiais e morais. Por isso, o presente pleito deve ser indeferido ou, quando muito, julgado procedente apenas na parte relativa aos danos materiais.

Formula pedido contraposto de majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

Não conheci do pedido contraposto, porque incabível nesta sede, e indeferi a produção de outras provas, por entender que o feito já está suficientemente instruído com os documentos juntados com a inicial e a contestação. Essa decisão (fls.189) não foi desafiada por recurso (fls. 191 e v.).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se (fls. 195-9) pela procedência da demanda.

VOTOS

Des. Fernando Habibe (Relator) - Preliminarmente, assinalo que, a despeito do autor ter indicado como objetos da rescisória a sentença da 1ª Cível e o acórdão da 4ª Turma que "a confirmou", somente a segunda decisão é que se presta a esse papel, haja vista o efeito substitutivo que lhe é inerente.

Com efeito. De acordo com o CPC 512, o acórdão "confirmatório" da 4ª Turma substituiu a sentença, razão pela qual não há como rescindir a decisão substituída. Esta não pode ser objeto da rescisória.

No caso concreto, porém, o equívoco do autor não lhe traz prejuízos, uma vez que o seu pleito também foi dirigido à rescisão da decisão substituta, qual seja, o acórdão.

Portanto, limitando o objeto da ação ao acórdão, trago a julgamento o mérito.

A decisão rescindenda (proc. 121699 - 0; 4ª T. Cível; fls. 79-99) condenou o Sindicato a indenizar José Catarina por danos morais e materiais experimentados com a perda, à revelia, de demanda judicial (proc. 60977 - 7; 19ª V. Cível; fls. 146-7) que, por sua vez, teria sido provocada por desídia do advogado indicado pela entidade sindical para assistir o seu filiado.

Elucidativa, a propósito, a ementa do acórdão 197.574 (fls.79-99), da 4ª T. Cível, que "confirmou" a sentença da 1ª Vara Cível (proc. 121699-0 - fls. 55-7):

> DANOS MORAIS E MATERIAIS - DESÍDIA DE ADVOGADO NO CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO - NÃO COMPARECIMENTO DO CAUSÍDICO, COM PODERES ESPECIAIS PARA TRANSIGIR, NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR.
>
> 1. É devida indenização, a título danos morais e materiais, pelos prejuízos sofridos pelo réu, por desídia do advogado no cumprimento de suas atribuições.

> 2. O comparecimento de advogado na audiência de conciliação, com poderes especiais para transigir, ilide a decretação da revelia, mesmo que injustificada a ausência da parte.
> 3. Apelação e recurso adesivo improvidos (Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa).

Observa-se, contudo, que o proc. 60.977-7, no qual José Catarina sucumbira e que, portanto, lhe teria gerado prejuízos, teve o seu desfecho alterado a partir do julgamento da ação rescisória (proc. 2001.00.2007750-8) por ele ajuizada com êxito, oportunidade em que a e. 2ª Câmara Cível desconstituiu a sentença e determinou o prosseguimento do feito na 19ª Vara Cível.

Reputo oportuna a transcrição de alguns fragmentos do voto condutor, da lavra da Desa. Haydevalda Sampaio, relatora do acórdão 183.479 (fls.100-14)

> *É certo, portanto, que a ação foi julgada procedente apenas em decorrência do reconhecimento da revelia, por negligência da Secretaria do Juízo que deixou de apresentar à julgadora, oportunamente, a petição requerendo o adiamento da audiência. Note-se, ainda, que a negligência foi maior porque a sentença sequer foi prolatada em audiência.*
> *(...).*
> *Acontece que a revelia não poderia ter sido decretada, posto que esta decorreu de erro da secretaria, como já esclarecido, ao deixar de anexar aos autos, oportunamente, o pedido de adiamento da audiência.*
> In casu**,** *a MMa. Juíza considerou o Réu revel porque não foi anexado aos autos, atempadamente, o pedido de adiamento da audiência, o que a levou a desconsiderar o seu pedido, eis que dele só tomou conhecimento após prolatar a sentença, posto haver se esgotado sua prestação jurisdicional.*
> *Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para desconstituir a r. sentença, a fim de que o feito prossiga, como de direito (...).*

Constata-se, assim, que o título prejudicial a José Catarina deixou de existir. Aliás, já não existia quando do julgamento proferida pela e. 4ª T. Cível.

Acrescento, mesmo desnecessariamente, que a nova sentença que veio a ser proferida nos autos do proc. 60.977-7 julgou improcedente a demanda proposta contra José Catarina (fls. 40-1).

Agora interessa analisar se esse desfecho constitui algum dos pressupostos da rescisória apontados pelo autor (CPC 485, VII e IX).

Não vejo configurado, *data venia*, o alegado erro de fato (IX), cuja existência reclama, segundo o § 2º, a inexistência de controvérsia e de pronunciamento judicial sobre o fato. Ora, como se vê do acórdão rescindendo, a Turma julgadora do apelo manifestou-se sobre a conduta do advogado nos autos do processo que tramitou na 19ª Vara Cível, bem como sobre os prejuízos dela decorrentes para o réu desta rescisória, tudo o que também constituiu matéria de controvérsia entre as partes.

Não bastasse isso, tenha-se presente lição doutrinária[25] segundo a qual também é necessário:

> "que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerando inexistente."

Logo, sob esse fundamento (erro de fato), a rescisória não merece prosperar.

Já no que concerne ao outro fundamento (VII - documento novo), penso que assiste razão ao autor.

Valho-me novamente do magistério de Barbosa Moreira:

> "Por 'documento novo' não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo 'novo expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença (...).
> Reza o texto que o documento deve ter sido obtido 'depois da sentença'. Na interpretação dessa cláusula há de ter-se em conta, de um lado, que a decisão rescindenda nem sempre será a proferida em primeiro grau de jurisdição, já que está pode haver sido objeto de recurso, vindo a ser substituída pelo julgamento do tribunal (art.512); (...). Por conseguinte, 'depois da sentença' significará 'depois do último momento em que teria sido lícito à parte utilizar o documento no feito onde se proferiu a decisão rescindenda'".

25 *Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, V, item 86, pág. 148, 11ª Ed. Forense.*

É a situação delineada nos autos. O julgamento da rescisória da sentença (19ª Cível) em que José Catarina fora condenado se deu praticamente um ano antes do julgamento da apelação cujo acórdão aqui se busca desconstituir e cujo ilustre relator lamentavelmente não foi informado do desfecho da rescisória.

Por outro lado, assemelha-se-me evidente que o Sindicato ignorava, como afirma com outras palavras e nisso não foi contestado, a existência daquela rescisória e respectivo acórdão que, em si mesmo considerado, teria força suficiente para alterar o julgamento da apelação interposta contra a sentença que o condenara a indenizar danos moral e material.

É óbvio ululante que, tivesse ciência desse acórdão, o autor com ele teria instruído o seu apelo, cujo resultado, certamente, lhe teria sido favorável, pois, rescindida a sentença que condenara Catarina à revelia, não havia mais dano, ao menos causado pelo Sindicato ou preposto seu, a ser compensado. O julgamento procedente da rescisória anteriormente ajuizada (ac. 183.479) esvaziou a *causa petendi* da ação de indenização movida por Catarina, e, naturalmente, da respectiva condenação imposta ao Sindicato nos autos 2001.01.1.121699 - 0.

Impõe-se, destarte, a rescisão do v. acórdão da 4ª Turma Cível (ac. 197.574).

Quanto ao *iudicium rescisorium*, é de rigor a improcedência da demanda indenizatória (proc. 2001.01.1.121699 - 0), por conta da inexistência dos pressupostos definidores da responsabilidade civil.

Os prejuízos materiais decorriam da sentença condenatória de José Catarina (1999.01.1.060977 - 7 - 19ª Cível). Essa sentença foi rescindida em virtude de erro de fato provocado pela Secretaria da Vara e a nova que veio a ser proferida julgou improcedente a pretensão indenizatória contra ele ajuizada. Portanto, não houve dano material.

Também não houve dano moral, pois, desconstituída a sentença, não se há falar em "perda da chance" por desídia do advogado, enfatizando-se, de resto, que no novo julgamento Catarina não foi condenado.

Posto isso, julgo procedentes ambos os pedidos para: 1) rescindir o acórdão 197.574, da 4ª T. Cível; 2) julgar improcedente o pedido de compensação de danos morais e materiais formulado nos autos do processo 2001.01.1.121699-0.

O réu pagará as custas processuais e os honorários advocatícios que arbitro em R$ 2.000,00, observando-se, porém, as disposições do art. 12 da Lei 1.060/50.

Restitua-se ao autor o valor do depósito.

Informe-se ao Juízo da execução, remetendo cópia do acórdão.

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Revisor) - Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de

Brasília contra José Catarina da Costa, objetivando a rescisão, com novo julgamento da causa, de sentença (*rectius* acórdão) proferida pela 1ª Vara Cível de Brasília nos autos do proc. 2001.01.1.121699 - O (fls.55-7), confirmada pela 4ª Turma Cível do TJDF (fls.79-99), com trânsito em julgado (fls.77), que culminou na condenação do autor a indenizar danos morais e materiais, encontrando-se o feito já em fase de execução.

Afirma o Sindicato ter prestado a José Catarina, seu filiado, assistência jurídica em ação de reparação de danos contra ele proposta junto à 19ª Vara Cível de Brasília (proc. 1999.01.1.060977 - 7; fls.146-7), causa essa em que José Catarina foi condenado à revelia em virtude de desídia do advogado indicado pelo Sindicato para assisti-lo.

Ante esse resultado, José Catarina demandou indenização do Sindicato, obtendo êxito conforme explicitado no primeiro parágrafo supra.

Acrescenta que José Catarina também ajuizou ação rescisória da sentença proferida na reparação de danos que tramitou na 19a Cível (proc. 1999.01.1.060977 - 7), rescisória essa julgada procedente pelo TJDF (ARC 2001.00.2.007750 - 8 - fls.100-14), que rescindiu o julgado e determinou o prosseguimento do feito na primeira instância onde, em nova decisão, foram julgados improcedentes os pedido do demandante e o contraposto (fls.40-1).

Afirma que o acórdão e a sentença mencionados no parágrafo anterior são documentos novos, cuja existência ignorava, os quais autorizam a presente rescisória (CPC 485 VII), evidenciando ainda erro de fato (IX) em que teria incorrido a sentença que aqui se pretende rescindir.

José Catarina contestou (fls. 140), asseverando não ser justo que deva suportar prejuízos causados pela desídia do advogado indicado pelo Sindicato, prejuízos esses que se resumem, basicamente, em honorários com o novo advogado que contratou para defendê-lo na execução da sentença que veio a ser rescindida e no ajuizamento da rescisória já mencionada.

Sustenta que a sentença cassada pela rescisória que intentou o havia condenado apenas em danos materiais, donde a inviabilidade desta ação em que se pretende desconstituir sentença que lhe assegurou a compensação de danos materiais e morais. Por isso, o presente pleito deve ser indeferido ou, quando muito, julgado procedente apenas na parte relativa aos danos materiais.

Formula pedido contraposto de majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

É o breve relato.

Ressalte-se que, a nova sentença que veio a ser proferida nos autos do processo nº 60.977-7, julgou improcedente a demanda proposta contra José Catarina (fls. 40/41).

O Autor alegou erro de fato e documento novo para que a rescisória não prospere.

Analisemos se o erro de fato constitui pressupostos da rescisória apontados pelo Autor (CPC 485, VII e IX).

Não vislumbro o apontado erro de fato, que necessário seria, para sua ocorrência, a inexistência de controvérsia e de pronunciamento judicial sobre o fato, eis que, conforme se depreende do acórdão rescindendo, a Turma Julgadora do apelo manifestou-se sobre a conduta do advogado nos autos do processo que tramitou perante a 19ª Vara Cível, bem como os prejuízos dela decorrentes para o Réu desta rescisória, constituindo, tudo isso, matéria de controvérsia entre as partes.

Sob o fundamento supracitado, a rescisória não merece prosperar.

Passo a análise do fundamento apontado sobre "documento novo".

Razão assiste ao Autor.

Frise-se que o julgamento da rescisória da sentença da 19ª Vara Cível, em que José Catarina fora condenado se deu um ano antes do julgamento da apelação cujo acórdão aqui se busca desconstituir e cujo Relator não foi informado do resultado da rescisória.

Entretanto, é certo que o Sindicato ignorava a existência daquela rescisória e respectivo acórdão que, em si mesmo considerado, teria força suficiente para alterar o julgamento da apelação interposta contra a sentença que o condenara a indenizar danos moral e material.

Indubitável é que, se o Autor tivesse ciência desse acórdão teria instruído com ele o seu apelo, cujo resultado certamente lhe teria sido favorável pois, rescindida a sentença que condenara Catarina à revelia, não havia mais dano causado pelo sindicato ou seu preposto a ser compensado.

Ressalte-se que o julgamento procedente da rescisória anteriormente ajuizada - AC. 183.479 - esvaziou a *causa petendi* da ação de indenização movida por Catarina e, obviamente da respectiva condenação imposta ao Sindicato nos autos 2001011101699-0.

Destarte, há que ser rescindido o v. acórdão da 4ª Turma Cível Acórdão 197.574.

Quanto ao *iudicium rescisorium,* impõe-e a improcedência da demanda indenizatória do processo nº 2001.01.1.121699-0, por conta da inexistência dos pressupostos definidores da responsabilidade civil.

Não houve dano material, eis que os prejuízos materiais decorriam da sentença condenatória de José Catarina (1999.01.1.062977-7 - 19ª Vara Cível). Essa sentença foi rescindida em virtude de erro de fato provocado pela Secretaria da Vara e a nova que veio a ser proferida julgou improcedente a pretensão indenizatória contra ele ajuizada.

O dano moral também não restou configurado, eis que desconstituída a sentença, não há que se falar em "perda da chance" por desídia do advogado pois, no novo julgamento, Catarina não foi condenado.

Fortes em tais razões, julgo procedentes os pedidos para:

rescindir o acórdão nº 197.574, da 4ª T. Cível;

julgar improcedente o pedido de compensação de danos morais e materiais formulado nos autos do processo nº 2001.01.1.12699-0.

Custas pelo réu e honorários advocatícios que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), com observância do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Restitua-se ao Autor o valor do depósito e informe ao Juízo da execução, remetendo cópia do acórdão.

É como voto.

Desa. Haydevalda Sampaio (Vogal) - Com o Relator.

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

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

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

Des. João Mariosi (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Conhecido. Julgou-se procedente a ação. Unânime.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2008002017969-6

Suscitante - Juiz de Direito da Auditoria Militar do DF
Suscitado - Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública do DF
Interessados - Ivan Carneiro Matos e Distrito Federal
Relatora - Desa. Carmelita Brasil
Segunda Câmara Cível

EMENTA

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUDITORIA MILITAR. FAZENDA PÚBLICA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PENA COMINADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CARÁTER PUNITIVO.

Compete à Justiça Militar o processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares.

Tendo sido o autor da ação anulatória condenado pelo Tribunal do Júri a pena de reclusão, além de ter sido declarada a perda do cargo público, a competência para a aplicação da pena acessória é do Comandante Geral da Polícia Militar do Distrito Federal, sendo certo que referida pena somente pode ser aplicada após a instauração de ato administrativo.

O ato que se pretende anular tem caráter punitivo e foi aplicado pelo Comandante da Polícia Militar após regular procedimento administrativo, sujeitando-se, assim, ao processamento e julgamento perante a Justiça Militar.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Carmelita Brasil, Relatora, Cruz Macedo, Waldir Leôncio Júnior, João Batista e Teófilo Caetano, Vogais, sob a presidência do Desembargador Angelo Passareli, em julgar procedente o conflito, declarar competente o MM. Juízo Suscitante. Por maioria, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 22 de junho de 2009.

RELATÓRIO

O MM. Juiz de Direito da Auditoria Militar do Distrito Federal suscitou o presente Conflito Negativo de Competência em face do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, afirmando ser incompetente para processar e julgar a ação de anulação de ato administrativo ajuizada por Ivan Carneiro Matos em face do Distrito Federal.

Assevera que a competência da Justiça Militar restou ampliada, por força da alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares, além de ser também compete para o julgamento de crimes militares praticados por militares.

Sustenta, todavia, que a expressão "atos disciplinares" utilizada pelo legislador ao ampliar a competência da Justiça Militar compreende apenas os procedimentos punitivos por transgressões militares previstas em regulamento próprio, sendo certo que a insurgência do autor da ação de anulação de ato administrativo é contra a perda do cargo público que lhe foi aplicada pelo Tribunal do Júri, em razão de sua condenação nas penas do artigo 121, do CP.

O douto Juízo suscitado prestou informações às fls. 19/20, nas quais reitera as razões pelas quais declinou da competência, afirmando que o ato administrativo que se pretende anular é originário de Processo Administrativo Disciplinar, e que embora tenha sido atribuída ao autor pena acessória de perda da graduação pelo Tribunal do Júri de Taguatinga em razão de sua condenação nas penas do artigo 121, do CP, a penalidade que lhe foi aplicada tem natureza administrativa e, a autoridade coatora é o Comandante Geral da Polícia Militar.

O eminente representante do Ministério Público oficiou pelo conhecimento do conflito, declarando competente o d. Juízo suscitante.

Ressaltou que a decisão que se pretender anular decorre de imputação de transgressão disciplinar, nos termos do artigo 49 da Lei nº 7.289/84, eis que foi o autor foi considerado culpado pelo Conselho de Disciplina, não guardando assim, consonância com a pena acessória de perda da graduação imposta pelo Tribunal do Júri.

É o relatório.

VOTOS

Desa. Carmelita Brasil (Relatora) - O MM. Juiz de Direito da Auditoria Militar do Distrito Federal suscitou o presente Conflito Negativo de Competência em face do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, afirmando ser incompetente para processar e julgar a ação de anulação de ato

administrativo n° 2008.01.1.097215-8, onde figuram como partes Ivan Carneiro Matos e Distrito Federal.

A meu sentir, razão não assiste ao d. Juiz suscitante.

A competência da Justiça Militar no Distrito Federal vem disciplinada no artigo 125, da Constituição Federal:

> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal estabelece que:

> Art. 36. A Justiça Militar do Distrito Federal será exercida:
> I - pelo Tribunal de Justiça em segundo grau;
> II - pelo Juiz Auditor e pelos Conselhos de Justiça.
> § 1º Compete à Justiça Militar o processo e o julgamento dos crimes militares, definidos em lei, praticados por Oficiais e Praças da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.

Destarte, verifica-se que a legislação ao definir a competência da Justiça Militar incluiu além do processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei, as ações judiciais contra atos disciplinares. Resta analisar se o ato administrativo que o autor deseja anular se enquadra dentro desta categoria.

O autor da ação anulatória, Ivan Carneiro Matos, policial militar, foi condenado, em 10/10/2003, pelo Tribunal do Júri de Taguatinga, pelo crime previsto no artigo 121 do CP, a quatro anos e seis meses de reclusão em regime inicial semi-

aberto, além de ter sido declarada a perda do cargo, com a consequente exclusão dos quadros da PMDF. A sentença transitou em julgado em 13/04/2007.

Em razão da sanção cominada ao crime praticado, além da pena de reclusão, houve também a cominação de pena acessória, perda do cargo público.

Nos termos do artigo 691 do CPP, havendo sentença penal condenatória transitada em julgado que resultar a perda da função pública, o juiz dará conhecimento à autoridade administrativa competente, que *in casu*, é o Comandante Geral da Polícia Militar do Distrito Federal.

Sobre o tema, transcrevo acórdão prolatado pelo Ministro Felix Fischer:

> RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO DISCIPLINAR. CONDENAÇÃO PENAL POR DUPLO HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. EXPULSÃO DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR.
> LEGALIDADE. CHEFE DO COMANDO GERAL DA POLÍCIA MILITAR. AUTORIDADE COMPETENTE. RECURSO DESPROVIDO.
> I - O Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Pernambuco é autoridade competente para aplicar sanção a policial militar em processo administrativo disciplinar, em decorrência de condenação criminal por crime comum.
> II - A condenação de policial militar por homicídio duplo e lesão corporal é fundamento suficiente para exclusão dos quadros da corporação, desde que realizado o devido processo administrativo disciplinar.
> III - Recurso ordinário desprovido.
> (RMS 18.268/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006 p. 306)

Assim, a demanda ajuizada visa a declaração de nulidade do ato de exclusão do autor dos quadros da PMDF. Não obstante o militar tenha sido condenado pelo Tribunal do Júri, a pena acessória somente é aplicada após a instauração de procedimento administrativo.

Destarte, o ato que se pretende anular tem caráter punitivo e foi aplicado pelo Comandante da Polícia Militar após regular procedimento administrativo, razão pela qual entendo ser o ato que excluiu Ivan Carneiro Matos do Quadro da PMDF, ato disciplinar militar, se sujeitando, assim ao processamento e julgamento perante a Justiça Militar.

Como bem observa o d. representante do Ministério Público no parecer de fls. 22/24:

> "A base legal a que se firmara a decisão que se pretende anular não tem consonância com a pena acessória de perda de graduação imposta pelo Tribunal do Júri, uma vez que a exclusão decorreu do julgamento pelo Conselho de Disciplina previsto no artigo 49 da Lei nº 7.289/84.
> Assim, a exclusão do autor das fileiras da corporação decorreu da imputação de transgressão disciplinar, considerado culpado pelo Conselho de Disciplina, o que remete a competência para a Auditoria Militar do Distrito Federal, uma vez que ataca os fundamentos que ensejaram o ato.
> É caso distinto do paradigma jurisprudencial assinalado pelo Juiz suscitante, uma vez que a expulsão das fileiras decorreu de ato de indisciplina, e não apenas por ato administrativo como ocorre com o licenciamento, insculpido no artigo 109 da mesma Lei e, ainda, o objeto da ação é a motivação da exclusão".

Ante o exposto, conheço do conflito e **declaro competente o Douto Juízo suscitante da Auditoria Militar do Distrito Federal.**

É como voto.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Com a Relatora.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Após pedido de vista.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do conflito de competência.

O MM. Juiz suscitado remeteu os autos da ação anulatória de ato administrativo n. 2008.01.1.097215-8, ajuizada por Ivan Carneiro Matos em desfavor do Distrito Federal, ao douto Juízo suscitante, ao fundamento de que, à luz do art. 125, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal de 1988, compete ao Juízo da Auditoria Militar processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

O Magistrado suscitante, entretanto, recusa a competência declinada. Diz que a ação anulatória não tem qualquer relação com eventual punição militar disciplinar. "*A causa de pedir mediata, no caso, é o fato de ter sido o autor excluído das fileiras da Polícia Militar do Distrito Federal, em razão de sua condenação, pelo Tribunal do Júri de Taguatinga a pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, tendo o Juiz sentenciado à perda do cargo público pelo réu*" (fl. 03).

A eminente Desembargadora Relatora acolheu a tese do MM. Juiz suscitado e declarou competente o douto Juízo da Auditoria Militar do Distrito Federal.

Data venia, ouço divergir de Sua Excelência.

O licenciamento de policial militar é ato de natureza administrativa, o qual não tem caráter disciplinar.

No caso em exame, em especial, visa Ivan Carneiro Matos à anulação de seu licenciamento das fileiras da PMDF, que teve por fundamento pena acessória de perda de cargo público imposta por juiz incompetente, nos termos do art. 125, § 4º, da CF/88 c/c o art. 102 do Código Penal Militar.

Nesse diapasão, o exame judicial do ato administrativo impugnado insere-se na esfera de competência das Varas da Fazenda Pública do DF.

O art. 26, I, da LODF estabelece que as ações em que o Distrito Federal for autor, réu, assistente, litisconsorte, interveniente ou opoente, excetuadas as de falência e acidentes de trabalho, competente para processá-las será o Juiz da Vara da Fazenda Pública do DF.

Aliás, o tema não é novo neste egrégio TJDFT, como bem observou o MM. Juiz suscitante. Confira-se:

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS À AUDITORIA MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 125, § 4º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, dispõe que à Justiça Militar estadual compete julgar os militares nos crimes militares descritos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares. Todavia, não consta do referido dispositivo que compete à Justiça Militar o julgamento de ações que visam à declaração de nulidade de ato de exclusão de militar em razão de suposta incompetência da autoridade que o editou.*
> *2. Em razão da competência residual, cabe ao Juízo Fazendário o processamento e julgamento da ação em que se objetiva a declaração de invalidade do ato de licenciamento em virtude do alegado vício dele constante.*
> *3. Recurso provido.* (20080020119828AGI, Relator MARIOZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 01/10/2008, DJ 05/03/2009, p. 36)

> *CONSTITUCIONAL - ANULAÇÃO DE ATO DE LICENCIAMENTO DE POLICIAL MILITAR - ATO ADMINISTRATIVO - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA COMUM*

> 1. Inviável vislumbrar a competência da Auditoria Militar, visto que a ação em tela não questiona as razões que levaram ao licenciamento do Agravante dos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal. Impugna-se tão somente a competência administrativa da autoridade da qual emanou o ato de licenciamento.
> *2. Trata-se de matéria submetida à competência da Justiça Comum, uma vez que o ato impugnado é de natureza administrativa e não disciplinar.*
> *3. Agravo provido. Decisão revogada para firmar a competência da Vara da Fazenda Pública.* (20080020119830AGI, Relator FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, julgado em 22/01/2009, DJ 02/02/2009 p. 58)

Suficiente não fosse. Para reforçar o entendimento ora sufragado merece especial destaque o laborioso voto proferido pelo e. Desembargador Teófilo Caetano, no AGI n. 2008.00.2.0144811-4, o qual, após examinar exaustivamente a jurisprudência do excelso STF, concluiu que compete à Justiça Militar processar e julgar somente as ações de feitio criminal e aquelas que envolvam sanções acessórias decorrentes de condenação criminal, ficando evidente que a inovação constitucional não teve o condão de revestir a Justiça Militar de competência para processar e julgar as ações que têm como objetivo a invalidação de atos administrativos praticados por autoridades militares.

Comungo desse douto entendimento principalmente porque, no feito de origem, o ato administrativo impugnado é o licenciamento do autor das fileiras da PMDF, o qual teve por fundamento pena acessória derivada de condenação criminal. Na realidade, o ato impugnado não é a pena acessória em si. Essa constatação, de fato, é sutil; contudo suficiente para firmar a competência do douto Juízo suscitado.

Por fim, destaco que, como Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública do DF, em diversas oportunidades, deparei-me com feitos semelhantes aos dos autos de origem, firmando em todas as oportunidades a competência daquele Juízo.

Ante o exposto, peço vênia a e. Desembargadora Relatora para divergir do seu douto entendimento; conheço do conflito e **declaro competente o douto Juízo suscitado**, para o qual deverão ser remetidos os autos de origem.

É o meu voto.

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

Des. Teófilo Caetano (Vogal) - Com a devida vênia da eminente Relatora e dos demais Desembargadores que a acompanharam, acompanho integralmente o eminente Desembargador Waldir Leôncio Júnior, dando como competente o ilustrado Juízo suscitado.

DECISÃO

Procedente. Declarou-se competente o juízo suscitante. Por maioria.

HABEAS CORPUS Nº 2009002002302-2

Impetrante - Defensoria Pública
Paciente - A.C.P. F.
Relator Designado - Des. George Lopes Leite
Primeira Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE SUPERIOR AO PERMITIDO NO CÓDIGO DE TRÂSITO. DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE AÇÃO CAPAZ DE COLOCAR EM RISCO A SEGURANÇA VIÁRIA. TIPICIDADE DO FATO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA.

1 O réu foi denunciado por infringir o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pelo fato de ter sido flagrado conduzindo veículo em via pública com concentração de álcool superior ao permitido, conforme resultado apurado por etilômetro indicando 0,44mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. O advento da chamada Lei Seca (Lei nº 11.705/2008) inovou o tipo penal de embriaguez ao volante, abandonando a exigência da prova do perigo concreto para sua configuração, conformando-se com a mera conduta de conduzir veículo automotor estando com uma concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas. Portanto, o crime é formal e de perigo abstrato.

2 Essa modalidade de criminalização de conduta tem se apresentado como uma das características da atual legislação penal e encontra justificação na função preventiva do direito penal, visando a diminuição do risco e a garantia da segurança social. O Brasil é campeão absoluto em violência de trânsito entre os países desenvolvidos e, diante o quadro dantesco que se desenha nas suas estradas e vias urbanas, o endurecimento da legislação se mostra não apenas aceitável, mas também imprescindível para garantir a incolumidade pública, a vida e a saúde da pessoa humana.

3. Ao Estado cabe o dever inarredável de utilizar todos os meios possíveis para o fim de conferir efetiva proteção aos seus cidadãos, podendo em prol dessa missão estabelecer de forma pontual as

hipóteses em que as garantias fundamentais assecuratórias do direito individual de ingerir bebida alcoólica devam ceder ante a supremacia do interesse coletivo. A rigor, a norma penal em discussão atua em benefício do próprio paciente, de seus familiares e dos seus amigos, bem como de todas as pessoas que possam eventualmente ser vitimadas em razão da condução de veículo automotor por alguém destituído de sua capacidade plena de reação diante de imprevistos.
4. Ordem denegada por maioria, vencido o Relator.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Mario Machado - Relator, George Lopes Leite - Relator designado e Vogal, Sandra De Santis - Vogal, sob a presidência da Desembargadora Sandra De Santis, em admitir e denegar a ordem. Maioria, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília (DF), 16 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por A.C.P. F., representado pela Defensoria Pública do Distrito Federal. Narra ter sido denunciado pelo crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, porque, no dia 24/08/2008, por volta das 02h00min, na via, Quadra 02, Geral, Avenida dos Bombeiros, Setor Norte, Gama-DF, conduzia o veículo VW/Gol, placa JZG 8432 DF, estando com uma concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões superior a 03 (três) décimos de miligrama, conforme teste realizado em etilômetro. O resultado foi de 0,44mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. Recebida a denúncia em 29/09/2008, aceitou proposta de suspensão processual em audiência preliminar do dia 03/02/2009, com as condições de não frequentar bar e congêneres após as 22h, de não ausentar-se do Distrito Federal por mais de noventa dias sem autorização judicial, de comparecer trimestralmente ao juízo e de prestar cinquenta horas de serviço à comunidade. Argumenta, todavia, que o fato pelo qual foi denunciado é atípico, eis que a denúncia "não faz alusão a qualquer ato de direção anormal e/ou perigosa praticado pelo paciente que pudesse colocar em risco a incolumidade de outras pessoas, apenas alude ao fato de o mesmo ter sido flagrado dirigindo embriagado". Sustenta que, "apesar de o tipo penal não fazer menção expressa, é necessário para a caracterização do tipo penal do art. 306, CTB, que o agente

dirija 'sob a influência' de álcool, ou seja, não basta o mero ato de dirigir após ingerir álcool. A expressão 'sob a influência' significa exatamente que necessário a exposição de dano potencial à incolumidade de outrem, demandando prova do risco, de uma situação de perigo concreto". Transcreve doutrina e jurisprudência. Insiste em que, sem a elementar do tipo, não afirmada na denúncia, a ação penal e a sujeição às condições da suspensão condicional do processo configuram constrangimento ilegal. Pede a concessão da ordem para trancar a ação penal, cessando as condições da suspensão condicional do processo. A inicial de fls. 2/10 veio com os documentos de fls. 10/48.

Informações com documentos às fls. 52/69.

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo "não conhecimento da presente ordem de *habeas corpus*" (fls. 70/72). Sustenta-se, no parecer, que o tema da inexistência da prova da embriaguez, nos novos moldes exigidos pelo novo tipo penal, não foi submetido ao juízo de origem, assim não podendo ser tratado em segundo grau, pena de supressão de instância.

É o relatório.

VOTOS

Des. Mario Machado (Relator) - Ao contrário do sustentado no parecer, não pede a impetração o trancamento da ação penal por falta da prova da embriaguez, nos moldes exigidos na nova lei. O que alega é não haver a denúncia descrito conduta típica e, mesmo assim, ter sido recebida, ensejando acordo de suspensão processual, assim caracterizado constrangimento ilegal. Volta-se, pois, a impetração diretamente contra o recebimento da denúncia, inepta por descrever conduta atípica. Não é o caso de supressão de instância. Assim, e presentes os demais requisitos, admito o processamento do *habeas corpus*.

Com a Lei nº 11.705, de 19/06/2008, publicada no DOU de 20/06/2008 e em vigor a partir desta data, 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".

Assim abordei o novo tipo penal em artigo doutrinário intitulado "Crime de Alcoolemia ao Volante?":

> "Alcoolemia é a presença de álcool etílico na circulação sanguínea. Aumenta à medida em que o etanol é absorvido pelo organismo e diminui lentamente, de acordo com a degradação do álcool pelo fígado. A taxa de alcoolemia indica a quantidade de álcool

existente no sangue de uma pessoa, em determinado momento. Expressa-se em gramas ou decigramas por litro de sangue."

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 sanguínea, eram suficientes a documentação oficial da ocorrência, o exame médico clínico e a prova testemunhal, tudo indicando sinais do estado de embriaguez e a direção anormal. Não havia, na lei, a exigência de um determinado 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.

Com o novo tipo, criou o legislador 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 incriminar condutas inofensivas, incapazes de ferir o interesse protegido. O princípio constitucional implícito da ofensividade, que se pode extrair do artigo 98, I, da Constituição Federal, não permite crime de perigo abstrato.

Segundo Nilo Batista, referido por Rogério Greco, uma das principais funções do princípio da lesividade é "proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico" . Não se pode incriminar o fato de alguém estar dirigindo em via pública com a concentração de 6 (seis) decigramas de álcool

por litro de sangue, se o fizer normalmente, não estando sob a influência de álcool ou embriagado.

Por isso, 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. Pode não haver, no momento, perigo concreto a uma determinada pessoa, mas basta perigo indeterminado, isto é, um risco potencial para a segurança viária a partir da direção anormal. Isso ocorrerá, por exemplo, quando o motorista dirigir em ziguezague; não obedecer, ostensivamente, à sinalização e às regras de trânsito; evidenciar desorientação espaço-temporal etc.

Estar sob a influência de álcool, elemento subjetivo do tipo, não se encontra na leitura direta do artigo 306, mas no corpo do próprio Código de Trânsito, artigos 165 e 291, § 1º, I, com as alterações da nova lei. O artigo 165 explicita a necessidade, para caracterização da infração administrativa, de "dirigir sob a influência de álcool". Se assim é para a infração administrativa, com maior razão para a criminal. Já o inciso I do § 1º do artigo 291 indica que, para haver o crime, deve-se estar "sob a influência de álcool". Dissipando qualquer dúvida, o art. 4º-A da Lei nº 9.294/96, com a redação da Lei 11.705/2008, prescreve que "é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção". O sistema, pois, não admite o crime se o motorista, apesar da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, não "dirigir sob a influência de álcool". Nesse sentido Damásio de Jesus .

Desta forma, a nova lei, paradoxalmente, se mostra mais benéfica para quem dirigir sob a influência de álcool. Antes, qualquer que fosse a taxa de alcoolemia, poderia haver o crime. Hoje, é necessário, a mais, o elemento objetivo do tipo: concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Aí se descortina o maior problema causado pela mudança, bem intencionada e infeliz. É o da prova.

Ensina a literatura médica que o único exame técnico capaz de precisar, com rigor científico, a quantidade de álcool metabolizado no sangue é a dosagem sanguínea. O etilômetro mede a concentração de álcool alveolar encontrado nos pulmões, com margem de erro, por isso a tolerância para a presença de até 2 (dois) decigramas de álcool no sangue, que equivalem a 0,1 miligrama de álcool por litro de ar expelido no bafômetro.

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, pelo que não se pode extrair qualquer consequência desfavorável da sua recusa em fornecer material para o exame técnico, e tem direito a disso ser informado. Tranquila, quanto à matéria, a jurisprudência da Corte Suprema (HC 93.916-PA, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, 1ª Turma, 10/06/2008, unânime, In DJe nº 117, de 27/06/2008, e HC 78.708/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, 09/02/1999, DJ de 16/04/1999, p. 8). Exame realizado sem a prévia informação ao motorista de que se poderia recusar a ceder o material constitui prova ilícita, por força do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

Pode chocar a opinião pública que um motorista, aparentando embriaguez, não seja condenado por se ter recusado a dar 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, conforme proclamado pelo STF (HC 79.812/SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, 08/11/2000, DJ de 16/02/2001, p. 21).

Ainda que o motorista, informado do seu direito, consinta em fornecer o material e o exame acuse taxa de alcoolemia igual ou superior aos 6 (seis) decigramas, não estará, só por isso, configurado que dirigia "sob a influência de álcool" ou embriagado. As pessoas têm diferentes tolerâncias ao álcool e nelas a mesma taxa de alcoolemia produzirá efeitos diversos, que, ainda, dependerão de circunstâncias várias, como peso, idade, estado emotivo, hábito de beber, saúde, ter-se ou não alimentado etc. Algumas pessoas, atesta a comunidade médica, poderão estar conduzindo veículo normalmente, com taxa de alcoolemia acima da permitida; outras, com taxa inferior, poderão apresentar embriaguez e dirigir anormalmente . Considerado só o resultado da dosagem do álcool no sangue, é possível cometer-se enganos. Daí a necessidade, também, do exame clínico em que o médico avaliará as manifestações físicas, neurológicas e psíquicas do examinado, atestando se dirigia ou não embriagado.

Como decorrência da inserção do novo elemento objetivo no tipo penal, qual seja, a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, o que faz a recente lei mais benéfica, tem incidência o mandamento do inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, observado no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal. Retroage a nova lei, mais favorável. Assim, para eventual condenação, ainda que anterior o fato, deve-se demonstrar o novo elemento objetivo da figura típica, sem o qual esta não existe. Segue-se que, nos processos penais em curso, relativos ao crime de embriaguez ao volante, não tendo sido realizado exame técnico ou, feito, não se tenha apurado a presença de nível de alcoolemia no sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, é inviável a condenação , devendo ser o acusado absolvido com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de

Processo Penal. No máximo, e em sendo o caso, aplicado o artigo 383 do mesmo Código, com a nova redação da Lei nº 11.719/2008, caberá a desclassificação para o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, definido no artigo 132 do Código Penal, com a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, competente para a espécie, em razão da pena privativa de liberdade máxima cominada.

Evidente que os graves defeitos da nova e bem intencionada lei não obstam a continuidade da efetiva fiscalização no trânsito - responsável pela queda da trágica estatística de acidentes, nem a imposição das penalidades administrativas que se mostrem consentâneas com a ordem jurídica vigente, mas autorizam o seguinte apelo ao legislador: volte à redação anterior do artigo 306! Quanto mais cedo, melhor!".

No caso, efetivamente, a denúncia limita-se a imputar ao paciente ter sido flagrado com concentração de álcool caracterizadora de embriaguez. Não lhe imputa direção anormal ou perigosa. Leio a conduta imputada ao paciente, fl.11:

> "No dia 24 de Agosto de 2008, por volta das 02h00min, na via, Quadra 02, Geral, Avenida dos Bombeiros, Setor Norte, Gama-DF, o denunciado conduzia o veículo VW/Gol, placa JZG 8432 DF, estando com uma concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões superior a 03 (três) décimos de miligrama, conforme teste realizado em etilômetro, cujo documento está acostado às fls. 15. Na data dos fatos o acusado foi abordado por agentes de trânsito em fiscalização de rotina (blitz), ocasião em que estas autoridades perceberam que ele apresentava sinais físicos típicos de embriaguez. Ato contínuo, foi o denunciado instado a realizar o exame pericial respectivo, tendo ele concordado em submeter-se ao teste de alcoolemia em aparelho de ar alveolar pulmonar, obtendo-se o resultado de 0,44mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. Assim sendo, o denunciado está incurso nas penas do art. 306 da Lei nº 9.503/97, com a redação dada pela Lei nº 11.705/08, razão pela qual o Ministério Público decide oferecer denúncia para que seja instaurada ação penal ...".

Frise-se que a denúncia não imputa ao paciente direção anormal, perigosa, porque ela não aconteceu. A fiscalização era de rotina, não tendo sido parado o paciente por qualquer infração de trânsito. Na operação, os agentes suspeitaram da embriaguez do paciente, o qual concordou em fazer o exame do etilômetro, que acusou 0,44mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões (conforme documento de fl. 26), medida superior ao máximo de 0,3 miligramas de álcool por

litro de ar expelido dos pulmões, pelo que o prenderam em flagrante. Nenhum dos depoimentos colhidos, nem mesmo os dos agentes de trânsito, imputa ao paciente qualquer irregularidade no trânsito (fls. 13/17).

Como a denúncia não imputa ao paciente o dirigir "sob a influência de álcool", é ela inepta, porquanto atípica a conduta nela descrita, que não contempla o elemento subjetivo do tipo. Repita-se que 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. Pode não haver, no momento, perigo concreto a uma determinada pessoa, mas basta perigo indeterminado, isto é, um risco potencial para a segurança viária a partir da direção anormal. Isso ocorrerá, por exemplo, quando o motorista dirigir em ziguezague; não obedecer, ostensivamente, à sinalização e às regras de trânsito; evidenciar desorientação espaço-temporal etc. Nada disso, contudo, aconteceu, sequer tendo sido afirmado na denúncia.

Estar sob a influência de álcool, elemento subjetivo do tipo, não se encontra na leitura direta do artigo 306, mas no corpo do próprio Código de Trânsito, artigos 165 e 291, § 1º, I, com as alterações da nova lei. O artigo 165 explicita a necessidade, para caracterização da infração administrativa, de "dirigir sob a influência de álcool". Se assim é para a infração administrativa, com maior razão para a criminal. Já o inciso I do § 1º do artigo 291 indica que, para haver o crime, deve-se estar "sob a influência de álcool". Dissipando qualquer dúvida, o art. 4º-A da Lei nº 9.294/96, com a redação da Lei 11.705/2008, prescreve que "é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção". O sistema, pois, não admite o crime se o motorista, apesar da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou de 0,3 miligramas de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, não "dirigir sob a influência de álcool".

Confira-se, sobre a questão, a lição da melhor doutrina:

"Duas são as condutas incriminadas (agora): (a) conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas e (b) conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Quando se trata de álcool é uma coisa; quando se trata de 'outra substância psicoativa que determine dependência' (maconha, por exemplo) seria outra coisa. Na hipótese de álcool o tipo legal (a letra da lei) não exige estar 'sob a influência'; no caso de maconha ou outra droga a letra da lei exige 'estar sob a influência'.

O que significa estar 'sob a influência' de uma substância psicoativa? O estar 'sob influência' exige a exteriorização de um fato (de um *plus*) que vai além da

embriaguez, mas derivado dela (nexo de causalidade). Ou seja: não basta a embriaguez (o estar alcoolizado), impõe-se a comprovação de que o agente estava sob 'sua influência', que se manifesta numa direção anormal (que coloca em risco concreto a segurança viária). Note-se, não se exige a prova de risco concreto para uma pessoa determinada. Não é isso. Basta que a direção tenha sido anormal (em zig-zag, v.g.): isso já é suficiente para se colocar em risco a segurança viária. Em outras palavras: não se trata de um perigo concreto determinado (contra pessoa certa), sim, de um perigo concreto indeterminado (risco efetivo para o bem jurídico coletivo segurança viária, mesmo que nenhuma pessoa concreta tenha sofrido perigo).

Justifica-se o tratamento linguístico (literal) distinto dado ao álcool (o tipo legal não exigiu, nesse caso, o 'estar sob a influência')? A resposta só pode ser negativa. O estar 'sob a influência' de substância psicoativa exigida na parte final do dispositivo (art. 306) tem que valer também para a primeira parte do tipo legal (ou seja: para a embriaguez decorrente de álcool).

Por quê? Porque do contrário estaríamos admitindo o perigo abstrato no Direito penal, o que (hoje) é uma heresia sem tamanho, quando se estuda o princípio (constitucional implícito) da ofensividade, que não permite nenhum delito de perigo abstrato (cf. GOMES, L.F. e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Direito penal-PG, v. 1, São Paulo: RT, 2007, p. 464 e ss.). Todo tipo legal que descreve um perigo abstrato deve ser interpretado na forma de perigo concreto (ainda que indeterminado, que é o limite mínimo para se admitir um delito, ou seja, a intervenção do Direito Penal).

Há muitos outros argumentos para se concluir que a direção sob álcool (no art. 306) tem que revelar o estar sob sua 'influência' (ou seja: uma direção anormal). Dentre eles destaca-se o seguinte: até mesmo a infração administrativa correspondente (novo art. 165 do CTB), agora, depois da Lei 11.705/2008, a ela faz referência. Diz o novo art. 165: 'Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência'. Se a infração administrativa, que é o menos, exige o 'estar sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância', com muito mais razão essa premissa (essa elementar típica) tem que ser admitida para a infração penal (que é o mais)" (GOMES, Luiz Flávio. Reforma do Código de Trânsito - Lei nº 11.705/2008: novo delito de embriaguez ao volante. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp?id= 11453>. Acesso em: 17 jul. 2008).

Pelo exposto, configurado constrangimento ilegal com o recebimento da denúncia inepta, porque descreve conduta atípica, que não contempla o elemento subjetivo do tipo, concedo a ordem e tranco a ação penal, anulada a suspensão condicional do processo.

É como voto.

Des. George Lopes Leite (Vogal) - Peço vista.

Desa. Sandra De Santis (Presidente e Vogal) - Aguardo.

DECISÃO

Após o voto do Relator concedendo a ordem, pediu vista o 1º Vogal, o 2º Vogal aguarda.

Des. George Lopes Leite (Relator Designado e Vogal) - Preliminarmente, em atenção à questão suscitada no parecer da Procuradoria de Justiça, que opina pelo não conhecimento, entendo que o *habeas corpus* deve ser conhecido, uma vez que objetiva o trancamento da ação penal argumentando que a denúncia não descreveu fato típico. Tal alegação, em tese, possibilitaria o manejo do remédio heroico para afastar nítido constrangimento ilegal, porque, se procedente, a inicial acusatória sequer poderia ser recebida. Assim, entendo presentes os requisitos de admissibilidade e conheço do *writ*.

Sustenta o impetrante que a denúncia não fez "alusão a qualquer ato de direção anormal e/ou perigosa praticado pelo paciente que pudesse colocar em risco a incolumidade de outras pessoas", apesar de ser incontroverso que dirigia com concentração de álcool no sangue além do permitido. Pleiteia o trancamento da ação penal sob alegação de que o tipo penal é de perigo concreto, exigindo a demonstração da probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, que só se caracterizaria se houvesse, ao menos, jungida à dosagem etílica sanguínea prevista no tipo, a "direção anormal e/ou perigosa".

A redação anterior do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro tipificava a conduta de dirigir "veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem". Com o advento da Lei nº 11.705/2008, popularmente conhecida como "Lei Seca", o tipo penal passou a descrever a condução de "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".

Percebe-se, assim, que o tipo penal deixou de exigir o perigo concretamente demonstrado caso a caso, expungindo da descrição típica a expressão "sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem" e, colocando em seu lugar "com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas".

Portanto, a previsão normativa abandonou a fórmula anterior que configurava o perigo concreto e abraçou a teoria do risco presumido, dando como perigosa e potencialmente lesiva à incolumidade pública e à saúde das pessoas a simples conduta de dirigir veículo automotor "com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas". A impetração questiona se é compatível com a ordem constitucional a intervenção do direito penal por meio da criminalização dos tipos de perigo abstrato, as quais, nas palavras de Claus Roxin, "são aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha de ocorrer um resultado de exposição a perigo"[1].

A criminalização das condutas de perigo abstrato é uma das características atuais da legislação penal, justificando-se na atribuição da função preventiva do direito penal, que se orienta no sentido de proporcionar a diminuição do risco e disseminar a segurança social. Assim, embora se justifique a concepção do direito penal de *ultima ratio* como instrumento de controle social, somente se justificando diante da ineficácia dos demais ramos do direito para garantir a paz social, não há inconstitucionalidade no tipo de perigo abstrato, nada obstante as respeitabilíssimas objeções feitas de doutrinadores de nomeada, dentre os quais se destaca o Professor Damásio de Jesus. Parece-me inegável a potencialidade ofensiva e o risco de dano a bens jurídicos relevantes, quais sejam a incolumidade pública, a saúde e a própria vida das pessoas, conferindo justificativa à intervenção do direito penal.

Afirma Paulo Queiroz[2]:

> Se o direito penal constitui, como se vem de ressaltar, a forma mais enérgica de coerção da liberdade dos cidadãos, segue-se que sua intervenção só deve ocorrer em casos de absoluta necessidade para a segurança desses mesmos cidadãos. Já Montesquieu assinalara, a propósito, que toda pena que não deriva da necessidade é tirânica, enquanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 8º) proclamaria pouco depois que a lei devia estabelecer unicamente penas estrita e manifestamente necessárias.

E justifico tal posicionamento da seguinte forma: segundo dados do Departamento Nacional de Trânsito e do Ministério da Saúde, ocorrem mais de trezentos mil acidentes de trânsito por ano no Brasil, que ocasionam a morte de trinta e cinco mil pessoas por ano, em média. Isso equivale em morbidade à queda de um Airbus

1 *QUEIROZ, Paulo. Direito Penal Parte Geral, 2 Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, páginas 33/34. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 8 ed. Niterói: Impetus, 2007. v. I, p. 53.*

2 *Embriaguez ao Volante: Notas à Lei n. 11.705/2008, 8/7/2008, In http://blog.damasio.com.br.*

a cada dois dias. Ou, em outra comparação: 35.000/ano : 12 meses = 2.916/mês; 2.916 : 30 dias = 97,2/dia; 97,2 : 24 horas = 4,05. Ou seja, quando concluirmos os julgamentos desta tarde terá perecido pelo menos vinte brasileiros. Isso nos confere o primeiro lugar no ranking dos países com maior número de mortes no trânsito.

É diante desse quadro dantesco que o endurecimento da legislação se mostra não apenas aceitável, mas também indispensável para garantir a incolumidade pública, e a vida e a saúde da pessoa humana. Ao Estado cabe o dever inarredável de utilizar todos os meios possíveis para o fim de conferir efetiva proteção aos seus cidadãos, podendo em prol dessa missão estabelecer de forma pontual as hipóteses em que as garantias fundamentais assecuratórias do direito individual de ingerir bebida alcoólica devam ceder ante a supremacia do interesse coletivo. A rigor, a norma penal em discussão atua em benefício do próprio paciente, de seus familiares e dos seus amigos, bem como de todas as pessoas que possam eventualmente ser vitimadas em razão da condução de veículo automotor por alguém destituído de sua capacidade plena de reação diante de imprevistos.

Vale salientar a existência no ordenamento jurídico de outros tipos de perigo abstrato cuja constitucionalidade nunca foi questionada, ressalvada uma ou outra decisão. Cito como exemplos o porte desautorizado de substância entorpecente, seja para fins de consumo próprio ou de mercancia, e o porte irregular de arma de fogo ou de munição, justamente em face da inequívoca potencialidade ofensiva à incolumidade e à saúde públicas. Outro exemplo que põe em relevo a razoabilidade desse tipo de incriminação pode ser encontrado no art. 269 do Código Penal, que prevê a pena de seis a dois anos de detenção para o médico que deixe de denunciar à autoridade sanitária de notificação compulsória. Para mim, situa-se no mesmo patamar de gravidade a condução de veículo automotor depois da ingestão da bebida alcoólica ou substâncias psicoativas que provoquem alteração na capacidade mental e motora do usuário.

É notório que a nova lei denominada Lei Seca, nada obstante as críticas, se mostrou eficaz para reduzir o número de acidentes com vítimas fatais. Não é por outro motivo que, agindo no seu próprio interesse e em prol da tranquilidade das famílias, vários donos de bares e restaurantes no Distrito Federal se adaptaram aos novos tempos e passaram a adotar medidas para atender aos consumidores de bebida alcoólica, tais como a chamada "escolta amiga", que disponibiliza o transporte seguro de clientes até sua casa. As seguradoras também estão disponibilizando esse tipo de serviço aos clientes que se embriagam ou simplesmente consomem bebidas que provoquem concentração de álcool no sangue além do limite permitido pela legislação e que estejam fora de suas casas. Uma conhecida marca de cerveja vem promovendo campanha publicitária recomendando que um dos companheiros de diversão fique sem beber na "rodada" e assim possa conduzir os demais em segurança para casa.

Enfim, é inegável que a lei provocou o salutar efeito de reduzir os acidentes causados por motoristas alcoolizados, ou a gravidade de suas consequências, acarretando inegáveis benefícios aos cofres públicos e, especialmente, à saúde das pessoas.

Acrescento, por fim, que a Lei nº 11.705/2008 está em pleno vigor e deve ser aplicada, pelo menos até ulterior apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.103/DF, distribuída ao Ministro Eros Grau, para resguardar os manifestos benefícios já alcançados pela sociedade. Apesar de muito bem fundamentado o voto do eminente Relator, respaldado, inclusive, em reconhecida doutrina, peço vênia para dele divergir.

Com essas considerações, denego a ordem.

Desa. Sandra De Santis (Presidente e Vogal) - Peço vista.

DECISÃO

Após votos divergentes do Relator e do 1º Vogal, pediu vista a 2ª Vogal.

Desa. Sandra De Santis (Presidente e Vogal) - A divergência entre o Relator e o 1º Vogal diz respeito à natureza da primeira parte do artigo 306 do Código de Trânsito, na redação da Lei 11.705/08. O Relator, com a peculiar proficiência, realça que, devido à nova redação, só haverá o crime se verificadas, cumulativamente, duas premissas: concentração de álcool superior ao limite legal e comprovação casuística de perigo. Já o primeiro Vogal, com o mesmo brilhantismo, abraça a teoria do risco presumido.

O impetrante argumenta que o legislador não tratou da mesma forma as duas situações previstas no tipo. Mas coerência nunca foi o predicado maior do legislador brasileiro que, algumas vezes, atende aos anseios da sociedade, movido por acontecimentos de grande repercussão e sob pressão da mídia. Assim, não causa espanto a cisão verificada no tratamento ao motorista que ingeriu álcool acima do limite permitido, diversa do dispensado àquele que usou substância psicoativa.

Há outros exemplos de aparente incoerência, principalmente quando os tipos penais são modificados por lei posterior. Muitas vezes não guardam harmonia com o sistema. Por exemplo, a receptação dolosa do *caput* do artigo 180 do Código Penal é punida menos severamente que a figura qualificada, seja praticada com dolo eventual ou culposamente. Destarte, enquanto não houver manifestação do Supremo Tribunal Federal, cabe ao intérprete a função de interpretar a vontade do legislador, às vezes tarefa difícil.

É dizer: a redação do artigo 306 da Lei de Trânsito foi alterada. Sem dúvida a anterior exigia o perigo concreto. Por opção legislativa, embora aparentemente paradoxal, foi abolida a expressão "sob influência" na primeira parte do tipo. Quiçá porque não existe forma de aferir, com confiabilidade, a quantidade de substâncias psicoativas utilizada pelo agente, o que levaria à imprescindibilidade do exame clínico.

Mas em relação à ingestão de bebida alcoólica, hoje o perigo é abstrato. O motorista oferece perigo à incolumidade pública quando ingere bebida alcoólica em quantidade acima da prevista no tipo. Quis implantar tolerância mínima, tanto que a concentração inferior, embora não criminalizada, é infração administrativa.

Na antiga redação, a prova do ilícito não oferecia dificuldades. No caso de recusa ao teste do etilômetro, o exame do IML o supria. Se a condução de veículo automotor pelo motorista oferecesse risco ao bem jurídico protegido - a segurança viária - estaria configurado o crime, considerado de perigo concreto.

A atual redação, ao privilegiar a máxima segurança no trânsito, legitima a tutela penal antecipada, chamada na doutrina alemã de "criminalização em âmbito prévio". Não considero que o tipo penal, por presumir o perigo que a conduta representa, mesmo sem a ocorrência de acontecimento anormal, crie tipo em que a responsabilidade é objetiva. A conduta de assumir a direção do automotor após ingestão de bebida alcoólica representa suficiente perigo ao bem jurídico protegido e justifica a sanção penal.

Boa parte da doutrina é contra a disseminação de crimes de perigo abstrato. Em homenagem ao denominado "Princípio da Ofensividade", juristas de escol, como Luiz Flávio Gomes, consideram que "todo tipo penal que descreve um perigo abstrato deve ser interpretado na forma de perigo comum." O Relator adotou a corrente abraçada pelo jurista.

O Professor Eduardo Cabette, em artigo publicado no sítio Jus Navegandi nº 1842, adverte sobre a disseminação de tipos que configuram crimes de perigo abstrato: "... eles trazem consigo o risco de um indevido agigantamento do Direito Penal provocado por uma terrível pretensão de controle social milimétrico que tolhe a liberdade e a dignidade humanas".

Mas a lei penal, como leciona Rogério Greco, só poderá proibir ou impor comportamentos, sob ameaça de sanção, se houver absoluta necessidade de proteger determinados bens, tidos como fundamentais ao nosso convívio em sociedade.

Luiz Regis Prado comenta que "... o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção dos bens jurídicos - essenciais ao indivíduo e à comunidade." O critério de seleção de tais bens é eminentemente político. O método não é totalmente seguro, pois influem o subjetivismo natural da pessoa humana e a pressão social.

Mas, como ressaltou o Vogal, é fato notório, comprovado pelas estatísticas trazidas no voto, que a ingestão de bebida alcoólica contribuiu em inúmeros acidentes de trânsito. E o disse com conhecimento de causa, já que por vários anos titular da Vara especializada no julgamento de tais crimes. Estudos revelam que o motorista, mesmo quando trafegar aparentemente de forma normal, tem os reflexos alterados, o que coloca em risco uma infinidade de pessoas e a si próprio caso acontecimento anormal e não previsto venha a solicitar resposta rápida. Daí adveio a necessidade de criminalizar a conduta de assumir o volante após ingerir bebida alcoólica nos percentuais eleitos pelo legislador, certamente com base em estudos científicos.

Alinho-me ao entendimento do Des. George Lopes Leite e denego a ordem, com as vênias de estilo ao e. Relator.

DECISÃO

Admitir e denegar a ordem. Maioria. Redigirá o acórdão o 1º Vogal.

---

3 *FRANÇA, Genival Veloso de. Considerações em torno da perícia da embriaguez e da alcoolemia. Disponível em 'http://www.revistademedicinalegal.com.br/a2.1.htm', 23/7/2008.*

4 *Confira-se* MARCÃO, *Renato. Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei nº 9.503/1997, Código de Trânsito Brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11454>. Acesso em: 17 jul. 2008.*

HABEAS CORPUS Nº 2009002002749-0

Impetrante - I.C.M.
Paciente - F.P.S.
Relator - Des. Arnoldo Camanho de Assis
Segunda Turma Criminal

EMENTA

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO CONTRA EX-COMPANHEIRA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER PARA A FASE DO *INDICIUM ACCUSATIONIS*. COMPETÊNCIA DO JÚRI PARA A FASE DO *IUDICIUM CAUSAE*.

1. O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem competência para processar os crimes contra a vida da mulher, praticados no âmbito de convivência doméstica ou familiar, até a decisão de pronúncia.

2. Ordem concedida. Remessa dos autos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Arnoldo Camanho de Assis - Relator, Roberval Casemiro Belinati e Luís Gustavo, Vogais, sob a presidência do Senhor Desembargador Arnoldo Camanho de Assis, em proferir a seguinte decisão: concedeu-se a ordem, por maioria. Vencido o 2º Vogal, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de março de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por I.C.M., em favor de F.P. de S., contra ato praticado pelo Juízo do Tribunal do Júri de Brasília, que indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado em benefício do paciente.

A impetrante sustenta que o Juízo do Tribunal do Júri é absolutamente incompetente para processar o feito, eis que o crime objeto de investigação

teria sido praticado pelo paciente contra sua esposa, no seio familiar, e que a instrução deveria ser realizada, até a pronúncia, no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Por essas razões, sustenta que "toda e qualquer prisão decorrente do juízo incompetente deve ser declarada nula". No mérito, aduz que o paciente é primário, trabalhador, possui residência fixa no distrito da culpa e que não estão presentes os pressupostos para a manutenção da custódia cautelar.

Por meio da decisão de fls. 15/16, este Relator negou a liminar pleiteada.

Prestadas as informações, os autos seguiram à douta Procuradoria de Justiça que, em parecer do Dr. Antonio Ezequiel de Araújo Neto, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTOS

Des. Arnoldo Camanho de Assis (Relator) - No tocante à alegada incompetência absoluta do Juízo do Tribunal do Júri para realizar a instrução do processo, tem razão o apelante.

Com efeito, a Lei Maria da Penha dispõe, em seu art. 14, que o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é competente para o processamento, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Desta maneira, criou-se norma processual de competência em razão da matéria, que deve ser seguida, sob pena de nulidade absoluta, inclusive nos processos relativos a crimes dolosos contra a vida praticados contra mulheres, em situação de violência doméstica e familiar, como é o caso dos autos.

Advirta-se que a aplicação do disposto no art. 14, deste diploma legal, não implica em usurpação da competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, "d"), eis que esta diz respeito apenas aos **julgamentos** dos crimes dolosos contra a vida.

Como se sabe, o procedimento previsto no CPP para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida prevê duas etapas, o *judicium accusacionis* e o *judicium causae*. Assim, para que se harmonize os diplomas legais referidos, cumprindo-se a vontade do legislador infraconstitucional, sem desprezar a norma de estatura maior, advinda da Constituição da República, deve o processamento dos feitos relativos aos crimes de homicídio doloso no âmbito doméstico ser realizado no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, até a decisão de pronúncia, efetuando-se o julgamento perante o Júri Popular. Esse foi

o entendimento adotado pela Câmara Criminal deste egrégio Tribunal de Justiça, no seguinte conflito de competência:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E TRIBUNAL DO JÚRI - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI MARIA DA PENHA - COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ATÉ A PRONÚNCIA.*
> *1. Compete ao Juizado Especial Criminal, até a fase de pronúncia, processar os feitos relativos aos crimes dolosos contra a vida praticados no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, em atenção à Lei nº 11.340/2006. Em observância à competência constitucional do Tribunal do Júri, após a fase de formação da culpa* (judicium accusationis)*, com o réu pronunciado, os autos deverão ser remetidos ao Tribunal do Júri, para as fases subsequentes, de preparação do processo para julgamento em plenário e do juízo de mérito* (judicium causae)*.*
> *2. O mesmo critério será observado para definir a competência relativamente às medidas protetivas de urgência, cabendo ao juiz da Vara do Juizado Especial Criminal processar e decidir os pedidos de medidas protetivas até a fase de pronúncia. Ultrapassada a fase de formação da culpa, caberá ao juiz do Tribunal do Júri dispor acerca de tais medidas"* (20070020135660CCP, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, Câmara Criminal, julgado em 24/03/2008, DJ 17/10/2008 p. 34).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente do STJ:

> "HABEAS CORPUS *- CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PROCESSADO PELO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - LIBERDADE PROVISÓRIA - CRIME HEDIONDO - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM DENEGADA.*
> *- Ressalvada a competência do Júri para julgamento do crime doloso contra a vida, seu processamento, até a fase de pronúncia, poderá ser pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em atenção à Lei 11.340/06.*
> *- Não há possibilidade de concessão da liberdade provisória, em crimes hediondos, apesar da modificação da Lei 8.072/90, pois a proibição*

> *deriva da inafiançabilidade dos delitos desta natureza, trazida pelo artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.*
> *- Tratando-se de paciente preso em flagrante, pela prática, em tese, de crime hediondo, mostra-se despicienda a fundamentação do* decisum *que manteve a medida constritiva de liberdade nos termos exigidos para a prisão preventiva propriamente dita, não havendo que ser considerada a presença de circunstâncias pessoais supostamente favoráveis ao paciente, ou analisada a adequação da hipótese à inteligência do art. 312 do CPP.*
> *- Denegaram a ordem, ressalvado o posicionamento da Relatora" (HC 73.161/SC, Rel. Ministra JANE SILVA* (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 29/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 317).

Portanto, impõe-se a remessa dos autos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, competente em razão da matéria, para o processamento da instrução criminal até a pronúncia, com a consequente anulação de todos os atos decisórios proferidos pelo juízo absolutamente incompetente.

Todavia, a declaração de incompetência do juízo não implica na concessão automática da liberdade provisória, como quer o impetrante, eis que a custódia cautelar não se funda em decisão do juízo incompetente, mas sim na prisão em flagrante, cuja validade e os requisitos para a sua manutenção não foram apreciados pela autoridade competente. Logo, esta Turma não pode apreciar o pedido de liberdade provisória, sob pena de praticar supressão de instância, exceto para conceder a ordem de ofício, se a prisão se mostrar manifestamente ilegal, o que não ocorre no caso dos autos. Portanto, deve o impetrante formular novo pedido de liberdade provisória perante o Juízo competente.

Ante o exposto, concedo a ordem, a fim de declarar a incompetência absoluta da Vara do Tribunal de Júri de Brasília para processar a instrução do feito e determinar a remessa imediata dos autos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

É como voto.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) - Com o Relator.

Des. Luís Gustavo (Vogal) - Peço vista.

DECISÃO PARCIAL

O Relator concedeu a ordem, acompanhado pelo 1º Vogal. O 2º Vogal pediu vista.

PEDIDO DE VISTA
VOTOS

Des. Luís Gustavo (Vogal) - O *Habeas Corpus* é ação originariamente constitucional, que busca combater coação ou violência ao direito de locomoção, decorrente de ato ilegal ou de abuso de poder (art. 5º, LXVIII).

> "O *habeas corpus* é uma garantia constitucional que se obtém por meio do processo. É *remedium juris* destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir, o *jus manendi, eundi, veniendi, ultro citroque*. Ele tutela o direito de ir e vir. *The Power of locomotion*. O direito de ficar, de ir e vir de um para outro lugar. Tutela o direito de não ser preso, a não ser em flagrante por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; o direito de não ser preso por dívida, salvo nos casos do depositário infiel e do alimentante inadimplente; o direito de não ser recolhido à prisão nos casos em que se permite fiança ou liberdade provisória; o direito de não ser extraditado, na ser na hipótese prevista na Magna Carta; o direito de frequentar todo o e qualquer lugar, ressalvadas aquelas restrições que podem ser impostas quando da concessão de *sursis* ou suspensão condicional do processo; o direito de viajar, ausentando-se de sua residência, ressalvadas as restrições de que tratam os artigos 328 e 367 do CPP".[26]

No caso em apreço, pretende-se a anulação do processo penal, sob alegação de incompetência absoluta do Tribunal do Júri para presidir o sumário de culpa nos crimes contra a vida decorrentes de violência doméstica, conforme dispõe a Lei nº 11.340/2006. Por via de consequência, pretende-se a declaração de nulidade dos atos decisórios, inclusive daquele que negou o pedido de liberdade provisória ao paciente.

---

26 Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, vol. 4, Ed. Saraiva, 19ª.ed., p. 523.

No mérito, pretende a concessão de liberdade provisória com fulcro no parágrafo único do artigo 310 da Lei Processual Penal, porque não estariam presentes os requisitos da prisão preventiva, além dos predicativos do autuado serem favoráveis a sua pretensão.

Preliminar:

Estabelece o artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes contra a vida:

> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
> d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No caso sob exame, é incontroverso que o paciente foi preso porque teria atentado contra a vida da sua esposa, quando desferiu golpes de faca contra o seu rosto, mãos e pescoço (Auto de Prisão em Flagrante nº 014/2009).

A mesma peça constritiva consigna, a partir da narrativa da vítima, que a possível razão da agressão seria uma viagem e depois a guarda da filha do casal, pois os consortes estariam separados desde outubro/2008.

Havendo indícios de autoria e materialidade de possível crime contra a vida, por expressa disposição constitucional, a competência é do Tribunal do Júri.

Neste mesmo sentido é o artigo 74 do Código de Processo Penal:

> Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

É princípio de hermenêutica que os atos normativos devem guardar conformidade com a Constituição, até mesmo para efeito de validade. Neste passo, não se poderia admitir que uma lei ordinária (Lei nº 11.340/2006) subtraia do Tribunal do Júri a competência atribuída pela Carta Magna.

O rito estabelecido para apurar os crimes contra a vida está regulamentado pelos artigos 406 a 497. Ainda que divididos em duas fases, o processo é uno, assim como o próprio Juízo. A fragmentação da cognição do feito, limitando o conhecimento da causa pelo Tribunal apenas para a fase de plenário malfere o princípio do juiz natural, por expressa competência constitucional.

É sabido que a Constituição Federal assegura direitos mínimos, não havendo impedimento que a lei amplie essas garantias. O Código de Processo

Penal assim o fez, quando, ao disciplinar o funcionamento do Tribunal do Júri, atribuiu-se a competência para conhecer da lide penal *ab initio*¸ ou seja, desde o recebimento da denúncia até o veredicto final pelos jurados, seguido da sentença pelo respectivo Juiz Presidente.

Para se afastar qualquer possibilidade de inconstitucionalidade da Lei nº 11.340/2006, sua interpretação deve respeitar a competência constitucional do Tribunal Júri, ou seja, caberá a seu presidente decidir acerca das medidas protetivas, quando a violência doméstica expuser a perigo ou atentar contra a vida da mulher.

No caso presente, com mais razão, já que tanto o Tribunal de Júri, como a Vara de Violência Doméstica encontram-se instaladas na mesma circunscrição judiciária.

Se por algum momento, se poderia aventar a possibilidade do sumário de culpa tramitar em juízo diverso até a pronúncia, para a posterior remessa dos autos ao Tribunal do Júri, quando os juízos funcionarem em comarcas ou circunscrições judiciárias diversas, tal medida mostra incabível na espécie, porque as duas varas supostamente em conflito funcionam na mesma circunscrição.

Corroborando com esse entendimento, já houve julgamento da Suprema Corte no sentido de que a competência territorial do Tribunal de Júri é absoluta, para onde devem ser remetidos os inquéritos e ações penais em curso após a sua criação e/ou instalação na comarca ou circunscrição em que ocorreu o delito:

> COMPETÊNCIA - JÚRI - NOVA CIRCUNSCRIÇÃO. A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E NORTEADA PELO PRINCÍPIO SEGUNDO O QUAL O RÉU DEVE SER JULGADO PELOS CONCIDADAOS (PARES). ESTA PECULIARIDADE TRANSMUDA A ESPÉCIE DE INCOMPETÊNCIA, EXCEPCIONANDO A REGRA REFERENTE A DEFINIDA APARTIR DO ELEMENTO TERRITORIAL. DE RELATIVA, PASSA A ABSOLUTA. DESDOBRADA A ÁREA GEOGRAFICA DE UM CERTO TRIBUNAL DO JÚRI, CRIANDO-SE UM OUTRO, PARA ESTE DEVEM SER REMETIDOS OS PROCESSOS EM CURSO, POUCO IMPORTANDO A FASE EM QUE SE ENCONTREM, NO QUE ENVOLVAM ACUSADOS DOMICILIADOS NA ÁREA RESULTANTE DO DESMEMBRAMENTO. ESTA CONCLUSÃO MAIS SE ROBUSTECE QUANDO HAJA SURGIDO UMA NOVA CIRCUNSCRÇÃO, UMA NOVA COMARCA, ALFIM, UM NOVO FORO, COMO OCORREU RELATIVAMENTE A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL -

> LEI Nº 8.185/91 - E, MAIS ESPECIFICAMENTE, QUANTO AS CIRCUNSCRIÇÕES DE TAGUATINGA E CEILÂNDIA. INAPLICABILIDADE DA NORMA VEDADORA DA REDISTRIBUIÇÃO AS NOVAS VARAS.
> (HC 71810, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 27/09/1994, DJ 25-11-1994 PP-32302 EMENT VOL-01768-02 PP-00308)

A pretensão que se persegue neste *writ* afronta diretamente o entendimento supra, na medida em que subtrai do Tribunal de Júri sua competência constitucional de processar e julgar o crime contra a vida, segundo as fases do seu procedimento especial.

Ainda que, por hipótese, fosse possível a superação dos fundamentos lançados, não haveria, igualmente, razão para declarar a incompetência do Tribunal do Júri, porque estar-se-ia frente a hipótese *sui generis* de competência concorrente, criado pela Lei nº 11.340/2006. E quando na mesma base territorial houver mais de um juízo competente para conhecer da causa, a solução advém do artigo 75 do Código de Processo Penal, ou seja, a competência será determinada pela a distribuição.

Isto é possível, porque é inegável que o Tribunal do Júri tem também competência para presidir o feito até a pronúncia. E neste caso, o fato da causa ficar a afeto àquele juízo não trouxe qualquer prejuízo para o paciente. A prestação jurisdicional vem sendo regularmente oferecida, ainda que em desacordo com as expectativas da impetrante.

É princípio do direito processual de não se declarar a nulidade do processo, quando não demonstrado o efetivo prejuízo ou dano processual (*pás nullité sans grief*).

No caso *sub judice*, busca-se a declaração de nulidade do processo sob a alegação da incompetência do Tribunal do Júri, situação que não ocorre, por mais de um fundamento já exposto.

Forte nestes fundamentos, rejeito da preliminar.

Quanto ao pedido de liberdade provisória, negado da origem, em razão da ausência dos seus requisitos, tenho que a decisão não merece qualquer reparo.

Conforme sobressai do *decisum*, a medida foi decretada em garantia da ordem pública e a conveniência da instrução, tendo em vista o *modus exequendi* da infração penal e o temor revelado pela vítima frente à pessoa do autuado, tendo inclusive recorrido à Vara de Proteção da Mulher para obter medidas protetivas.

Neste passo, transcrevo trecho da decisão vergasta, na parte pertinente ao objeto deste *mandamus*:

> "Entretanto, no presente caso, existe o indício de autoria do requerente em relação ao crime destacado (artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, todos do Código Penal), conforme se observa do auto de prisão em flagrante.
> Por sua vez, a concessão da liberdade provisória tem por requisito básico a inexistência dos motivos autorizadores da decretação da prisão preventiva, conforme o disposto no artigo 310, parágrafo único, do CPP.
> Na situação em especial, todavia, o crime imputado ao acusado é grave, já que, em tese, um houve uma tentativa de homicídio em relação à sua ex-esposa, com a utilização de uma faca, sendo que os golpes, como a acusação descreve em denúncia, teriam sido desferidos de inopino, ou seja, com surpresa para a vítima, o que lhe dificultou a sua defesa pessoal. Deste modo, a gravidade da conduta do acusado se revela pelo atentado a um bem jurídico maior, que é a vida humana.
> Ressalto, ainda, o fato de que a vítima encontra-se intimidada pela situação produzida pelo acusado, tanto que ingressara com pedido de proteção - medidas protetivas - o que revela dificuldade em obter o seu depoimento livre de qualquer tipo de pressão psicológica. Portanto, para garantir a adequada instrução processual, recomenda-se a prisão do réu até a oitiva da vítima, afastada assim de qualquer meio de intimidação, seja física ou moral.
> Por derradeiro, a liberdade do denunciado, neste sentido, representa uma insegurança pessoal para a vítima, tanto que esta fora encaminhada, juntamente com sua filha, para o acompanhamento psicológico, conforme se verifica de termo de audiência de fl. 28."

A primeira observação que se extrai, é que a decisão foi sucinta, mas fundamentada. A segregação foi assentada no juízo da garantia da ordem pública e a instrução processual, em razão do modo de execução do crime e sua repercussão no estado psicológico da vítima.

Ao contrário do alegado, o magistrado não se baseou em elementos abstratos, mas ressaltou a forma de execução do crime - a utilização de uma faca e a agressão de inopino, para impedir ou dificultar a defesa da vítima - além do grave

temor causado no psíquico da agredida, que precisou buscar medidas protetivas no juízo competente.

Deste modo, os requisitos da medida cautelar estariam suficientemente demonstrados, não só pelo grau de agressividade e, consequentemente, a periculosidade demonstrada pelo denunciado, como também pelos riscos que sua liberdade importaria na busca da verdade real. Isto porque, as razões das agressões estariam atreladas à separação do casal e discussão pela guarda da filha. Agora, os acontecimentos envolvendo o casal são muito mais graves, pois versam sobre uma possível tentativa de homicídio e medidas judiciais pleiteadas para inibir o varão de qualquer aproximação da vítima.

Reforça a preocupação do juízo *a quo*, a narrativa do auto de prisão em flagrante, de que a vítima estava em via pública, acompanhada inclusive da filha do casal, quando houve a aproximação inesperada do autuado, que já teria partido para os supostos ataques à vida de sua ex-companheira.

Não há dificuldade na visualização dos riscos concretos à segurança pública e a instrução processual causado pela suposta soltura do paciente, daí porque compartilho do entendimento do juízo monocrático, no sentido de se fazerem presentes os requisitos da medida extrema.

É latente a periculosidade do paciente, nos moldes em que desenvolveu a suposta ação imputada, assim como justificável a prisão também para a conveniência da instrução e a ordem pública, já que ele deverá ser reconhecido pela ofendida e, quiçá, pela própria filha e a amiga do casal, presentes no momento do fato.

Se a natureza do crime ou sua gravidade não justificam adoção da medida extrema privativa de liberdade, isto já não ocorre quando a razão da medida está nas circunstâncias que cercam a sua execução:

> *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA DENEGADA. DENÚNCIA POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS AO PACIENTE, QUE NÃO OBSTAM A PERMANÊNCIA DA CUSTÓDIA. 1. NÃO CARACTERIZA CONSTRANGIMENTO ILEGAL, A SER SANADO VIA *HABEAS CORPUS*, O INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, QUANDO PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. 2. A CIRCUNSTÂNCIA DE SER O PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E COM ENDEREÇO CERTO, POR SI SÓ, NÃO LHE DÁ O DIREITO A

RESPONDER O PROCESSO EM LIBERDADE, SE A GRAVIDADE DO CRIME E A PERICULOSIDADE DEMONSTRADA EM SEU COMETIMENTO ACONSELHAM A CUSTÓDIA PREVENTIVA, COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO: ORDEM DENEGADA. UNÂNIME.
(20060020152951HBC, Relator Jesuíno Rissato, 2ª Turma Criminal, **DJU:** 30/05/2007 **Pág. :** 112)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA. COMUNICABILIDADE AO MANDANTE DO CRIME. MEIO CRUEL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 21 DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RÉU QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA (DEGRAVAÇÃO DE CD). CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE.
1. *omissis*.
2. No homicídio mercenário, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do tipo qualificado e se estende ao mandante e ao executor do **crime**.
3. No que diz respeito às qualificadoras do meio cruel e do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, verificar a existência ou não das referidas circunstâncias, bem como aferir se o paciente, na qualidade de coautor, tinha conhecimento da forma de **execução** do **crime**, demandaria o reexame da matéria fático-probatória, procedimento inviável em sede de *habeas corpus*.
4. A prisão preventiva, mantida em sede de pronúncia, encontra-se razoavelmente motivada na necessidade da segregação do acusado para se preservar a ordem pública, em razão de sua periculosidade, evidenciada pelas circunstâncias do crime, bem como para assegurar a futura aplicação da lei penal.
5. *omissis*.
6. *omissis*.

> 7. *Habeas corpus* denegado.
> (STJ/HC 78643 / PR, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe 17/11/2008).

Já com relação aos supostos predicativos pessoais do autuado, exceto pela primariedade, não há prova dos autos de que desenvolva alguma atividade lícita ou mesmo possua residência fixa no distrito da culpa.

Ante o exposto, conheço do *habeas corpus,* mas nego a ordem pretendida.

É o meu voto.

Des. Arnoldo Camanho (Presidente e Relator) - As razões do eminente 2.º Vogal são judiciosas e ponderadas e, de fato, a jurisprudência não definiu, em bases pacificadas, qual haverá de ser a competência para casos como esse que se aprecia no presente *habeas corpus*.

Entretanto, apesar das razões do voto do eminente 2.º Vogal, vou manter o entendimento do voto que proferi, concedendo a ordem, forte no argumento de que, em primeiro lugar, a Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXVIII, letra "d", fixou a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, mas não se pode extrair daí que seja também da competência do Tribunal do Júri o processamento nos crimes dolosos contra a vida.

Em princípio, uma eventual decisão em que se cinda a fase do processamento da fase do julgamento, em tese, não estaria esgrimindo com o dispositivo constitucional.

Em segundo lugar, porque há um precedente do nosso Tribunal de Justiça, da colenda Câmara Criminal - é o único - no sentido de que compete ao Juizado Especial Criminal, até a fase da pronúncia, processar os crimes dolosos contra a vida praticados no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, em atenção à Lei 11.340/06.

Em observância à competência constitucional do Tribunal do Júri, após a fase de formação da culpa, com o réu pronunciado, os autos deverão ser remetidos ao Tribunal do Júri, para as fases subsequentes de preparação do processo para julgamento do juízo de mérito, em plenário. Esse precedente é da relatoria do eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. Contra essa decisão foi interposto um *habeas corpus* pelo Ministério Público, que se encontra aguardando julgamento pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. Por ora essa é a única diretriz.

A única decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, pelo menos a única que encontrei, de relatoria da eminente Ministra Jane

Silva, também proclamou que, ressalvada a competência do Júri para processamento de crime doloso contra a vida, seu processamento, até a fase de pronúncia, poderá ser pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, em atenção à Lei 11.340/06.

Em princípio, não estaríamos, ao decidir pela concessão da ordem, afrontando nem a jurisprudência e nem, a rigor, a interpretação do dispositivo constitucional.

Vou pedir vênia ao Desembargador Luís Gustavo para sustentar o voto que proferi pela concessão da ordem.

Des. Roberval Casemiro Belinati (Vogal) - Senhor Presidente, gostaria de ressaltar que, não havendo uma definição na seara da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre essa questão, julgo oportuno acompanhar o voto de V. Ex.ª, sobretudo por se tratar de matéria relativamente nova.

DECISÃO

Concedeu-se a ordem, por maioria. Vencido o 2º Vogal.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002016445-6

Impetrante - Patrícia Alves Urcino
Informante - Secretário de Planejamento e Gestão do Distrito Federal
Relator Designado - Des. Mario Machado
Conselho Especial

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. SUBJETIVIDADE VEDADA. SÚMULA Nº 20 DO TJDFT. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IMPESSOALIDADE E DA PUBLICIDADE. ORDEM DEFERIDA.

É admissível, em tese, a via mandamental para o pleito deduzido. O que se pretende na impetração é a anulação da avaliação psicológica, pelos fundamentos expostos na inicial, e de acordo com a documentação a ela acostada. Desnecessária, a tanto, qualquer dilação probatória. Preliminar de inadequação da via eleita que se rejeita.

"A validade do exame psicotécnico está condicionada à previsão legal, à exigência de critérios objetivos e à garantia de recurso administrativo" (Súmula nº 20 do TJDFT). E, na espécie, pelo menos quanto ao Teste CPS e ao Teste Palográfico, os candidatos foram submetidos à estrita subjetividade dos examinadores, assim contrariado o princípio constitucional da impessoalidade, abrigado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Também não foram divulgados, previamente, os critérios que presidiram a avaliação do perfil adrede considerado recomendado pela banca, assim ferido o princípio da publicidade, a que está jungido o Administrador, por força do mesmo dispositivo constitucional.

Precedentes.

Ordem deferida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Romeu Gonzaga Neiva,

Mario Machado, Sérgio Bittencourt, Carmelita Brasil, Waldir Leôncio Júnior, J. J. Costa Carvalho, Natanael Caetano, João Mariosi, Romão C. Oliveira, Dácio Vieira, Edson Alfredo Smaniotto, Lecir Manoel da Luz e Cruz Macedo), sob a presidência do Desembargador Nívio Gonçalves, em rejeitar a preliminar. Unânime. No mérito, conceder a segurança. Maioria, conforme ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 30 de junho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Patrícia Alves Urcino, contra ato da autoridade apontada como coatora, por ocasião da realização da avaliação psicológica do concurso público para o cargo de Atendente de Reintegração Social da Carreira de Assistência Pública em Serviços Sociais.

Narra que participou do certame concorrendo a uma das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais (deficiência auditiva) e, após obter aprovação em todas as etapas, foi convocada para realizar a avaliação psicológica, na qual foi eliminada.

Fundamenta seu pleito na ausência de previsão editalícia da forma dos testes que seriam realizados na avaliação psicológica, em especial o exame palográfico; por ter realizado o teste em ambiente ruidoso, quando deveria tê-lo feito em local tranquilo e propício à concentração; e ausência de fundamentação do psicólogo na correção de sua avaliação, violando o art. 37 da CF.

Indica o que no seu entender constitui o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* necessário ao deferimento da liminar, além de indicar a legislação que ampara seu direito.

Requer os benefícios da assistência judiciária e liminar para que seja reservada vaga para sua nomeação e posse de acordo com sua classificação (56º colocação) até final julgamento do mandado de segurança.

No mérito, postula a concessão da segurança com a confirmação da liminar.

Deferi o pedido para determinar a reserva da vaga descrita pela Impetrante, até que se proceda ao julgamento definitivo do *writ*.

A Autoridade Coatora, apesar de regularmente intimada, não prestou as informações solicitadas, conforme certidão constante de fl. 144.

O Ministério Público argúi preliminar de extinção do processo sem exame de mérito por inadequação da via eleita em razão da ausência de prova pré-constituída. No mérito, pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Examino a preliminar arguida pelo Ministério Público.

Inadequação da via eleita

A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, tendo em vista que, no caso, os documentos que instruem a inicial mostram-se suficientes ao exame do pleito. A matéria relativa à legalidade ou não do ato impugnado diz respeito ao mérito da impetração.

Rejeito a preliminar.

No mérito, assinalo que a insurgência da Impetrante não merece ser acolhida. Com efeito, a exigência da avaliação psicológica encontra amparo na Lei 2.743/2001, além de ter sido expressamente prevista no edital, vinculando a Administração e todos os candidatos.

Pondera o Órgão Ministerial que " *(...) a avaliação psicológica foi aplicada de forma isonômica a todos os candidatos, analisando a adequação de suas personalidades com o perfil profissiográfico exigido para o cargo, conforme as regras contidas no item 11, do Edital Normativo*".

E prossegue mais adiante:

> *"Cabe ressaltar, ainda, a impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar no mérito da avaliação a que foi submetida a candidata, uma vez que não lhe compete substituir a banca examinadora. Sua análise restringe-se ao controle da legalidade do ato administrativo, que,* in casu, *guarda perfeita harmonia coma as disposições legais e editalícias."* (fl. 153)

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não destoa do entendimento defendido na manifestação ministerial. Confira-se:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PSICOTÉCNICO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE E DE VÍCIO DE SUBJETIVIDADE NO CERTAME. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO. MÉRITO ADMINISTRATIVO.*
> *I - Ausente a plausibilidade do direito alegado, pois, além da realização do psicotécnico decorrer de expressa disposição legal, em análise preliminar, o exame foi realizado de forma objetiva.*

> *II - O Poder Judiciário não detém competência para reexaminar respostas de questões, mas apenas averiguar o cumprimento da lei e do edital que regem o concurso público.*
> *III - Agravo de instrumento improvido."* (20080020017215AGI, Relator VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível, julgado em 14/05/2008, DJ 02/06/2008 p. 36)

Finalmente, no que toca à alegação de subjetividade dos testes aplicados, observa-se que, por ser questão eminentemente técnica, não é possível analisá-la em sede de mandado de segurança, haja vista a necessidade de produção de prova técnica, vedado no procedimento mandamental. Entretanto, sustenta-se a análise deste writ pelo mérito, em vista da existência de outros fundamentos apresentados na inicial.

Ressalte-se, por fim, que ao se inscrever no referido certame, o Impetrante anuiu com todas as regras contidas no Edital Normativo, inclusive a relativa à exigência de ser submetido a exame psicotécnico. Assim, as suas pretensões no sentido de participar do Curso de Capacitação independentemente do resultado da referida avaliação, bem como de ser submetido a um novo teste psicológico, caso admitidas, representariam afronta ao princípio da isonomia. Ademais, não poderiam ser admitidas sob o fundamento, não demonstrado nos autos, de subjetividade na aplicação dos testes.

Ainda, no concernente a outros elementos prejudiciais, à evidência de necessidade de dilação probatória, defeso nesta sede, ressaltando-se certa contradição na seguinte parte da inicial:

> *"No dia da aplicação da prova não foi proporcionado à candidata um ambiente adequado para realização dos testes. No local de realização da prova não foi possível obter concentração nem mesmo no momento de orientação antes de cada teste realizado, nem tão pouco para elaboração dos referidos testes por ser o ambiente ruidoso e existirem durante todo o período conversas paralelas entre os demais candidatos. Comportamento este que dificultava a audição e o entendimento das orientações para a elaboração dos testes."* (fl. 04)

Nesta perspectiva, não se constata abuso ou ilegalidade no ato praticado pelo Secretário de Estado de Planejamento e Gestão do Distrito Federal, consistente em homologar a lista de candidatos recomendados no exame psicotécnico, da qual não constava o nome do Impetrante.

Com fundamento nestas razões, rejeito a preliminar, e, no mérito, denego a segurança postulada.

É como voto.

Des. Mario Machado (Vogal) - Acompanho o eminente relator na rejeição das preliminares.

No mérito, saliento, de início, que, das próprias informações emerge a certeza de que a avaliação psicológica procedida pautou-se por vedada subjetividade.

Antes de se ingressar na especificidade dos testes aplicados, convém discernir testes psicométricos de testes projetivos.

De acordo com o método, os testes psicológicos dividem-se em psicométricos e projetivos. Tem-se denominado método psicométrico ao procedimento estatístico sobre o qual se baseia a construção dos testes, assim como a elaboração dos dados da investigação. Entretanto, quando se trata da metodologia empregada para a obtenção de dados, diz-se que um teste psicométrico é aquele cujas normas gerais utilizadas são quantitativas, o que quer dizer que o resultado é um número ou medida. Os itens do teste são objetivos e podem ser computados de forma independente uns dos outros, seguindo uma tabela (ex.: testes de inteligência).

Os testes cuja metodologia é projetiva, por sua vez, são aqueles cujas normas são qualitativas, ou seja, são testes predominantemente subjetivos. O resultado se expressa através de uma tipologia. Por terem uma avaliação qualitativa, evidentemente que seus elementos (itens de teste) não podem ser medidos em separado. É a constância de certas características avaliadas no teste como um todo que dará a relativa certeza de um diagnóstico (ex.: testes de personalidade em geral).

Consoante informado às fls. 104/107 pela psicóloga coordenadora da avaliação psicológica, esta consistiu na realização dos seguintes testes: 1º) Teste Palográfico; 2º) Inventário Fatorial de Personalidade; 3º) Escala Fatorial de Socialização; 4º) Teste Bateria TSP.

O Inventário Fatorial de Personalidade (IFP) é um instrumento de valor multidimensional para medir e explicar as principais características de personalidade. Avalia dimensões da personalidade. Dentre elas as especificadas à fl. 105. Como "inventário de personalidade", na forma de questionário, apresenta alternativas onde os candidatos optam por aquela que melhor identifica sua maneira de pensar, agir e sentir em cada situação apresentada. Sua metodologia não deixa de ser projetiva a exemplo do QUATI (Questionário de Avaliação Tipológica), das Escalas de Personalidade de Comrey e do PMK (Psicodiagnóstico Miocinético), entre outros.

A Escala Fatorial de Socialização (EFS) avalia socialização, componente da personalidade que descreve a qualidade das relações interpessoais dos indivíduos, dentro do modelo dos cinco grandes fatores da personalidade (CGF) e apresenta três sub-escalas, que mensuram amabilidade, pró-sociabilidade e confiança nas

pessoas. O fator relaciona-se aos tipos de interações que uma pessoa apresenta ao longo de um contínuo que se estende da compaixão ao antagonismo.

O Teste Bateria TSP insere-se entre os testes de aptidões, que mensuram, através de estímulos apropriados, algumas habilidades e aptidões, que podem ser específicas, como atenção concentrada, percepção, memória (visual, auditiva), relação espacial, fluência verbal, cálculos numéricos, etc.; ou globais, como a inteligência, que pode ser avaliada através de testes de inteligência verbal (onde inclui a escrita e/ou a fala) ou não verbal (exposição de estímulos abstratos). Tem a finalidade de conhecer a capacidade cognitiva de maneira ampla (abstração de conceitos, relação e agrupamento de ideias, sequência de raciocínio).

O Teste Palográfico ou Teste PLG foi idealizado e elaborado pelo Prof. Salvador Escala Milá, do Instituto Psicotécnico de Barcelona, na Espanha. No Brasil, os estudos a respeito da validação desta técnica foram realizados pelo Prof. Agostinho Minicucci, que, quando era Diretor da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Botucatu e Professor de Psicologia (1960), introduziu nessa escola, um Centro de Estudos de Grafoanálise (Análise da Escrita) e Teste Gráficos, onde efetuou estudos a respeito da validação desta técnica. Seu uso foi mais largamente difundido a partir dos anos 70. É uma técnica projetiva de movimento expressivo e, como tal, apresenta semelhanças como o PMK, do professor Mira Y Lopes Graphe, O Tapping Test, o Teste Grafoescritural de Honroth Zarza e outros. O Teste Palográfico (PLG) pode ser entendido como a avaliação da personalidade com base na expressão gráfica. A folha de papel representa o mundo no qual o indivíduo se coloca afetivamente e a maneira pela qual ele se relaciona com o meio externo, através dos traçados. Ao escrever, projetamos sobre o papel formas simbólicas, vivas em nós, que expressam nossa vida interior, ou seja, modificamos as formas tradicionais ou caligráficas, de acordo com as ideias conscientes e as imagens inconscientes que determinam a nossa personalidade. A folha de papel representa, portanto, o mundo onde evoluímos, e cada movimento escritural é simbólico de nosso comportamento nesse mundo. Podemos concluir, então, que todos os movimentos, todos os gestos humanos estão carregados de significado e concorrem à expressão da personalidade como um todo. Assim, o perfil da personalidade é obtido através da análise dos traçados gráficos. Trata-se, como se vê, de teste eminentemente projetivo, cuja leitura demanda pura subjetividade.

Dirimindo qualquer dúvida do leigo quanto à subjetividade dos testes projetivos, elucidam HAROLD H. ANDERSON e GLADYS L. ANDERSON, ele Professor de Psicologia e Chefe de Departamento na Faculdade Estadual de Michigan, East Lansing, ela Professora Assistente de Psicologia na mesma Faculdade: *"O teste projetivo adquiriu sua primeira definição explícita e razão física em um artigo, mais tarde transformado em monografia, de autoria de L. K. Frank. Frank demonstrou*

que, no conceito de teste projetivo, está implícita uma orientação dinâmica e uma aproximação da análise da personalidade. Há diversos princípios necessários, ou proposições fundamentando o teste projetivo: 1. O teste projetivo estuda a estrutura ou organização das personalidades únicas. Diferentemente dos procedimentos psicométricos tradicionais, o teste projetivo concebe a personalidade como sendo uma configuração dos processos inter-relacionados. 2. A personalidade assim estudada é vista como uma configuração relativamente estável dos processos dinâmicos organizados em redor das necessidades, sentimentos e experiências pessoais de um indivíduo, e servindo para manter e defender seu mundo particular, modelando ativamente as atuais pressões internas e externas à luz de experiências passadas. As técnicas dos testes projetivos são empregadas para focalizar os motivos mais profundos, organizando princípios e processos defensivos que influenciam na maneira como o indivíduo se adapta a novas situações e enfrenta os problemas diários. 3. Essa configuração dos processos dinâmicos básicos opera constantemente na vida de um indivíduo, padronizando, desvirtuando, dobrando, distorcendo e então convertendo cada situação ou experiência na configuração do mundo particular do indivíduo. Cada novo ato, expressão, ou resposta de um indivíduo - seus gestos, percepções, sentimentos, verbalizações, atos motores - traz, de algum modo, o selo da sua personalidade. Essa terceira suposição, a de que um indivíduo padroniza suas produções pessoais de acordo com as disposições da matriz ativa da sua personalidade, tem sido apresentada especificamente como a hipótese projetiva. O principal critério que os testes psicológicos tiveram de satisfazer para serem considerados testes projetivos foi o de representarem situações relativamente inestruturadas, que permitam ao sujeito maior latitude de respostas do que a permitida pelos procedimentos psicométricos clássicos. Diferentemente dos testes de habilidade e inteligência, que exigem respostas convencionais, corretas, ou dos questionários da personalidade que indagam diretamente questões às quais o sujeito deve responder sim ou não, os testes projetivos colocam o sujeito numa situação onde possa ter considerável liberdade para desenvolver a forma e o conteúdo de sua resposta. Deve selecionar a matéria bruta de onde desenvolver sua resposta final, e deve organizar essa matéria bruta, transformando-a num todo significativo. Isso põe em cena os motivos orientadores e os princípios de organização que determinam seu modo de competir com todas as situações da vida. Assim procedendo, fornece abundantes indícios sobre a organização dinâmica da sua personalidade" (*In* Técnicas Projetivas do Diagnóstico Psicológico, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1978, pp. 531/533 - do original An Introduction To Projective Techniques, publicado por Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, N. J.).

Tem-se, portanto, que, na espécie, pelo menos quanto ao Inventário Fatorial de Personalidade (IFP) e ao Teste Palográfico, os candidatos foram submetidos à estrita subjetividade dos examinadores.

Ora, neste passo, convém lembrar que a própria Súmula nº 20 deste Tribunal subordina a validade da avaliação psicológica à inocorrência de critérios

subjetivos para o resultado. Diz a referida Súmula: "*A validade do exame psicotécnico está condicionada à previsão legal, à exigência de critérios objetivos e à garantia de recurso administrativo*".

De outra parte, fica certo que não foram divulgados, previamente, os critérios que presidiram a avaliação do perfil adrede considerado recomendado pela banca, assim ferido o princípio da publicidade, a que está jungido o Administrador por força do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. É o que se apreende das próprias informações, que evidenciam a não divulgação dos percentis (o percentil é uma medida da posição relativa de uma unidade observacional em relação a todas as outras) estabelecidos para cada fator considerado na avaliação. Da mesma forma, o respectivo edital, ao dispor sobre a "avaliação psicológica" no item 11, fls. 23/24, não divulga os critérios próprios a serem utilizados na formulação e na consequente avaliação do teste, restando violado o princípio da impessoalidade a que se obriga a Administração Pública, por força de disposição constitucional:

> "Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como os estrangeiros, na forma da lei;
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei."

Mostra a jurisprudência que, não observado o princípio da impessoalidade, quebrado pelo subjetivismo do examinador, não prevalece a avaliação psicológica:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO LEGAL. EXISTÊNCIA. CARÁTER SUBJETIVO E SIGILOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. 1. É inadmissível a prevalência de sigilo e subjetivismo nos exames de avaliação psicológica, sob pena de o candidato idôneo ficar à mercê do avaliador, com irrogada ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade. Pre-*

> *cedente do STJ. 2. Recursos especiais conhecidos e improvidos."* (STJ, REsp 925.909/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/08/2008, DJe 29/09/2008).

Não fora suficiente, a avaliação psicológica procedida não cuida de avaliar e aferir traços de personalidade do candidato, que possam impedir a sua capacidade regular no exercício de cargo público, em face de alguma patologia. Os exames realizados tiveram, isto sim, perfis profissionais previamente estabelecidos pelos examinadores. Sendo assim, inviável é não se recorrer à subjetividade dos examinadores para se recomendar ou não qualquer candidato. Confiram-se precedentes deste Conselho Especial:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. TESTE PSICOTÉCNICO. TUTELA ANTECIPADA. 1. Na tutela antecipada, mostra-se necessário vislumbrar-se prova robusta que demonstre a verossimilhança do direito alegado. 2. Os exames psicotécnicos, realizados em vários certames, são meios de prova da saúde mental do candidato avaliado, ou seja, busca-se apurar a existência ou não de traços patológicos que possam refletir em certa incompatibilidade com a função a ser desempenhada. Daí a necessidade de se utilizar critérios objetivos para a sua aferição. 3. O exame psicotécnico de perfil mostra-se subjetivo, haja vista a insuficiência técnica para a indene avaliação dos candidatos submetidos ao certame, reputando-se, pois, ilegítimo, notadamente por submetê-los aos critérios discricionários da Administração Pública, em flagrante ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, isonomia, razoabilidade ou proporcionalidade. 4. Há que haver uma objetividade mínima no processo de seleção. A publicidade e impessoalidade impostas à Administração Pública frente aos administrados deve ser exigida em qualquer processo seletivo. 5. Rejeitada a preliminar de perda de objeto. Agravo parcialmente provido para garantir a participação dos Agravantes na segunda etapa do certame, consistente no Curso de Formação Profissional do Concurso Público para provimento de cargos de Técnico Penitenciário da Carreira de Atividades Penitenciárias do Distrito Federal, regulado pelo Edital nº 01/2007-SEJUSDH. Em caso de aprovação, determina-se a reserva da vaga dos Agravantes para o referido cargo, observada a ordem de classificação, até ulterior apreciação da presente contenda."* (TJDFT, 2008002018609-6

AGI, Relator FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, julgado em 05/02/2009, DJ 16/02/2009 p. 67)

"CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL - EXAMES PSICOTÉCNICOS, PROJETIVOS E PSICOMÉTRICOS - POLICIAL LEGISLATIVO DO PODER LEGISLATIVO. 1- Exames psicotécnicos: O objetivo dos exames psicotécnicos é apenas o de avaliar e aferir traços de personalidade, que possam impedir a capacidade regular no exercício de cargos públicos. 1.1- Os exames realizados com perfis profissionais não têm apoio na Constituição Federal, art. 37. O motivo resulta no fato de que inexiste raça brasileira, que continua sendo uma congérie de diversos povos, sem preponderância de nenhuma estirpe. 1.2- O perfil psicológico, mesmo dado a conhecer aos concorrentes de um concurso não tem o condão de legitimá-los. 2- A desculpa de que é difícil exonerar funcionário no período de adaptação revela mais incapacidade administrativa do agente político do que a necessidade de exames projetivos e psicométricos. Mesmo porque a maioria dos administradores sequer sabe tirar proveito do conhecimento dos exames psicossociais de seus subordinados. 2.1- A lei jamais poderá exigir adequação de algum servidor a alguns padrões e perfis preponderantes. O que ela pode exigir é a obrigatoriedade de se fazer o exame psicológico. Com sua realização o candidato abre mão de seu direito de privacidade psicológica, a fim de dotar a administração pública de meios e instrumentos para bem locá-lo e situá-lo no serviço público. 3- A recomendação em exames psicológicos é apenas uma fórmula para se afirmar simpatia ou empatia do candidato para com o homo medius, *previsto inconstitucionalmente pelos descritores desses tipos, que, na prática, se auto descrevem. 3.1- A recomendação jamais pode significar reprovação no exame, mesmo porque tais exames dependem, e muito, da escola psicológica a que se filia o examinador. 3.2- É preciso ter em conta o sigilo profissional desses pretensos examinadores. Se violarem tal sigilo não estão aptos a examinar. Se, por outro lado, o administrador não pode conhecer esse sigilo, tem-se que a não recomendação é um 'segredo de Estado' tão absoluto, que é ocultado do próprio Estado. 4- Liminar concedida para que a impetrante continue participando do certame."* (TJDFT, 2006002003789-1 MSG, Relator JOÃO MARIOSI, Conselho Especial, julgado em 30/05/2006, DJ 11/09/2007 p. 102).

Com efeito, ainda que prevista em lei a avaliação psicológica, a sua subjetividade não pode ser aceita, pena de imperar o arbítrio da Administração, até mesmo na simples escolha da escola psicológica a que se filia o examinador. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *in* "Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", RT, SP, 1990, pp. 48/50, ensina-nos:

> "Entretanto, o que se nega terminantemente é que seja compatível com o texto constitucional, por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade e do concurso público, a adoção de um perfil psicológico em que se devam encaixar os candidatos, pena de exclusão do certame. Com efeito, uma coisa é ser portador de algum traço patológico ou exacerbado a níveis extremados e portanto incompatível com determinado cargo ou função, e outra coisa, muito distinta, é ter que estar ajustado a um 'modelo' ou perfil psicológico adrede delineado para o cargo. Nega-se, igualmente, que as avaliações psicológicas possam ser irrecorríveis na via administrativa ou que o exame do recurso se possa efetuar sem a presença e fiscalização de um especialista indicado pelo candidato. Nega-se também que as avaliações psicológicas possam ser realizadas sem a prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, bem como da identificação dos especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais."

A propósito, o entendimento das duas Turmas do Eg. STF, no sentido de que "*a exigência de teste psicotécnico, como requisito para o ingresso no serviço público, deve estar prevista em lei formal e depende de um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos atos em que se desdobra, sendo inconstitucional a avaliação realizada com base em critérios não revelados*" (RE nº 417.019/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/8/07, e AI nº 611.443/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 17/8/07). No mesmo sentido:

> *"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS OBJETIVOS. AUSÊNCIA DE EXPLICITAÇÃO NO EDITAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, MOTIVAÇÃO DOS ATOS AD-*

MINISTRATIVOS, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO, DENTRE OUTROS. 1) Não se trata de interferência no mérito administrativo, mas de exame da legalidade extrínseca de norma editalícia. Ao Judiciário cabe aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito, conformidade que não se verificou, in casu, *na medida em que a não divulgação dos critérios objetivos de avaliação do candidato submetido ao exame psicotécnico implica em inaceitável subjetivismo que vai de encontro com o princípio da publicidade, da motivação dos atos administrativos e da ampla defesa e contraditório, dentre outros, conforme a remansosa jurisprudência pertinente. 2) Ilegítima é a avaliação realizada com base em critérios não-revelados, pois impede o acesso ao Poder Judiciário para conhecer de eventual lesão ou ameaça de direito ocasionada pelos critérios utilizados (STF, RE 451207, DJ 19/08/2005). 3) Nego provimento ao recurso e à remessa necessária."* (TRF-3 - 8ª Turma - APC 2001.02.01.043027-1 - Rel. Des. Federal POUL ERIK KYRLUND - unânime - *In* DJ de 10/11/2005, p. 210).

A ilegalidade consistente na subjetividade da avaliação psicológica assume a natureza de vício intrínseco. Contamina a avaliação psicológica em si própria. E, assim, nulifica-a. Daí dever o impetrante prosseguir no certame, independentemente da avaliação psicológica.

Se, afinal, aprovado no concurso, tomar o impetrante posse e entrar em exercício, haverá o período de estágio probatório em que, eficazmente, e como bem lhe aprouver, poderá a Administração acompanhar o desenvolvimento do mesmo, sem qualquer prejuízo.

Pelo exposto, concedo a segurança para anular a avaliação psicológica a que fora submetido o impetrante e, em consequência, confiro-lhe todos os direitos inerentes aos demais candidatos considerados recomendados, observando-se a ordem classificatória. Custas *ex lege*. Sem honorários. Transitado em julgado o acórdão, arquivem-se os autos.

É como voto.

Des. Sérgio Bittencourt (Vogal) - Denego a segurança.

Desa. Carmelita Brasil (Vogal) - Concedo a segurança.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Denego a segurança neste caso.

Des. J.J. Costa Carvalho (Vogal) - Concedo a segurança, conforme voto proferido no MSG 0-185206.

Des. Natanael Caetano (Vogal) - Denego a segurança.

Des. João Mariosi (Vogal) - Concedo a segurança.

Des. Romão C. Oliveira (Vogal) - Denego a segurança.

Des. Dácio Vieira (Vogal) - Concedo a segurança.

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Concedo a segurança.

Des. Lecir Manoel da Luz (Vogal) - Concedo a segurança, conforme voto proferido no MSG 0-177558.

Des. Cruz Macedo (Vogal) - Concedo a segurança neste caso.

DECISÃO

Rejeitada a preliminar. Unânime. No mérito, concedeu-se a segurança, maioria. Redigirá o acórdão o Desembargador Mario Machado.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002018850-6

Impetrante - Warneys Galvão Dias
Informante - Secretário de Estado e Educação do Distrito Federal
Relator - Des. Romeu Gonzaga Neiva
Conselho Especial

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA AUXILIAR DE EDUCAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL. ESPECIALIDADE COPA/COZINHA. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL DE FORMA PRECÁRIA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DAS VAGAS. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO À NOMEAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1- O direito líquido e certo que constitui um dos pressupostos do mandado de segurança deve ser visto em dois momentos distintos: em sede de preliminar, o seu exame deve ser com enfoque na documentação do direito invocado, afastando a controvérsia sobre a matéria de fato e, no segundo momento, ultrapassada a preliminar, centra-se no exame da liquidez e certeza do direito, propriamente dito.

No caso vertente, verifica-se que o autor comprovou documentalmente os fatos alegados na inicial e, portanto, é de rigor o afastamento da preliminar de inadequação da via eleita, com fundamento na inexistência de direito líquido e certo a ser amparado.

2 - Da mesma forma, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, que diz respeito à existência de proibição à providência invocada ou ainda à inexistência do provimento pleiteado no ordenamento jurídico, uma vez que existe, ao menos em tese, a previsão legal e constitucional para amparar o direito invocado.

3 - "Inobstante, sejam diversos e inúmeros os precedentes jurisprudenciais no sentido de que a aprovação em concurso

público gera mera expectativa de direito ao concursando, cabendo à Administração, dentro do poder discricionário, nomear os aprovados, observando-se os critérios de conveniência e oportunidade, comprovada a existência de vagas no cargo para o qual o impetrante foi regularmente aprovado em concurso público, bem como a contratação pela Administração Pública, de forma precária, de pessoal para exercer as mesmas funções, no período de validade do certame, configura-se a preterição candidatos e nasce o direito líquido e certo à nomeação e posse do impetrante. Nesse sentido, vários são os precedentes do c. STJ e desta Corte de Justiça, inclusive em caso idêntico" (MSG 20080020098639MSG, Relator CARMELITA BRASIL, Conselho Especial, julgado em 10/02/2009, DJ 30/03/2009 p. 29).

4- Preliminares rejeitadas. Ordem concedida. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Romeu Gonzaga Neiva - Relator, Mario Machado - Vogal, Sérgio Bittencourt - Vogal, Waldir Leôncio C. Lopes Júnior - Vogal, J.J. Costa Carvalho - Vogal, Ana Maria Duarte Amarante Brito - Vogal, Mário-Zam Belmiro - Vogal, Flavio Rostirola - Vogal, Silvanio Barbosa dos Santos - Vogal, Arnoldo Camanho de Assis - Vogal, Natanael Caetano - Vogal, Edson Alfredo Smaniotto - Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Romão C. Oliveira, em proferir a seguinte decisão: questões preliminares repelidas, no mérito, concedeu-se a segurança. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 7 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Warneys Galvão Dias, em desfavor do Secretário de Estado e Educação do Distrito Federal.

Alega o impetrante ter sido aprovado em concurso público, para provimento de vagas no cargo de auxiliar de educação - especialidade copa/cozinha, denominado "merendeiro"; que se classificou em 634º, ficando dentro do número de classificação, uma vez que o edital previa 641 vagas imediatas; que a última

nomeação, em 29-05-06, contemplou os primeiros 605 candidatos; que o prazo do concurso foi prorrogado por mais 2 anos.

Acrescenta que, ao buscar informações acerca do concurso, tomou ciência que a autoridade denominada coatora, não procedendo às demais admissões, sobrestou-as, firmando contrato emergencial com empresa, para prestação de serviços de mão-de-obra de 320 cozinheiros, para cocção de alimentos para alunos da Rede Pública de ensino, preenchendo as vagas existentes, preterindo os aprovados em concurso, ainda válido, aptos a desempenhar a função.

Aduz que, a partir da veiculação, pelo edital, e prorrogação do concurso, a necessidade da administração prover os cargos vagos, o que, a princípio, seria um ato discricionário, torna-se ato vinculado para o Poder Público, o que enseja direito subjetivo à nomeação e à posse para os candidatos aprovados.

Requer a concessão da liminar, determinando-se a imediata nomeação e posse do impetrante no cargo em comento, julgando-se, ao final, procedente o mandado de segurança; a notificação da autoridade coatora para prestar informações; manifestação do MP; assistência judiciária gratuita.

Indeferida a liminar. Informações às fls. 71/76, discorrendo sobre a ausência de direito líquido e certo e impossibilidade jurídica do pedido.

Parecer do Ministério Público, pelo conhecimento e concessão da segurança pleiteada.

É o relatório.

VOTOS

Des. Romeu Gonzaga Neiva (Relator) - Inicialmente destaco que as preliminares da inadequação da via eleita, concernente à assertiva de ausência de direito líquido e certo a ser amparado, e da impossibilidade jurídica não merecem acolhida.

No que concerne à liquidez e certeza do direito, preceitua a mais abalizada doutrina que o conceito de direito líquido e certo pode ser visto sob dois prismas. Em sede preliminar, compreenderia a plausibilidade da existência do direito líquido e certo, correspondendo à comprovação documental do direito invocado a que se convencionou chamar também de prova pré-constituída, bem assim a inexistência de controvérsia sobre a matéria factual. E, no segundo momento, vencida a preliminar, adentra-se na cognição propriamente dita do *writ*, momento em que se aferirá a liquidez e certeza do direito invocado.

No caso vertente, tendo em vista que os documentos que instruem a inicial mostram-se suficientes ao exame do direito invocado, isto é, à nomeação no

certame público, a dita preliminar deve ser afastada. A matéria relativa à legalidade ou não do ato impugnado diz respeito ao mérito da impetração

Da mesma forma, não há de se falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que, cediço que deve entender como a proibição contida no ordenamento para a concessão da providência judicial pleiteada ou, ainda, a sua. Tal não é o caso, porquanto existe, ao menos em tese, previsão no direito pátrio sobre a providência vindicada.

Com efeito, saber se é cabível ou não a análise da discricionariedade da nomeação do impetrante é matéria afeta ao mérito da impetração e nele será discutida.

Assim sendo, rejeito as preliminares e adentro no mérito da segurança.

O impetrante se insurge contra ato do Sr. Secretário de Estado de Educação do Distrito Federal que não procedeu à nomeação para o cargo público de auxiliar de educação - especialidade copa/cozinha, realizado em janeiro de 2005, tendo ocorrido, na última nomeação, em 20/05/2006, a investidura de 605 candidatos.

Alega, ainda, que, embora tenha sido classificado dentro do número de vagas previstas no certame, a autoridade impetrada, ao invés de nomeá-lo, sobrestou as nomeações e firmou contrato emergencial para contratação de serviços de mão-de-obra de 320 cozinheiros para alunos da rede pública, preenchendo, dessa forma, precariamente as vagas existentes em prejuízo dos aprovados no concurso, ainda em vigência.

Conquanto a matéria sob exame - direito à nomeação em concurso público-, não seja inédita nesta Corte de Justiça e, inclusive, já tive oportunidade de me manifestar sobre o tema em discussão, tanto perante este egrégio Conselho Especial, como na 5ª Turma Cível, há uma particularidade, no caso vertente, que não pode ser olvidada.

Trata-se da preterição ao direito de nomeação de aprovado em concurso público e dentro do número de vagas, em face de contratação emergencial. Após detida análise do tema posto a desate, coloquei-me favoravelmente à pretensão, tal como exposto no parecer ministerial, que peço vênia para transcrever em parte (fls. 84/90):

> "Em princípio, cumpre asseverar que a orientação que vem sendo adotada com mais frequência na abordagem do tema pela jurisprudência pátria é aquela segundo a qual a aprovação em concurso público gera para o concursando apenas a expectativa de direito, tendo em vista a discricionariedade da Administração quanto ao preenchimento dos cargos, observando-se os critérios

de conveniência e oportunidade, bem como a existência de vagas e a ordem de classificação dos aprovados.

Contudo, conforme o mais novo entendimento dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, se aprovado dentro do número de vagas oferecidas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado e classificado. Veja-se as seguintes ementas do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ORDINARIAMENTE PREVISTAS. DIREITO SUBJETIVO Á NOMEAÇÃO.

1. **Esta Corte firmou compreensão de que, se aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado**.

2. Recurso provido. (RMS 19467/SP 2005/0005224-2; Relator Ministro PAULO GALOTTI; Sexta Turma, DJe 06/10/2008).

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - OMISSÃO QUANTO À NOMEAÇÃO DO SERVIDOR CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DECADÊNCIA DO WRIT NÃO OPERADA ENQUANTO VIGENTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO - RECURSO PROVIDO.

1. Enquanto vigente o prazo de validade do concurso público, não se opera a decadência para impetrar mandado de segurança, contra ato omissivo de autoridade pública que não nomeia servidor classificado dentro das vagas previstas em edital.

2. **Desde que aprovado dentro do número de vagas veiculadas em edital, o candidato em concurso público possui direito subjetivo à nomeação no cargo. Precedentes desta Corte**.

3. Recurso provido. (RMS nº 15.945/MG, Relator o Ministro PAULO MEDINA, DJU de 20/02/2006).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. ATO

> VINCULADO. Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, **no caso de candidato classificado dentro das vagas previstas em edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso**. Isso porque, nessa hipótese, estaria a administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF. Recurso Provido. (RMS 15.034/RS, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 29/03/2004).

É certo que a nomeação e a posse do candidato aprovado em cargo púbico são atos discricionários da Administração, observadas a conveniência e a oportunidade do provimento do cargo.

Ocorre que, no momento em que a Administração expressa tal necessidade, por meio de edital convocatório, no qual oferece um número certo de vagas para determinado cargo, passa a ensejar o direito subjetivo do candidato, aprovado dentro desse número de vagas, à nomeação e à posse no cargo público para o qual realizou o certame. Ou seja, a partir do momento em que a Administração manifesta a necessidade do provimento de certo número de cargos público, o ato, que a princípio caracteriza-se como discricionário, transmuda-se em ato vinculado para o Poder Público.

In casu, o Impetrante foi aprovado na 634º colocação, sendo que o respectivo edital de abertura previa expressamente a existência de 641 cargos vagos.

Conforme documentos acostados aos autos do Mandado de Segurança nº 2008.00.2.009863-9, impetrado por candidatos aprovados no mesmo certame que o ora impetrante, vê-se que foram nomeados 756 candidatos aprovados (115 vagas a mais do que as 641 inicialmente previstas no Edital), dentre os quais 605 de ampla concorrência e 151 portadores de deficiência, donde se infere que a Administração Pública necessitava prover um número maior de vagas do que o originalmente oferecido.

Desses 756 atos de nomeação, 77 foram tornados sem efeito em razão de desistências apresentadas (Ofício nº 1077/08-GAB/SE), cujos cargos permanecem vagos, circunstância que evidencia a necessidade da Administração em prover essa quantidade de vagas.

Verifica-se, dos documentos constantes do supracitado mandado de segurança, bem como dos documentos juntados aos autos pelo Impetrante, que há outros 151 (cento e cinquenta e um) cargos existentes, que tornaram vagos após a

última nomeação efetivada pela Administração Pública (29 de maio de 2006 - fl. 22), os quais surgiram dos seguintes atos administrativos.

(...)

Vê-se, portanto, que há provavelmente, 288 (77 + 46 + 77 + 20 + 08), cargos existentes e vagos.

In casu, observa-se, ainda, que a despeito de haver candidatos aprovados em concurso público válido, a Administração Pública contratou 320 profissionais, por meio de contrato emergencial firmado com a Empresa Confere Comércio e Serviços de Alimentação e de Segurança Eletrônica Ltda (fl. 23), para ocupar as mesmas funções conferidas ao cargo para o qual foi o impetrante aprovado.

Ressalte-se que as atribuições do cargo de Auxiliar de Educação - Especialidade Copa/Cozinha para o qual o Impetrante foi aprovado (Edital nº 1/2005 - SGA/Auxiliar de Educação, fl. 09) e dos merendeiros/cozinheiros contratados temporariamente pela Administração Pública (Projeto Básico elaborado pelo Governo do Distrito Federal visando à contratação temporária de empresa especializada no fornecimento de merendeiro/cozinheiro) são exatamente as mesmas.

Nessa perspectiva, vê-se que a Administração necessita prover mais 320 cargos e não somente 77 cargos que a princípio mostravam-se necessários.

Ocorre que, na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para que, nesses casos, haja preterição dos candidatos aprovados em concurso, ainda é necessário que as vagas preenchidas de forma precária ou temporária pela Administração Pública advenham de cargos vagos e existentes. A hipótese é explicada de maneira clara e inequívoca pela seguinte ementa de julgado:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. ILEGALIDADE.
>
> I - É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.
>
> II - **Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo, a partir do momento em que, dentro do prazo e da validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.**
>
> III - Comprovada pela recorrente a classificação no concurso

> para professor da língua portuguesa, em primeiro lugar, em ambos os cargos que disputou, bem como incontroverso que houve a contratação, em caráter precária, de profissionais para suprir a carência de pessoal, nasce, assim, o direito líquido e certo de exigir da autoridade competente à nomeação, pois demonstrada inequivocamente, a necessidade de servidores para essa área.
> Recurso provido, para determinar a nomeação e posse da recorrente (RMS 24.151/RS, 5ª Turma, Min. Rel. Felix Fischer, DJU 08/10/2007).

No caso em análise, observados os parâmetros acima, apesar da Administração Pública ter manifestado expressamente a necessidade de contratar 320 profissionais da área de auxiliar de educação, copa/cozinha, não restou comprovado nos autos se existe ou não essa quantidade de cargos vagos. Dessa forma, não haveria que se falar, se fosse o caso, em direito subjetivo dos candidatos aprovados no concurso em tela a essas 320 vagas referentes ao contrato emergencial firmado com a empresa Confere, mas apenas aos 228 cargos comprovadamente (nos autos) existentes, conforme visto acima.

Assim, conclui-se que os candidatos aprovados no certame em tela, classificados até a 787ª posição (ampla concorrência) e até a 197ª colocação (portadores de necessidades especiais) possuem direito subjetivo à nomeação e à posse no cargo de Auxiliar de Educação, especialidade copa/cozinha, da Carreira de Assistência à Educação do Quadro de Pessoal do Distrito Federal.

(...)

Assim, tendo em vista que o Impetrante logrou aprovação na 634ª colocação, resta claro que possui direito líquido e certo à nomeação e à posse, razão pela qual lhe deve ser concedida a segurança.

Nesse sentido, recentemente decidiu o Eg. Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 2008002009863-9, *verbis*:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA AUXILIAR DE EDUCAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL - ESPECIALIDADE COPA/COZINHA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL DE FORMA PRECÁRIA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DAS VAGAS. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

> A orientação jurisprudencial dominante dispõe que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito ao concursando, cabendo à Administração, dentro do poder discricionário, nomear os aprovados, observando-se os critérios de conveniência e oportunidade.
> Contudo, comprovada a existência de vagas no cargo para o qual os impetrantes foram regularmente aprovados em concurso público, bem como a contratação pela Administração Pública, de forma precária, de pessoal para exercer as mesmas funções, no período de validade do certame, configura-se a preterição candidatos e nasce o direito líquido e certo à nomeação e posse dos impetrantes.
> Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (20080020098639MSG, Relator CARMELITA BRASIL, Conselho Especial, julgado em 10/02/2009, DJ 30/03/2009 p. 29)."

Logo, penso, assim como o órgão do *Parquet*, que não se pode negar o direito à nomeação ao impetrante, sob a justificativa da discricionariedade da Administração Pública no ato de nomear candidatos para os cargos para os quais prestaram concurso público, porquanto, a partir do momento em que reconheceu a necessidade de contratar pessoal, prévia e devidamente selecionado, trouxe para si o dever de nomeá-los dentro do prazo de validade do concurso, ainda mais, porque no caso vertente contratou, emergencialmente, mais de trezentas pessoas, para exercerem a mesma função, motivo, afinal, para a realização do certame público, donde ressai, novamente, o reconhecimento da necessidade de preencher as vagas existentes.

Acresça-se, ainda, que o fato de que a contratação de pessoal, em caráter precário, redundou na preterição do direito de nomeação do impetrante, que embora classificado dentro do número de vagas previstas, exsurgindo, portanto, direito líquido e certo à nomeação e à posse, no referido cargo, sendo este, aliás, o entendimento esposado este c. Tribunal de Justiça, conforme ressaltado pelo i. membro do Órgão Ministerial, em seu conspícuo parecer.

Com essas considerações, rejeito as preliminares e, no mérito, concedo a segurança para determinar a autoridade coatora que corrija a ilegalidade, e proceda a nomeação e a posse dos impetrantes no cargo de Auxiliar de Educação, especialidade copa/cozinha, da Carreira de Assistência à Educação do Quadro de Pessoal do Distrito Federal.

É como voto.

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

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

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

Des. J.J. Costa Carvalho (Vogal) - Com o Relator.

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

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

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

Des. Silvanio Barbosa dos Santos (Vogal) - Com o Relator.

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

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

Des. Edson Alfredo Smaniotto (Vogal) - Com o Relator.

DECISÃO

Questões preliminares repelidas, no mérito, concedeu-se a segurança. Unânime.

———— • ————

Numérico dos Acórdãos

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002003554-4
(Acórdão Nº 359.596). Relator: Des. Dácio Vieira
VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE - DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - MÃE COM PROBLEMAS PSIQUIÁTRICOS..... 39

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002017854-8
(Acórdão Nº 359.706). Relator Designado: Des. João Mariosi
CONCURSO PÚBLICO - TÉCNICO PENITENCIÁRIO - AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA..... 45

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008002019431-2
(Acórdão Nº 354.375). Relatora Designada: Desa. Nídia Corrêa Lima
FATURAMENTO DE EMPRESA - PENHORA, POSSIBILIDADE - ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO DEMONSTRAÇÃO..... 64

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009002001065-0
(Acórdão Nº 355.471). Relator: Des. Natanael Caetano
ICMS, LANÇAMENTO - AUTO DE INFRAÇÃO - EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SUSPENSÃO..... 73

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009002001717-6
(Acórdão Nº 357.226). Relator: Des. José Divino de Oliveira
CADASTRAMENTO DE LEILOEIRO - EXCLUSÃO DE INTERESSADO - AÇÕES CÍVEIS EM ANDAMENTO - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, APLICABILIDADE..... 78

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2007002000436-0
(Acórdão Nº 363.167). Relator: Des. Sérgio Bittencourt
MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DF - AÇÃO MOVIDA PELO DISTRITO FEDERAL 84

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003011116618-0
(Acórdão Nº 361.966). Relator Designado: Des. Fábio Eduardo Marques
COMPRA E VENDA, RESCISÃO - ARRAS - PERCENTUAL DE RETENÇÃO, RESTITUIÇÃO - PERDAS E DANOS, EXCLUSÃO 117

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004011062166-7
(Acórdão Nº 360.710). Relatora: Desa. Sandra De Santis
SINDICATO - TAXA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - PODER DE POLÍCIA, EXERCÍCIO..... 133

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011069068-5
(Acórdão Nº 359.812). Relator: Des. Lecir Manoel da Luz
CURATELA - ADOLESCENTE PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN - DISPUTA ENTRE PARENTES 145

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011118170-3
(Acórdão Nº 352.876). Relator: Des. J. J. Costa Carvalho
DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO - INFIDELIDADE CONJUGAL - GRAVE HUMILHAÇÃO E EXPOSIÇÃO, NECESSIDADE..... 152

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005011143335-7
(Acórdão Nº 367.137). Relator: Des. Flavio Rostirola
LEI DE IMPRENSA - REPORTAGEM PUBLICADA EM JORNAL - ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR, INOCORRÊNCIA - INTERESSE PÚBLICO, PREVALÊNCIA 162

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011025208-6
(Acórdão Nº 355.141). Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa
SERVIDOR PÚBLICO - DISPARO ACIDENTAL EM OUTRO SERVIDOR - INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL, INDEPENDÊNCIA - DEMISSÃO, ILEGALIDADE..... 176

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006011077007-8
(Acórdão Nº 357.869). Relatora: Desa. Vera Andrighi
DANO MORAL - ACUSAÇÃO EM LOCAL DE TRABALHO - TRANSMISSÃO DE HIV - AUTOESTIMA E HONRA PROFISSIONAL, OFENSA..... 189

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011031927-5
(Acórdão Nº 355.982). Relator: Des. Lécio Resende
DANO MORAL - VÍTIMA DE HOMICÍDIO - PUBLICAÇÃO DE FOTOS SENSACIONALISTAS 194

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011064502-2
(Acórdão Nº 354.768). Relator: Des. Angelo Passareli
DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA - ENERGIA ELÉTRICA - ICMS, BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA..... 200

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007011065497-8
(Acórdão Nº 360.295). Relator: Des. Cruz Macedo
PRECATÓRIOS - NATUREZA ALIMENTAR - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA..... 219

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007031039506-6
(Acórdão Nº 357.617). Relator: Des. Mário-Zam Belmiro
DANOS MATERIAL E MORAL - QUEDA EM ESCADA DE AGÊNCIA BANCÁRIA - DEMONSTRAÇÃO DE CULPA, DESNECESSIDADE..... 226

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007061011576-5

(Acórdão Nº 352.882). Relatora: Desa. Haydevalda Sampaio

NEGÓCIO JURÍDICO, NULIDADE - LOTE LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS - TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA 238

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011114151-8

(Acórdão Nº 365.541). Relator: Des. Otávio Augusto

SISTEMA BANCÁRIO, VIOLAÇÃO - QUEBRA DE SIGILO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - DOCUMENTOS CADASTRAIS, APRESENTAÇÃO..... 247

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008011135007-3

(Acórdão Nº 360.497). Relator: Des. Jair Soares

DÚVIDA REGISTRÁRIA - PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E UNITARIEDADE - CONDOMÍNIO..... 251

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008015008574-8

(Acórdão Nº 364.410). Relatora: Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito Jair Soares

MANDADO DE SEGURANÇA - POSSE EM CONCURSO PÚBLICO - DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, NÃO APRESENTAÇÃO - MOTIVO DE FORÇA MAIOR..... 258

APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA *EX OFFICIO* Nº 2006011065500-9

(Acórdão Nº 363.503). Relator: Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior

FORNECIMENTO DE LEITE INFANTIL - CRIANÇA CARENTE - DEVER DO ESTADO - RESERVA DO POSSÍVEL, INAPLICABILIDADE..... 267

APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE Nº 2008013006222-8

(Acórdão Nº 350.018). Relator Designado: Des. Sérgio Rocha

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - ARMA DESMUNICIADA - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO - CONDUTA TÍPICA 277

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003021002775-6
(Acórdão Nº 355.093). Relator: Des. Edson Alfredo Smaniotto
RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE - OMISSÃO, NÃO CARACTERIZAÇÃO - CONDUTA ATÍPICA - HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO..... 284

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003051006188-6
(Acórdão Nº 359.985). Relator: Des. Getulio Pinheiro
USO DE DOCUMENTO FALSO - CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA, INOCORRÊNCIA 295

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005011009673-8
(Acórdão Nº 348.143). Relatora Designada: Desa. Ana Cantarino
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, RELATIVIDADE - CONDUTA ATÍPICA..... 301

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005021002399-0
(Acórdão Nº 351.565). Relator: Des. Romão C. Oliveira
PORTE DE ARMA DE FOGO - FURTO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 319

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005071018827-9
(Acórdão Nº 355.544). Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos
HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO - ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR - MÉDICO RESIDENTE PLANTONISTA - NEGLIGÊNCIA, NÃO COMPROVAÇÃO 327

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2006031012583-4
(Acórdão Nº 352.755). Relator: Des. Roberval Casemiro Belinati
HOMICÍDIO CULPOSO - ATROPELAMENTO DE SOGRA - PERDÃO JUDICIAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE..... 338

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2006002003202-3

(Acórdão Nº 357.129). Relator: Des. Fernando Habibe

AÇÃO RESCISÓRIA - ERRO DE FATO - DOCUMENTO NOVO - INDENIZAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE 349

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2008002017969-6

(Acórdão Nº 364.935). Relatora: Desa. Carmelita Brasil

AUDITORIA MILITAR - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PENA COMINADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI 358

HABEAS CORPUS Nº 2009002002302-2

(Acórdão Nº 360.258). Relator Designado: Des. George Lopes Leite

HABEAS CORPUS, DENEGAÇÃO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - CRIME DE PERIGO ABSTRATO 366

HABEAS CORPUS Nº 2009002002749-0

(Acórdão Nº 357.028). Relator: Des. Arnoldo Camanho de Assis

HABEAS CORPUS - TENTATIVA DE HOMICÍDIO CONTRA EX-COMPANHEIRA - JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER - COMPETÊNCIA, CRITÉRIOS 381

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002016445-6

(Acórdão Nº 367.146). Relator Designado: Des. Mario Machado

CONCURSO PÚBLICO - AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA - SUBJETIVIDADE, VEDAÇÃO - PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE, OFENSA 394

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008002018850-6

(Acórdão Nº 365.796). Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva

CONCURSO PÚBLICO - PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS - CONTRATAÇÃO DE FORMA PRECÁRIA - DIREITO À NOMEAÇÃO .. 407

———— • ————

Alfabético

A

ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR, INOCORRÊNCIA . LEI DE IMPRENSA . REPORTAGEM PUBLICADA EM JORNAL . INTERESSE PÚBLICO, PREVALÊNCIA 162

AÇÃO MOVIDA PELO DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA . ATO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DF 84

AÇÃO RESCISÓRIA . ERRO DE FATO . DOCUMENTO NOVO . INDENIZAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE 349

AÇÕES CÍVEIS EM ANDAMENTO . CADASTRAMENTO DE LEILOEIRO . EXCLUSÃO DE INTERESSADO . PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, APLICABILIDADE 78

ACUSAÇÃO EM LOCAL DE TRABALHO . DANO MORAL . TRANSMISSÃO DE HIV . AUTOESTIMA E HONRA PROFISSIONAL, OFENSA 189

ADOLESCENTE PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN . CURATELA . DISPUTA ENTRE PARENTES 145

ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO . AUDITORIA MILITAR . CONFLITO DE COMPETÊNCIA . PENA COMINADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI 358

ARMA DESMUNICIADA . PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO . ATO INFRACIONAL ANÁLOGO . CONDUTA TÍPICA 277

ARRAS . COMPRA E VENDA RESCISÃO . PERCENTUAL DE RETENÇÃO, RESTITUIÇÃO . PERDAS E DANOS, EXCLUSÃO 117

ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR . HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO . MÉDICO RESIDENTE PLANTONISTA . NEGLIGÊNCIA, NÃO COMPROVAÇÃO 327

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, RELATIVIDADE . CONDUTA ATÍPICA 301

ATO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DF . MANDADO DE SEGURANÇA . AÇÃO MOVIDA PELO DISTRITO FEDERAL 84

ATO INFRACIONAL ANÁLOGO . PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO . ARMA DESMUNICIADA . CONDUTA TÍPICA 277

ATROPELAMENTO DE SOGRA . HOMICÍDIO CULPOSO . PERDÃO JUDICIAL . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 338

AUDITORIA MILITAR . ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO . CONFLITO DE COMPETÊNCIA . PENA COMINADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI 358

AUTO DE INFRAÇÃO . ICMS . EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SUSPENSÃO 73

AUTOESTIMA E HONRA PROFISSIONAL, OFENSA. DANO MORAL . ACUSAÇÃO EM LOCAL DE TRABALHO . TRANSMISSÃO DE HIV 189

AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA . CONCURSO PÚBLICO . SUBJETIVIDADE, VEDAÇÃO . PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE, OFENSA 394

AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA, CRITÉRIOS. CONCURSO PÚBLICO . TÉCNICO PENITENCIÁRIO 45

C

CADASTRAMENTO DE LEILOEIRO . EXCLUSÃO DE INTERESSADO . AÇÕES CÍVEIS EM ANDAMENTO . PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, APLICABILIDADE 78

CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO . USO DE DOCUMENTO FALSO . FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA, INOCORRÊNCIA 295

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRECATÓRIOS . NATUREZA ALIMENTAR 219

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA . DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA . ICMS, BASE DE CÁLCULO 200

COMPETÊNCIA, CRITÉRIOS. HABEAS CORPUS . TENTATIVA DE HOMICÍDIO CONTRA EX-COMPANHEIRA . JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E TRIBUNAL DO JÚRI 381

COMPRA E VENDA RESCISÃO . ARRAS . PERCENTUAL DE RETENÇÃO, RESTITUIÇÃO . PERDAS E DANOS, EXCLUSÃO 117

CONCURSO PÚBLICO . PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS . CONTRATAÇÃO DE FORMA PRECÁRIA, CONSTATAÇÃO . DIREITO À NOMEAÇÃO 407

CONCURSO PÚBLICO . AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA . SUBJETIVIDADE, VEDAÇÃO . PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE, OFENSA 394

CONCURSO PÚBLICO . TÉCNICO PENITENCIÁRIO . AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA, CRITÉRIOS 45

CONDOMÍNIO. DÚVIDA REGISTRÁRIA . PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E UNITARIEDADE 251

CONDUTA ATÍPICA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, RELATIVIDADE 301

CONDUTA ATÍPICA . RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE . OMISSÃO, NÃO CARACTERIZAÇÃO . HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO 284

CONDUTA TÍPICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO . ARMA DESMUNICIADA . ATO INFRACIONAL ANÁLOGO 277

CONFLITO DE COMPETÊNCIA . AUDITORIA MILITAR . ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO . PENA COMINADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI 2

CONTRATAÇÃO DE FORMA PRECÁRIA, CONSTATAÇÃO . CONCURSO PÚBLICO . PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS . DIREITO À NOMEAÇÃO 407

CRIANÇA CARENTE . FORNECIMENTO DE LEITE INFANTIL . DEVER DO ESTADO . RESERVA DO POSSÍVEL, INAPLICABILIDADE 267

CRIME DE PERIGO ABSTRATO. HABEAS CORPUS, DENEGAÇÃO . EMBRIAGUEZ AO VOLANTE 366

CURATELA . ADOLESCENTE PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN . DISPUTA ENTRE PARENTES 145

D

DANO MORAL . ACUSAÇÃO EM LOCAL DE TRABALHO . TRANSMISSÃO DE HIV . AUTOESTIMA E HONRA PROFISSIONAL, OFENSA 189

DANO MORAL . VÍTIMA DE HOMICÍDIO . PUBLICAÇÃO DE FOTOS SENSACIONALISTAS 194

DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO . INFIDELIDADE CONJUGAL . GRAVE HUMILHAÇÃO E EXPOSIÇÃO, NECESSIDADE 152

DANOS MATERIAL E MORAL . QUEDA EM ESCADA DE AGÊNCIA BANCÁRIA . DEMONSTRAÇÃO DE CULPA, DESNECESSIDADE 226

DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA . ENERGIA ELÉTRICA . ICMS, BASE DE CÁLCULO . COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA 200

DEMISSÃO, ILEGALIDADE . SERVIDOR PÚBLICO . DISPARO ACIDENTAL EM OUTRO SERVIDOR . INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL, INDEPENDÊNCIA 176

DEMONSTRAÇÃO DE CULPA, DESNECESSIDADE. DANOS MATERIAL E MORAL . QUEDA EM ESCADA DE AGÊNCIA BANCÁRIA 226

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR . VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE . MÃE COM PROBLEMAS PSIQUIÁTRICOS 39

DEVER DO ESTADO . FORNECIMENTO DE LEITE INFANTIL . CRIANÇA CARENTE . RESERVA DO POSSÍVEL, INAPLICABILIDADE 267

DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, NÃO APRESENTAÇÃO . MANDADO DE SEGURANÇA . POSSE EM CONCURSO PÚBLICO . MOTIVO DE FORÇA MAIOR 258

DIREITO À NOMEAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO . PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS . CONTRATAÇÃO DE FORMA PRECÁRIA, CONSTATAÇÃO 407

DISPARO ACIDENTAL EM OUTRO SERVIDOR . SERVIDOR PÚBLICO . DEMISSÃO, ILEGALIDADE . INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL, INDEPENDÊNCIA 176

DISPUTA ENTRE PARENTES. CURATELA . ADOLESCENTE PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN 145

DOCUMENTO NOVO . AÇÃO RESCISÓRIA . ERRO DE FATO . INDENIZAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE 349

DOCUMENTOS CADASTRAIS, APRESENTAÇÃO. SISTEMA BANCÁRIO, VIOLAÇÃO . QUEBRA DE SIGILO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES 247

DÚVIDA REGISTRÁRIA . PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E UNITARIEDADE . CONDOMÍNIO 251

E

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE . HABEAS CORPUS, DENEGAÇÃO . CRIME DE PERIGO ABSTRATO 366
ENERGIA ELÉTRICA . DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA . ICMS, BASE DE CÁLCULO . COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA 200
ERRO DE FATO . AÇÃO RESCISÓRIA . DOCUMENTO NOVO . INDENIZAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE 349
EXCLUSÃO DE INTERESSADO . CADASTRAMENTO DE LEILOEIRO . AÇÕES CÍVEIS EM ANDAMENTO . PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, APLICABILIDADE 78
EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SUSPENSÃO. ICMS . AUTO DE INFRAÇÃO 73
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. HOMICÍDIO CULPOSO . ATROPELAMENTO DE SOGRA . PERDÃO JUDICIAL 338

F

FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA, INOCORRÊNCIA. USO DE DOCUMENTO FALSO . CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO 295
FATURAMENTO DE EMPRESA . PENHORA, POSSIBILIDADE . ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO DEMONSTRAÇÃO 64
FORNECIMENTO DE LEITE INFANTIL . CRIANÇA CARENTE . DEVER DO ESTADO . RESERVA DO POSSÍVEL, INAPLICABILIDADE 267
FURTO . PORTE DE ARMA DE FOGO . PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 319

G

GRAVE HUMILHAÇÃO E EXPOSIÇÃO, NECESSIDADE. DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO . INFIDELIDADE CONJUGAL 152

H

HABEAS CORPUS . TENTATIVA DE HOMICÍDIO CONTRA EX-COMPANHEIRA . JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E TRIBUNAL DO JÚRI . COMPETÊNCIA, CRITÉRIOS 381
HABEAS CORPUS, DENEGAÇÃO . EMBRIAGUEZ AO VOLANTE . CRIME DE PERIGO ABSTRATO 366
HOMICÍDIO CULPOSO . ATROPELAMENTO DE SOGRA . PERDÃO JUDICIAL . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 338
HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE . OMISSÃO, NÃO CARACTERIZAÇÃO . CONDUTA ATÍPICA..... 284
HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO . ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR . MÉDICO RESIDENTE PLANTONISTA . NEGLIGÊNCIA, NÃO COMPROVAÇÃO 327

I

ICMS . AUTO DE INFRAÇÃO . EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SUSPENSÃO 73
ICMS, BASE DE CÁLCULO . ENERGIA ELÉTRICA . DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA . COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA 200
INDENIZAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA . ERRO DE FATO . DOCUMENTO NOVO 349
INFIDELIDADE CONJUGAL . DANO MORAL, NÃO CONFIGURAÇÃO . GRAVE HUMILHAÇÃO E EXPOSIÇÃO, NECESSIDADE 152
INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL, INDEPENDÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO . DISPARO ACIDENTAL EM OUTRO SERVIDOR . DEMISSÃO, ILEGALIDADE 176
INTERESSE PÚBLICO, PREVALÊNCIA. LEI DE IMPRENSA . REPORTAGEM PUBLICADA EM JORNAL . ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR, INOCORRÊNCIA 162

J

JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E TRIBUNAL DO JÚRI . HABEAS CORPUS . TENTATIVA DE HOMICÍDIO CONTRA EX-COMPANHEIRA . COMPETÊNCIA, CRITÉRIOS..... 381

L

LEI DE IMPRENSA . REPORTAGEM PUBLICADA EM JORNAL . ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR, INOCORRÊNCIA . INTERESSE PÚBLICO, PREVALÊNCIA 162
LOTE LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS . NEGÓCIO JURÍDICO, NULIDADE . TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA 238

M

MÃE COM PROBLEMAS PSIQUIÁTRICOS. VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE . DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR..... 39
MANDADO DE SEGURANÇA . ATO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DF . AÇÃO MOVIDA PELO DISTRITO FEDERAL 84
MANDADO DE SEGURANÇA . POSSE EM CONCURSO PÚBLICO . DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, NÃO APRESENTAÇÃO . MOTIVO DE FORÇA MAIOR..... 258
MÉDICO RESIDENTE PLANTONISTA . HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO . ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR . NEGLIGÊNCIA, NÃO COMPROVAÇÃO 327
MOTIVO DE FORÇA MAIOR. MANDADO DE SEGURANÇA . POSSE EM CONCURSO PÚBLICO . DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, NÃO APRESENTAÇÃO..... 258

N

NATUREZA ALIMENTAR . PRECATÓRIOS . COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA 219

NEGLIGÊNCIA, NÃO COMPROVAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO . ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR . MÉDICO RESIDENTE PLANTONISTA 327

NEGÓCIO JURÍDICO, NULIDADE . LOTE LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS . TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA 238

O

OMISSÃO, NÃO CARACTERIZAÇÃO . RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE . CONDUTA ATÍPICA . HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO 284

ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO DEMONSTRAÇÃO. FATURAMENTO DE EMPRESA . PENHORA, POSSIBILIDADE 64

P

PENA COMINADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUDITORIA MILITAR . ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO . CONFLITO DE COMPETÊNCIA 358

PENHORA, POSSIBILIDADE . FATURAMENTO DE EMPRESA . ONEROSIDADE EXCESSIVA, NÃO DEMONSTRAÇÃO 64

PERCENTUAL DE RETENÇÃO, RESTITUIÇÃO . COMPRA E VENDA RESCISÃO . ARRAS . PERDAS E DANOS, EXCLUSÃO 117

PERDÃO JUDICIAL . HOMICÍDIO CULPOSO . ATROPELAMENTO DE SOGRA . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 338

PERDAS E DANOS, EXCLUSÃO. COMPRA E VENDA RESCISÃO . ARRAS . PERCENTUAL DE RETENÇÃO, RESTITUIÇÃO 117

PODER DE POLÍCIA, EXERCÍCIO. SINDICATO . TAXA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA 133

PORTE DE ARMA DE FOGO . FURTO . PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 319

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO . ARMA DESMUNICIADA . ATO INFRACIONAL ANÁLOGO . CONDUTA TÍPICA..... 277

POSSE EM CONCURSO PÚBLICO . MANDADO DE SEGURANÇA . DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, NÃO APRESENTAÇÃO . MOTIVO DE FORÇA MAIOR..... 258

PRECATÓRIOS . NATUREZA ALIMENTAR . COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA 219

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, RELATIVIDADE . ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR . CONDUTA ATÍPICA 301

PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS . CONCURSO PÚBLICO . CONTRATAÇÃO DE FORMA PRECÁRIA, CONSTATAÇÃO . DIREITO À NOMEAÇÃO 407

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PORTE DE ARMA DE FOGO . FURTO 319

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, APLICABILIDADE. CADASTRAMENTO DE LEILOEIRO . EXCLUSÃO DE INTERESSADO . AÇÕES CÍVEIS EM ANDAMENTO 78

PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E UNITARIEDADE . DÚVIDA REGISTRÁRIA . CONDOMÍNIO..... 251

PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE, OFENSA. CONCURSO PÚBLICO . AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA . SUBJETIVIDADE, VEDAÇÃO 394

PUBLICAÇÃO DE FOTOS SENSACIONALISTAS. DANO MORAL . VÍTIMA DE HOMICÍDIO 194

Q

QUEBRA DE SIGILO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES . SISTEMA BANCÁRIO, VIOLAÇÃO . DOCUMENTOS CADASTRAIS, APRESENTAÇÃO..... 247

QUEDA EM ESCADA DE AGÊNCIA BANCÁRIA . DANOS MATERIAL E MORAL . DEMONSTRAÇÃO DE CULPA, DESNECESSIDADE..... 226

R

RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE . OMISSÃO, NÃO CARACTERIZAÇÃO . CONDUTA ATÍPICA . HOMICÍDIO CULPOSO, ABSOLVIÇÃO 284

REPORTAGEM PUBLICADA EM JORNAL . LEI DE IMPRENSA . ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR, INOCORRÊNCIA . INTERESSE PÚBLICO, PREVALÊNCIA 162

RESERVA DO POSSÍVEL, INAPLICABILIDADE. FORNECIMENTO DE LEITE INFANTIL . CRIANÇA CARENTE . DEVER DO ESTADO 267

S

SERVIDOR PÚBLICO . DISPARO ACIDENTAL EM OUTRO SERVIDOR . DEMISSÃO, ILEGALIDADE . INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL, INDEPENDÊNCIA 176

SINDICATO . TAXA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA . PODER DE POLÍCIA, EXERCÍCIO 133

SISTEMA BANCÁRIO, VIOLAÇÃO . QUEBRA DE SIGILO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES . DOCUMENTOS CADASTRAIS, APRESENTAÇÃO..... 247

SUBJETIVIDADE, VEDAÇÃO . CONCURSO PÚBLICO . AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA . PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E PUBLICIDADE, OFENSA..... 394

T

TAXA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA . SINDICATO . PODER DE POLÍCIA, EXERCÍCIO 133

TÉCNICO PENITENCIÁRIO . CONCURSO PÚBLICO . AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA, CRITÉRIOS..... 45

TENTATIVA DE HOMICÍDIO CONTRA EX-COMPANHEIRA . HABEAS CORPUS . JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E TRIBUNAL DO JÚRI . COMPETÊNCIA, CRITÉRIOS..... 381

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NEGÓCIO JURÍDICO, NULIDADE . LOTE LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAIS 238

TRANSMISSÃO DE HIV . DANO MORAL . ACUSAÇÃO EM LOCAL DE TRABALHO . AUTOESTIMA E HONRA PROFISSIONAL, OFENSA 189

U

USO DE DOCUMENTO FALSO . CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO . FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA, INOCORRÊNCIA..... 295

V

VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE . DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR . MÃE COM PROBLEMAS PSIQUIÁTRICOS..... 39

VÍTIMA DE HOMICÍDIO . DANO MORAL . PUBLICAÇÃO DE FOTOS SENSACIONALISTAS 194

——— • ———

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.